

DESAFÍOS ACTUALES DEL DERECHO
APORTACIONES PRESENTADAS AL II CONGRESO NACIONAL
DE JÓVENES INVESTIGADORES EN CIENCIAS JURÍDICAS

ÁNGEL VALENCIA SÁIZ (Dir.)

GUILLERMO SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO (coord.)

ALICIA PASTOR GARCÍA (coord.)

Editorial EUMED

ISBN: 978-84-17583-97-2

© Los autores



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA



ÍNDICE

Prólogo de Ángel Valencia Sáiz

Contribuciones científicas

Derecho Penal y Criminología

- María Rosario Gómez: «La situación de las personas privadas de libertad en España: especial referencia a la desprotección institucional de algunos colectivos»
- Manuel L. Ruíz Morales: «Educación y otros factores del crimen en Argentina: dificultad en la obtención de datos estadísticos»
- Rosa M^a Gallardo: «Las problemáticas relaciones entre el derecho penal y el derecho laboral en el ámbito de la siniestralidad laboral»
- Alfonso Rivas: «Derecho de reunión. Perspectivas jurídicas garantistas y restrictivas»
- María Izco: «Desestimiento delictivo y género»
- M^a Mercedes Fernández: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de blanqueo de capitales. Programas de cumplimiento normativo penal (corporate compliance)»
- M^a del Mar Martín y Raquel Pastor: «La pederastia en la prensa escrita española»
- Luis Rodríguez: «La delimitación de la nueva imprudencia “menos grave” en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 CP, tras la reforma del código por la LO 1/2015, de 30 de marzo»
- Inés Molina: «¿Todo es terrorismo? Recientes reformas»
- María Sánchez: «Cleptomanía e imputabilidad: Nuevas perspectivas conforme con los aportes de la Neurociencia»
- Antonio Cardona: «Crítica del delito urbanístico español: problemas de antijuricidad material y límites con el derecho administrativo sancionador»
- Susana Rocío García: «Delitos sexuales cometidos por menores mediante el teléfono móvil: sexting, sex-casting y pornografía infantil. Medidas de prevención»
- Miguel Ángel Morales: «El valor de la jurisprudencia penal en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas»

- Bartolomé Torralbo: «Financiación ilegal de los partidos políticos»
- Ekain Payán: «La multidisciplinariedad de las Ciencias Jurídicas: una reflexión interdisciplinar sobre el futuro de la edición genética alimentaria ante el principio de precaución»
- Sheila Giraldo: «Impactos de la esfera mediática en los casos de agresiones con ácido a mujeres en España y Colombia entre los años 2010 y 2017»
- Mónica de la Cuerda: «Las acciones neutrales y el delito de blanqueo de capitales»
- Erick Guimaray y Bertha Prado: «La gran corrupción política en el Perú: aspectos criminológicos y propuesta político criminal»
- Laura Pascual: «La importancia de la reflexión sobre el castigo en la asignatura de derecho penal»
- Manuel Rodríguez y Aixa Gálvez: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el deporte: cuestiones fundamentales»
- Luis Miguel Ramos: «Algunas consecuencias de la supresión del Libro III del Código Penal en el Derecho Penal de Menores»
- Mónica Fernández: «Sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a tres meses de duración»
- Inmaculada Torres: «La justicia penal juvenil en España»

Derecho Administrativo

- Simón López: «Las administraciones independientes en el sector de la energía: tensiones presentes y futuras»
- Marta Cerezo: «Las Administraciones Públicas y Nudge: nuevas estrategias para el comportamiento sostenible de los ciudadanos»
- Jesús Coca: «El desistimiento en la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y su aplicación a la adjudicación de concesiones demaniales»
- Yolanda Torres: «La gestión integrada en el buen gobierno de los puertos»
- Adriana Antúnez: «La responsabilidad por daños al medioambiente. Especial referencia a la valoración y determinación del daño ambiental»

- José Zapata: «El conflicto Netflix-Movistar. Una aproximación jurídica a los acuerdos de peering»
- Ildefonso Ortega: «Smart city. La revolución digital y el papel de las ciudades como garante de los derechos de los ciudadanos»
- Alberto Berrocal: «El tercero hipotecario frente a la orden de reposición de la realidad física alterada. Postura del tribunal europeo de derechos humanos y reacciones del legislador estatal»

Derecho Civil y Romano

- Sandra Castellanos: «La recarga de la hipoteca: ¿superación del modelo hipotecario español?»
- Ignacio Hernández: «La protección jurídica del empresario en la contratación con condiciones generales especial análisis de las cláusulas suelo»
- Mikael Leal: «Iniciadores de pago, ¿a la conquista de los pagos online y el comercio electrónico? Su necesaria relación con las medidas de seguridad y autenticación»
- Cristina Berenguer: «Novedades legislativas en el ámbito de los contratos de viaje»
- Juan Carlos Velasco-Perdigones: «Responsabilidad Civil y Compliance Officer»
- Valentín Navarro: «La escritura pública de separación y divorcio»
- Lucía Rozalén: «Contenido atípico de las capitulaciones matrimoniales. Posibles materias a incluir»
- Cristina Villó: «La responsabilidad por el pago de las deudas de la herencia sin heredero a la luz de la regulación del Código Civil»
- Teresa Rodríguez: «El análisis económico del Derecho como reto para la investigación jurídica. El caso del oportunismo contractual»
- Aurora López: «Tres experiencias de innovación docente en la enseñanza del derecho romano»

Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho

- Adrián García: «Propuesta metodológica para una reconstrucción del principio democrático en la Unión Europea»
- Isabella Lo Presti: «Cambios del sistema europeo de partidos de cara a las futuras elecciones políticas europeas»
- María José Hernández: «La armonización de cánones en el transporte ferroviario europeo como motor del desarrollo económico y el principio de no discriminación: el artículo 14 de la Constitución Española en contexto europeo»
- Carlos Carnero: «La asimetría en los sistemas federales actuales»
- Gaspar González: «Origen histórico-jurídico de la autodeterminación: principio de nacionalidades, principio de libre determinación de los pueblos y su desarrollo por la ONU»
- Walter Reifarth: «Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones»
- José Carlos Nieto: «Los derechos de las minorías parlamentarias en el procedimiento legislativo. Análisis del *ius in officium* en la tramitación de las "leyes de desconexión" de Cataluña»
- Anastasia Kuznetsova: «El derecho a la vivienda como derecho humano. La experiencia internacional, europea y nacional»
- Amir Alsaiani: «Fundamento y naturaleza de los instrumentos participación ciudadana mediante las TICs»
- Alicia Cárdenas: «Un análisis de las políticas de memoria en España: alcance, limitaciones y necesidades»
- Alfredo Alpaca: «Teoría de la pena y teoría de la norma en la justificación de la pena estatal»
- María Soledad Pardo: «Reflexiones sobre el recurso a la filosofía en el estudio del derecho constitucional»
- María Luisa Soriano: «Experiencia de innovación docente: técnica de asunción de roles en la escenificación de polémicas relevantes de la filosofía del derecho y política»

Derecho Internacional Público y Privado

- Andrea Spada: «El caso "Siria" ante la jurisdicción universal española»
- María Pastrana: «Una aproximación al concepto de terrorismo: especial referencia a los crímenes de lesa humanidad»
- Antonio Espín: «Implicaciones jurídicas de la aplicación del principio de justicia universal. Con expresa mención al campo de concentración nazi de Mauthausen. Aspectos penales, mercantiles, laborales, procesales e internacionales»
- Carmen García de la Escosura: «La problemática del debido proceso para el enjuiciamiento del crimen de guerra»
- Edgar Castro: «El proceso de Paz en Colombia ¿Un nuevo modelo para la resolución de conflictos en el derecho internacional»
- Diana Rengel: «El interés nacional frente a los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario en Ecuador»
- Digno José Montalván: « El derecho al medio ambiente como un derecho autónomo en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No OC-23/17, de 15 de noviembre del 2017»
- Ignacio Álvarez: «El Convenio de Albufeira: veinte años de luces y sombras»
- M^a del Carmen Hernández: «Inviolabilidad del domicilio y contaminación acústica: Novedosa interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»
- Siham Zebda: «Menores extranjeros no acompañados: Situación actual, instrumentos jurídicos, necesidades y soluciones»
- Antonio Merchán: «La protección de los usuarios de las redes sociales. Una mirada desde el derecho internacional privado»
- Longjie José Wei: «La Comparación de Contratación de Comercio Electrónico entre España y China»
- Eva Jiménez: «Validez y eficacia de las garantías mobiliarias en los procedimientos internacionales de insolvencia»

Derecho Mercantil

- Alejandro Serrano: «Sociedades mercantiles públicas: problemas de gestión y herramientas de gobierno corporativo»

- Zofia Bednarz: «Acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales desde la perspectiva del Derecho inglés»
- Antonio Casado: «La adquisición del derecho sobre el nombre comercial en el sistema marcario español: Propuestas de reforma»
- María Teresa Otero: «Manifestación del consentimiento y perfección del contrato a través de *smartphones*»
- Ernesto Francisco Sarrión: «El jurista y el paradigma de la contratación en masa: ¿Oportunidad de negocio o deber?»
- Francisco Vega: «Desintermediación versus reintermediación en el mercado de distribución turística»
- Pedro Mario González: La realización de propuestas de *lege ferenda* en materia *Fintech* e *Insurtech*: Un reto ineludible para el investigador jurídico-mercantil»

Derecho del Trabajo

- Tomás García: «La capacitación del técnico en prevención de riesgos laborales en relación a la educación y formación como síntoma de la cultura preventiva»
- Francisco José Malfeito: «Tratamiento de la discapacidad en el ámbito laboral y en el ámbito penal»

Derecho Procesal

- Andrea Spada: «El caso "Siria" ante la jurisdicción universal española»
- Pedro Manuel Quesada: «El nuevo procedimiento sumario de recuperación de la posesión de una vivienda: contenido y límites constitucionales y europeos»
- Jesús del Aguila: «La intermediación hipotecaria: ¿una categoría propia de adr?»
- Roser Casanova: «Las intervenciones telefónicas y su necesaria sujeción a los principios rectores»
- María Teresa Agut: «Los plazos de instrucción: análisis crítico del art. 324 lecrim»
- Sandra Jiménez: «La orden europea de detención y entrega: su aplicabilidad en la jurisdicción de menores»

- Ana Sánchez: «La impartición del Grado en Derecho en lengua inglesa: una oferta académica muy cuestionada»
- Enrique César Pérez-Luño: «Las nuevas tecnologías y la renovación del derecho procesal»
- Saúl González: «Innovación docente en la enseñanza del Derecho procesal en el Grado en Derecho: Role-playin y simulaciones»
- Patricia Llopis: «¿El profesor nace o se hace? El Personal Investigador en Formación y la docencia en Ciencias Jurídicas»
- Rubén López: «El empleo de las nuevas tecnologías en la enseñanza del Derecho procesal»

Derecho Financiero y Tributario

- Lucía Urbano: «La nueva prohibición de entrega gratuita de bolsas de plástico en Andalucía: su convivencia con el IVA y con el impuesto andaluz sobre bolsas de plástico de un solo uso»
- David García: «La cooperación entre administraciones aduaneras europeas»
- José Ángel Gómez: «El principio at arm's length bajo la libertad de establecimiento en el mercado interior al hilo de la sentencia del TJUE en el asunto Hornbach-Baumarkt»
- Francisco Jesús Martínez: «El gravamen de las operaciones societarias: su carácter residual en la Unión Europea pero con aspectos aún problemáticos»
- Andrea Laura Riccardi: «Repensando el concepto de "fuente" de las rentas empresariales»
- Teresa Pontón: «Las doctrinas del tiro: "tiro único", "doble tiro", "tiro ilimitado" de la Administración tributaria»
- Marta González: «Prescripción y calificación de los negocios jurídicos: la declaración de la existencia de fraude de ley en operaciones realizadas en periodos prescritos»
- Alejandro Zapatero: «De villano a héroe, el papel de las plataformas de economía colaborativa en la gestión tributaria»
- José Sedeño: «Implicaciones tributarias para los sujetos intervinientes en la economía colaborativa»

- José Miguel Martín: «El cross-border shopping en la Unión Europea: una nueva metodología de análisis»
- Norberto Miras: «La configuración de la imposición indirecta no armonizada»
- Jaime Gallegos: «Inversiones extranjeras en la Alianza del Pacífico»
- Miguel Gutiérrez: «La clínica jurídico tributaria en los Trabajos de Fin de Grado»

Prólogo de Ángel Valencia Sáiz

Norman Foster dijo una vez, “los estudiantes tienden a pensar que hay un corte entre la universidad y lo que viene después. Pero no es así; hay una continuidad entre la universidad y la vida. Yo todavía me siento un estudiante”. Esa idea se refuerza hoy, la universidad no sólo debe responder a la formación integral y cultural de buenos ciudadanos de una sociedad democrática, además de buenos profesionales, sin olvidar la formación de aquellos que serán investigadores. El problema es cómo conseguir esta continuidad entre la universidad y la vida, consiguiendo un equilibrio formativo que preserve las funciones antedichas de la universidad, adaptándolas a la incesante de renovación formativa que exigirán los cambios sociales del siglo XXI y, por tanto, a los hombres y mujeres del futuro. El reto es importante para la universidad porque no sólo exige pensar sobre el empleo, mercado de trabajo o nuevas profesiones si no de un hombre y de una mujer que, probablemente, tendrán que formarse durante toda su vida.

La universidad es un espejo de una sociedad en continua mudanza y, por ello, la reflexión sobre su papel constituye una labor constante para dar respuesta a los retos que marcan el presente y el futuro. Este II Congreso Nacional Investigadores en Ciencias Jurídicas trata de todo esto. Su contexto es el desarrollo del modelo universitario de Bolonia y el papel que desempeñan los jóvenes investigadores y la importancia de su formación como docentes y como investigadores en esa etapa que culmina con la tesis doctoral pero que exige una continuidad posterior, a veces, en la treintena. Ese “hay vida después de la tesis doctoral” que hoy implica saber, más que nunca, plantear y planificar con inteligencia la trayectoria académica de los investigadores ante la exigencias de las acreditaciones.

Sin embargo, este Congreso tiene un historia que se forjó, por un lado, en el *Aula de Investigación Novel de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga* y, por otro, en el *I Congreso Nacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Jurídicas*, celebrado en la Facultad de Derecho el 11 y el 12 de julio de 2013. Así, el *Aula de Investigación Novel* operó como un intelectual colectivo y un espacio donde compartir experiencias y un modelo organizativo pionero, que sepamos, sin

precedentes en la Universidad española y fue gracias a este *Aula* y a la energía y a la convicción de los investigadores que lo componían entonces en la Facultad de Derecho de la UMA a lo que se impulsó este *I Congreso Nacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Jurídicas*. La respuesta fue estupenda: casi cien asistentes y una publicación donde se recogieron sesenta y cuatro comunicaciones¹.

Este *II Congreso Nacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Jurídicas* recoge el testigo y dio continuidad al espíritu, tanto del *Aula* como del congreso anterior, superando casi en doble las cifras de asistentes y ponencias publicadas en el *I Congreso*, finalmente, publicándose ciento quince comunicaciones.

El segundo aspecto a destacar es que su propia estructura permitió ser un foro de encuentro, debate y también información sobre temas claves para los jóvenes investigadores en Ciencias Jurídicas, al menos en varios aspectos importantes: los problemas y perspectivas en la investigación y en la carrera académica de Ciencias Jurídicas; los retos actuales de la investigación en la disciplina; las publicaciones y los índices de impacto: y, la acreditación en la universidad entre los principales temas-.

Finalmente, unas palabras finales de agradecimiento a Juan José Hinojosa, Decano de la Facultad de Derecho por su apoyo constante al congreso y a Guillermo Sánchez-Archidona por su inestimable labor de colaboración conmigo y de organización en el mismo y, por supuesto, también a todos los investigadores que participaron desde el Comité Organizador y el Comité Científico con su trabajo, todos ellos pertenecientes al *Aula de Investigación Novel de la Facultad de Derecho de la UMA*.

¹ A.Valencia Sáiz (Coord.), *Investigaciones en Ciencias Jurídicas. Desafíos Actuales del Derecho. Aportaciones al I Congreso Nacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Jurídicas*. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga. 11 y 12 de julio de 2013, Grupo Eumed. Net, Málaga, 2014 (Edición electrónica: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/>).

CONTRIBUCIONES CIENTÍFICAS

Derecho Penal y Criminología

La situación de las personas privadas de libertad en España: especial referencia a la desprotección institucional de algunos colectivos

María del Rosario Gómez López

Área de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

1. Introducción

El sistema penitenciario español ha experimentado grandes cambios a lo largo de los años en cuanto al perfil de la población reclusa. Por un lado, ha incrementado notablemente la presencia de las mujeres que a día de hoy se encuentran privadas de libertad. Y por otro, el progresivo aumento de personas extranjeras que por distintas razones cumplen condenas en cárceles españolas. Concretamente en la actualidad el número de mujeres privadas de libertad en nuestras cárceles es de 4.491 de las que 1.298 son nacionales de otros países². Si se comparan estos datos con los que mostraban las estadísticas de 1999 puede observarse de manera clara como el crecimiento de la población reclusa femenina es bastante significativo sobre todo cuando de mujeres extranjeras se trata, cuya cifra ha llegado a triplicarse³. Los estudios llevados a cabo por distintos autores se han hecho eco del cambio y de la realidad de las mujeres presas en nuestro país (Acale Sánchez 2011, 2015; Almeda Samaranch 2005, 2010; García España 2012; Mappelli Cafarena, Herrera Moreno y Sordi Stock 2013; Ribas Mateos y Martínez de Miguel 2003; Ribas Mateos, Almeda Samaranch y Bodelón González 2005; Yagüe Olmos 2005, 2007). Sin embargo, para la administración penitenciaria el día a día de estas mujeres que se encuentran en situación de

²Información extraída de la estadística penitenciaria proporcionada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

³ En lo que respecta al número de mujeres nacionales privadas de libertad en España en el año 1999 la cifra era de 3.327 de las que 624 eran extranjeras. Información extraída del Informe General de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior.

reclusión parece no ser lo suficientemente relevante como así pone de manifiesto García España (2012) como para dedicarle especial atención a la evolución, a las necesidades y a las consecuencias de su estancia en prisión⁴.

En la actualidad, algunas de las personas que en algún momento de su vida han sufrido cualquier tipo de violencia, son las mismas que se encuentran privadas de libertad en nuestros centros penitenciarios. Sin embargo, la vulnerabilidad que presenta el colectivo de personas en situación de reclusión se multiplica cuando de mujeres se trata sobre todo cuando son extranjeras. El peso de la nacionalidad y el género van a condicionar de una manera u otra el cumplimiento de la pena de estas mujeres dentro del centro penitenciario. En ocasiones uno pesará más que el otro y, viceversa. En definitiva estas mujeres mire por donde se mire van a tener que sufrir por el mero hecho de ser mujer, extranjeras, encontrarse en situación administrativa irregular y por haber delinquido.

De esta forma, la violencia y discriminación que mujeres tanto nacionales como extranjeras han soportado sobre sus hombros antes de entrar en contacto con la institución (sobre todo el peso del maltrato⁵) va a seguir presente, pero en

⁴ García España, E., (2012). "Las otras poblaciones presas: mujeres y extranjeros", en *Revista de derecho penal y criminología*, nº7, pp. 407- 408.

⁵La situación de las mujeres privadas de libertad, esto es, su estrecha relación con la violencia de género, ha quedado constatado por distintos estudios, pues el 80% de las mujeres que están cumpliendo condena en nuestros centros penitenciarios, han sido víctima de violencia de género en algún momento de sus vidas. ⁵ Véanse los siguientes estudios, entre otros, que muestran la realidad de las mujeres privadas de libertad en España: Hernández, Gabriela / Imaz, Elixabete / Martín, Teresa / Naredo, María, / Pernas, Begoña / Tandogan, Aysel / Wagman, Daniel, Equipo Barañi, *Mujeres Gitanas y Sistema Penal*, Editorial Meytel, Madrid, 2001; García España, Elisa, *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Almeda Samaranch, Elisabet, "Mujeres encarceladas", Ariel, Barcelona, 2003; Cruells López, Marta / Igareda González, Noelia, "Inclusión de la perspectiva de género en las políticas penales, penitenciarias y post-penitenciarias", en Cruells López, Marta / Igareda González, Noelia, *Mujeres, Integración y Prisión*, , Aurea Editores, S. L., Barcelona, 2005 ; Cruells López, Marta / Igareda González, Noelia, "Informe Nacional España Surt", en Cruells López, Marta / Igareda González, Noelia, *Mujeres, Integración y Prisión*, Aurea Editores, S. L., Barcelona, 2005; Yagüe Olmos, Concepción / Cabello Vázquez, María Isabel, "Mujeres jóvenes en prisión", en *Revista de Estudios de Juventud*, 2005, nº1 69, pp.30-45; Aguilar Conde, Araceli / Becerra Muñoz, José / Díez Ripollés, José Luis / García España, Elisa, en Díez Ripollés, José Luís / García España, Elisa (Dirs.), *Realidad y política penitenciarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; Aguado Correa, Teresa / Gutiérrez Romero, Francisco Manuel / Herrera Moreno, Myriam / Mapelli Caffarena, Borja / Sordi Stock, Bárbara, *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Dykinson, Madrid, 2012; Acale Sánchez, María, Gómez López, María del Rosario, González Agudelo, Gloria, Gallardo García, Rosa, Rodríguez Mesa, María José, Ríos Corbacho, José Manuel, Ruíz Rodríguez, Luis Ramón,

esta ocasión a manos del propio sistema encargado del cumplimiento de sus condenas al privárseles de derechos que como personas (que al igual que a los hombres que están en situación de reclusión) son titulares. El hecho de que estén en prisión no da lugar a que otros muchos derechos de los que como se ha referido son titulares en igualdad de condiciones y que en el caso de las mujeres extranjeras, en determinadas situaciones al igual que se les reconoce a las mujeres de nacionalidad española, se vean coartados, y con esto se vea vulnerado el contenido del artículo 25.2 de la CE a la vez del principio de igualdad que esta misma norma recoge, así como el derecho a la no discriminación

La violencia contra la mujer es una constatación que se ha repetido a lo largo de la historia, amparándose en patrones de comportamiento avalados por la religión, la familia, la escuela y el Derecho, que han limitado la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de esas mujeres. Estas pautas de conducta son producto de las relaciones desiguales de poder que tanto mujeres como hombres han mantenido a lo largo de decenios, transformándose en un problema estructural que produce consecuencias atroces tanto para las víctimas y su entorno, como para la sociedad. Si además, estos comportamientos socialmente aceptados vienen de la mano de actos concretos de maltrato, producen efectos de gran calado en las mujeres que, unidos a otros factores (nacionalidad, etnia, status económico... entre otros), aumentan el estado de indefensión en el que se encuentran, provocando una situación de doble o triple vulnerabilidad⁶.

Si se analizan los datos que proporcionan las instancias oficiales, se detecta una altísima representación de mujeres de nacionalidad extranjera dentro del

Rodríguez Moro, Luis, Revelles Carrasco, María, Terradillos Basoco, Juan María, Martín Aragón, María del Mar, AA.VV, Derecho penal, género y nacionalidad, en Acale Sánchez, María / Gómez López, María del Rosario (Coords.), Comares, Granada, 2015.

⁶ Véanse, sobre esta idea, los trabajos de Acale Sánchez, M., (2011), "Mujeres, crímenes y castigo" en *Revista científica de educación y comunicación, Hachetetepé - Cárcel, Educación y Medios de Comunicación*, Primer semestre, pp.16-17; Acale Sánchez, M., (2015), "Hipótesis" en Acale Sánchez, M. y Gómez López, M. R. (coords), en *Derecho Penal, Género y Nacionalidad*, Comares, Granada, pp.4-5; y Flores Palacios, F., (2014), "Vulnerabilidad y representación social de género en mujeres de una comunidad migrante", en *Revista Península (online)*, vol.IX, núm.2, p.43. http://apps.elsevier.es/watermark/ctl_servlet?_f=10&pident_articulo=90387425&pident_usuario=0&pcontactid=&pident_revista=108&ty=74&accion=L&origen=zonadelectura&web=www.elsevier.es&lan=es&fichero=108v09n02a90387425pdf001.pdf -fecha de consulta: 11-01-2015-.

colectivo de mujeres que han sufrido algún tipo de violencia, como por ejemplo aquellas cuyo final ha sido acabar muertas a manos de sus maridos o compañeros sentimentales⁷. Factores como la falta de redes familiares y sociales de apoyo con las cuales contar para informarse y disponer de auxilio junto con las barreras lingüísticas, la dependencia económica respecto del agresor, su falta de confianza en las instituciones públicas españolas, el miedo a no ser creída o a que su denuncia pública sobre violencia que sufre a manos de su pareja o expareja pueda afectar al proceso de regularización de su situación en el país, así como obstáculos procedentes de su condición migratoria, contribuyen a que este colectivo de mujeres sea especialmente vulnerable; y susceptible de sufrir un doble proceso de victimización: a manos de su marido y a manos del propio sistema nacido para otorgarles *a priori* protección⁸.

Si a todo lo anteriormente expuesto se añade el factor de que esa violencia se ejerce sobre mujeres que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres inmigrantes, se hallen o no en situación administrativa regular, o se encuentren en situación de reclusión, otorga al fenómeno un cariz aún más alarmante. Principalmente por el hecho de que este colectivo de mujeres, al ser extranjeras, está expuesto, tal y como recoge el informe *Mujeres inmigrantes y Violencia de Género* de la Federación de Mujeres Progresistas, “a una serie de circunstancias que aumentan su vulnerabilidad en relación al delito, su desamparo y dificultan la ruptura del ciclo violento”⁹. A su vez, el citado informe pone de relieve que, existe un reconocimiento a nivel internacional acerca de la vulnerabilidad de estas mujeres, dando como resultado la existencia de un mayor interés e importancia ante este fenómeno a la hora de integrar la

⁷ Los datos arrojados por el Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad a 31 de diciembre de 2016 confirman que el número de víctimas mortales por violencia de género de nacionalidad extranjera suponen el 43,2% frente al 56.8% de las españolas. Diecinueve mujeres extranjeras han muerto a manos de sus parejas o exparejas del total de cuarenta y cuatro. http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/pdf/VMortales_2016_12_31.pdf

⁸ Vid; Sobre esta cuestión: “Mujeres invisibles, abusos impunes”, Mujeres migrantes indocumentadas en España ante la violencia de género en el ámbito familiar”, en *Amnistía Internacional*, Madrid, Julio, 2003, pp.4-9.

⁹ López Reusch, E., (2007), “Mujeres inmigrantes y violencia de género. Aproximación diagnóstica a tres años de la existencia de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Federación de mujeres progresistas*, otoño, p.8.

perspectiva de género en todas las políticas migratorias. Queda así claramente atestiguado que “*las mujeres que migran, por el hecho de ser mujeres, están más expuestas a sufrir abusos añadidos, como la violencia física o psicológica y a menudo la expropiación de sus ingresos*”¹⁰.

Por consiguiente, se puede concretar que las mujeres inmigrantes, se encuentran en una situación de vulnerabilidad extrema por obvias razones que pesan: por ser mujeres, por ser extranjeras y, más aún, si estas se encuentran en una situación administrativa irregular o privadas de libertad.

2. Consideraciones específicas de las mujeres privadas de libertad en las cárceles españolas: especial referencia a la mujer inmigrante

En la actualidad como se ha puesto de manifiesto anteriormente, algunas de las mujeres que en algún momento de su vida han sufrido la violencia de género, son las mismas que se encuentran privadas de libertad en nuestros centros penitenciarios. De hecho fruto de las investigaciones que se han llevado a cabo, se puede afirmar que el 80% de las mujeres que se encuentran presas en España han sufrido este tipo de violencia¹¹. Pese a esto, el número de mujeres privadas

¹⁰ Fuente: Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos Humanos de los Migrantes, Informe E/CN.4/2000/82, de 6 de enero de 2000. p.12.

http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/9_informes/Otros/40.pdf

¹¹ *Vid.*, sobre esta cuestión, Por todos, Acale Sánchez, M. y Gómez López M. R. (coords.), (2015), *Derecho penal, género y nacionalidad*, Comares, Granada. Bloom, B. y Covington, S., (2000), “Gendered Justice: Programming for Women in Correctional Settings”, en *Paper presented at the 52nd Annual Meeting of the American Society of Criminology*, November. Bloom, B. (2000), “Beyond recidivism: Perspectives on evaluation of programs for female offenders in community corrections”, en McMahon, (Ed.), *Assessment to assistance: programs for women in a community correction*, American Correctional Association, L a n h a m. Bloom, B. y Chesney-lind, M. y Owen, B., (1994), “Women in California prisons: hidden victims of the war on drugs”, en *Center of Juvenile and Criminal Justice*, mayo. Hernández, G., Imaz, E., Martín, T., Naredo, M., Pernas, B., Tandogan, Aysel y Wagman, Daniel, Equipo Barañí, (2001), *Mujeres Gitanas y Sistema Penal*, Editorial Meytel, Madrid.. García España, Elisa, *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*. Tirant lo Blanch, Valencia. Almeda Samaranch, E., (2003), *Mujeres encarceladas*, Ariel, Barcelona. Cruells López, M., e Igareda González, N., (2005) “Inclusión de la perspectiva de género en las políticas penales, penitenciarias y post-penitenciarias”, en Cruells López, M., e Igareda González, N, *Mujeres, Integración y Prisión*, Aurea Editores, S. L., Barcelona. Cruells López, M., e Igareda González, N., (2005) “Informe Nacional España Surt”, en Cruells López, M. e Igareda González, N., *Mujeres, Integración y Prisión*, Aurea Editores, S. L., Barcelona. Yagüe Olmos, C. y Cabello Vázquez, M. I., (2005). “Mujeres jóvenes en prisión”, en *Revista de Estudios de*

de libertad en las cárceles españolas es muy reducido si se compara con el número de hombres. La vulnerabilidad que presenta el colectivo de mujeres en situación de reclusión se multiplica cuando de mujeres extranjeras se trata. Bien por desconocimiento de la protección de las que son merecedoras, o bien porque tienen interiorizada esta clase de violencia, cómo una práctica normal y avalada por su cultura o religión incluso justificada por las leyes de sus países¹². Pero además, aquellas que han cometido el delito *in itinere*, son sensiblemente vulnerables, pues su entrada en el territorio tenía como único propósito llevar a cabo la conducta, concretamente el de transportar la droga, y una vez cumplido con ello, regresarían a su país; es por esto que muchas de ellas no cuenta con redes ni familiares ni de amigos de ningún tipo, ni siquiera conocen más allá del nombre del aeropuerto donde aterrizan y desde el que partirían una vez finalizado el pacto. A esto se le une, que en ocasiones, el primer contacto de estas con el país se produce en el momento de ser detenidas y llevadas a la prisión. De ahí que generalmente estas mujeres, por el mero hecho de ser extranjeras, una vez detenidas son encarceladas, pues los jueces recurren a la prisión provisional como medida cautelar en más ocasiones que cuando del colectivo de mujeres nacionales se trata. Esto puede deberse al miedo y a los prejuicios que por parte del sistema se tiene sobre estas, pues el motivo en los que basan su situación procesal es fundamentalmente en el riesgo de fuga del país. En la actualidad, las mujeres de nacionalidad extranjeras en cárceles españolas están condenadas fundamentalmente por delitos de tráfico de drogas¹³, si bien hay que resaltar el dato de que no todas ellas eran inmigrantes, pues muchas se limitaron a intentar entrar la droga en España, sin conseguir poner los pies fuera de la zona internacional del aeropuerto. Sin embargo, la mayoría de los casos comparten los

Juventud. Aguado Correa, T, Gutiérrez Romero, F. M., Herrera Moreno, M., Mapelli Caffarena, B. y Sordi Stock, B., (2012). *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Dykinson, Madrid.

¹²Las mujeres extranjeras sobre todo aquellas que provienen de países de confesión islámica, desconocen los derechos que las amparan y aquellos comportamientos que por atentar a sus derechos como mujer, esto es como persona, son perseguibles y por ende sancionables.

¹³ Ver sobre esta cuestión, *Vid.*, sobre esta cuestión Agudelo González, G., (2015). “La mujer inmigrante en prisión por tráfico de drogas”, en Acale Sánchez, M., y Gómez López, M. R., (coords), *Derecho penal, género y nacionalidad*, en Acale Sánchez, María / Gómez López, María del Rosario (coords.), Comares, Granada.

estigmas de género que recaen sobre ellas desde el momento y por los motivos por los que decidieran cometer el delito¹⁴.

Además de esto, tanto las estadísticas como los estudios llevados a cabo, ponen de manifiesto que en las prisiones españolas las mujeres inmigrantes condenadas viven solas su encarcelamiento, sin que sea siquiera conocido por sus familiares, pues el temor al reproche familiar y social, las obliga a soportar la privación de libertad sin el apoyo de sus redes sociales, lo que posteriormente impedirá que puedan acceder a regímenes penitenciarios que les permitieran disfrutar de la prisión abierta¹⁵. No cabe duda pues, que las mujeres extranjeras

¹⁴Este dato se constata con los datos proporcionados a través de los siguientes estudios nacionales sobre la cuestión. Por todos visto, Aguado Correa, T, Gutiérrez Romero, F. M., Herrera Moreno, M., Mapelli Caffarena, B. y Sordi Stock, B., (2012). *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Dykinson, Madrid, p.206. Martín Palomo, T., (2001). "Mujeres gitanas y el sistema penal", en Hernández, G., Imaz, E., Martín, Te., Naredo, M., Pernas, B., Tandogan, A., Wagman, D. y Equipo Barañí (2011), *Mujeres Gitanas y Sistema Penal*, Editorial Meytel, Madrid, pp.149-170. Aguilar Conde, A., Becerra Muñoz, J., Díez Ripollés, J. L. y García España, E., (2012), "Realidad penitenciaria según datos oficiales. Las otras poblaciones presas", Tirant lo Blanch, Valencia pp.85-94. Almeda Samaranch, E., (2003), *Mujeres encarceladas*, Ariel, Barcelona, pp.85-ss. Almeda Samaranch, E., (2017), "Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España", en *Revista de sociología*, 102/2, pp.151-174. Cruells López, M. e Igareda González, N., (2005), "Inclusión de la perspectiva de género en las políticas penales, penitenciarias y post-penitenciarias", en Cruells López, M. e Igareda González, N., *Mujeres, Integración y Prisión*, Aurea Editores, S. L., Barcelona p. 2. Cruells López, M. e Igareda González, N., (2005), "Violencia contra las mujeres. Análisis en la población penitenciaria femenina. Surt 2005", en *El marco del Convenio entre la Generalitat de Catalunya y la Caixa de Catalunya*, p.14. Yagüe Olmos, C. y Cabello Vázquez, M. I., (2005), "Mujeres jóvenes en prisión", en *Revista de Estudios de Juventud*, nº1 69 pp.30-45. Como a nivel internacional: Bloom, B., Chesney-Lind, M y Owen, B., (1994), "Women in California prisons: hidden victims of the war on drugs", en *Center of Juvenile and Criminal Justice*, Mayo pp.1-10. Owen, B., (1999), "Women and imprisonment in the United States: The gendered consequences of the US imprisonment binge" en, Cook, S/ Davies, S (eds.) , *Harsh Punishment: International Experiences of Women's Imprisonment*, Northeastern University Press, Boston, pp. 81-98. Bloom, B. y Owen, B., (1999), "Profiling women prisoner: findings from national surveys and a California sample", en *The Prison Journal*, 75/3pp.165-185. Hoffman, L., Lavigne, B., Dickie, I., (1998), , *Women convicted of homicide serving a federal sentence: an exploratory study*, Correctional Service of Canada, Ottawa sin paginar. Féher, L. y Katalin, P., (2002), *Nök A Börtönben*, Kriminológiai, Tanulmányok, pp. 212-238. Cook, S., Tusher, C. y Raiford, Jerris, (2005), "Self-reports of traumatic events in a random sample of incarcerated women", en *Women & Criminal Justice*, 2005, 16-1/2, pp. 107-126. Severson, M. , Postmus, J. Y Berry, M., (2005), "Incarcerated women: consequences and contributions of victimization and intervention", en *International Journal of Prisoner Health*, 2005, nº1, pp.223-240. Blackburn, A, Mullings, J. y Marquart, J., (2008), "Sexual assault in prison and beyond: toward an understanding of lifetime sexual assault among incarcerated women", en *The Prison Journal*, , 88 /3pp. 351-377. Mcdaniels-Wilson, C. y Belknap, J., (2008), "The extensive sexual violation and sexual abuse histories of incarcerated women", en *Violence Against Women*, 14/10., pp. 1362-1381. Carlson, B. y Shafer, M., (2010), "Traumatic histories and stressful life events of incarcerated parents I: childhood and adult traumatic histories, en *The Prison Journal*, 90 /4,, 475-E493.

¹⁵ Sobre esta realidad, Acale Sánchez, M., (2011) "Mujeres, Crímenes y Castigos", en Revista Hachetetepé II. Revista Científica de educación y comunicación, nº 2. Gómez López, M. R. y Rodríguez Moro, L., (2015), "Los permisos ordinarios de salida: nacionalidad y género", en Acale

en situación administrativa irregular en caso de no haberseles decretado la orden de expulsión penal y entrar a cumplir la pena privativa de libertad, van a ser las más vulnerables por su condición de extranjera y, por no estar en posesión de un régimen regularizado, pues estas características, inciden, marcan y configuran las condiciones de estas en el cumplimiento de sus condenas. Estas van a sufrir el peso de la nacionalidad tanto en aras de para poder desempeñar trabajos remunerados, para el acceso de los permisos de salida, en la clasificación de tercer grado como en el disfrute de la libertad condicional¹⁶. Lo que a su vez puede incidir negativamente en la reincidencia en el delito, si se entiende que esas modalidades de prisión abierta están orientadas a favorecer la vuelta de la persona privada de libertad a la sociedad.

El peso de la nacionalidad y el género van a condicionar de una manera u otra el cumplimiento de la pena de estas mujeres dentro del centro penitenciario. En ocasiones uno pesará más que el otro y, viceversa. En este sentido, Acale Sánchez (2013) ha manifestado en distintas ocasiones a través de sus estudios como la: *“discriminación que sufren las mujeres en la sociedad en su conjunto, incide en sus concretos currícula delictivos, y, por otro, si por razón de su género sufren una especial victimización secundaria en prisión”*¹⁷.

Fruto de los datos extraídos tanto de las encuestas como de las entrevistas que han llevado a cabo distintos estudios sobre esta cuestión, se concluye que las personas extranjeras privadas de libertad son las que presentan un mayor riesgo de recibir conductas discriminantes, habiendo constatado, pues, que la

Sánchez, M. y Gómez López, M. R. (coords.), *Derecho penal, género y nacionalidad*, Comares, Granada. Cerezo Domínguez, A. I., (2015), “La aplicación de las reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española”, en Acale Sánchez, M. y Gómez López, M. R. (coords.), *Derecho penal, género y nacionalidad*, Comares, Granada.

¹⁶Vid., sobre esta cuestión, Boza Martínez, D., (2015), “Perspectivas postpenitenciarias de las personas privadas de libertad de nacionalidad extranjera: entre la expulsión y el arraigo”, en Acale Sánchez, M. y Gómez López, M. R. (coords.), *Derecho penal, género y nacionalidad*, Comares, Granada, pp.261-281. Roldán Barbero, H., (2010), “El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC www.criminet.ugr.es/recpc, nº 12-04, p.13. Gómez López, M. R. y Rodríguez Moro, L., (2015), “Los permisos ordinarios de salida: nacionalidad y género”, en Acale Sánchez, M. y Gómez López, M. R. (coords.), *Derecho penal, género y nacionalidad*, Comares, Granada.

¹⁷Acale Sánchez, M., (2011), “Mujeres, Crímenes y Castigos”, en *Revista Hachetetepé II. Revista Científica de educación y comunicación*, nº 2, Mayo. Plan Andaluz de Investigación. Junta de Andalucía, p.15.

nacionalidad constituye en este entorno, y más concretamente en lo que a los permisos penitenciarios se refiere, un factor primario de discriminación. Dentro del genérico colectivo de mujeres, se ha constatado que las nacionales obtienen considerablemente más permisos ordinarios que las extranjeras, siendo el primer motivo de denegación precisamente la “*extranjería*”, seguido de otros relaciones con éste como la “*ausencia de vinculación con el entorno*” o el “*riesgo de quebrantamiento de condena*”, especialmente apreciable, este último, con respecto a extranjeros que han delinquido en nuestro país *in itinere*.

Sin embargo, de los resultados estadísticos obtenidos podría concluirse que el género no es un factor primario de discriminación en esta materia, pues las mujeres extranjeras entrevistadas han disfrutado porcentualmente de más permisos que los hombres. No obstante, este dato se puede deber a otros motivos que sí tienen su explicación en razones de discriminación por género, las cuales no resultan constatables a través de la estadística, y sí con el empleo de otros métodos de investigación como la realización de entrevistas personales o grupos de discusión, tal y como se ha comprobado. Desde una perspectiva de género, se ha constatado que se otorgan más permisos a las mujeres respecto de los hombres por una presunción discriminatoria, es decir, porque del género femenino se presume su menor conflictividad, esto es, que las mujeres son más obedientes y menos violentas¹⁸, siendo éste uno de los motivos que explica por qué se les conceden más. Ello vendría a explicar que el género sí es una variable que incide en la ejecución de las penas privativas de libertad, y en los que a la concesión de permisos ordinarios se refiere.

Queda con esto constatado que el mundo carcelario no es más que el reflejo de la sociedad y viceversa. El castigo y el trato de las mujeres, su vulnerabilidad, su invisibilización es el mismo que el que reciben en libertad, pues este no es más que la expresión que desde tiempos remotos viene marcado

¹⁸Vid., sobre esta cuestión, Revelles Carrasco, M., (2015) “La violencia y las mujeres en prisión”, Boza Martínez, D., (2015), “Perspectivas postpenitenciarias de las personas privadas de libertad de nacionalidad extranjera: entre la expulsión y el arraigo”, en Acale Sánchez, M. y Gómez López, M. R. (coords.), *Derecho penal, género y nacionalidad*, Comares, Granada, pp.153-175.

por el poder del patriarcado¹⁹. En el caso de las mujeres extranjeras, junto a la discriminación por género que ya pesan sobre sus hombros, descansa otra añadida por su nacionalidad, estas dos unidas agravan y aceleran los procesos de exclusión de estas mujeres.

La tradición que existe en no reconocer tanto en la teoría como en la práctica a los grupos especialmente vulnerables donde están incluidas estas mujeres y donde también lo están las mujeres de étnia gitana, puede explicarse por la presencia básicamente de dos factores: endurecimiento de las políticas penales sobre todo en los delitos que más cometen estas mujeres y por otro las políticas de extranjería tanto europeas como nacionales²⁰. En un primer momento se pensó que con el aumento de la población reclusa femenina a nivel internacional, junto con las reglas aprobadas por Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010 un total de 70 Reglas para el tratamiento de la población penitenciaria femenina y, de medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes, comúnmente conocidas como Reglas de Bangkok enfocadas a la eliminación de la discriminación en razón de género en el medio penitenciario, la situación mejoraría²¹.

¹⁹El Informe de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, de 15 de febrero de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar 2007/2016 INI, respalda lo aquí señalado. Expresamente declara que: “*considerando que la situación penitenciaria de las mujeres refleja la posición de éstas en la sociedad, puesto que son confinadas en un sistema añadido, construido y gestionado fundamentalmente para hombres y por hombres*”. Informa de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo de 15 de febrero de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar 2007/2016 INI, p.4. Si bien en un primer momento esta considerando se tuvo presente en el citado informe, ésta no se tuvo en consideración en su redacción final de la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar.

²⁰ López Miranda, M.J., Martín Palomo, M. T. y Vega Solís, C., (2003), “Mujeres inmigrantes en prisión articulación de las políticas penales y de extranjería en el contexto de la Unión Europea”, en *Cuadernos de trabajo*, nº3, abril, p.1.

²¹ Estas se configuraron para atender las necesidades específicas de las mujeres encarceladas y poner en práctica el principio de no discriminación por razón de género que estas padecen dentro del medio penitenciario. *Vid.*, sobre esta cuestión, Aguado Correa, T., (2012) Dimensión de género en las políticas y centros penitenciarios” en Mapelli Caffarena, B., / Gutiérrez Romero, F., M., / Herrera Moreno, M.,/ Mapelli Caffarena, B., /Sordi Stock, B., *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Dykinson, Madrid, pp. 333-379; Cerezo Domínguez, A., I., (2015) “La aplicación de las reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española”, en Acale Sánchez, M., Gómez López, M., R., (Coords.), en *Derecho penal, género y nacionalidad*, Comares, Granada, pp. 25-44.

Sin embargo, hasta el momento el Estado español no ha puesto en práctica el principio de no discriminación contenido en el párrafo 6 de las Reglas de Bangkok, ni en la regla 1²². En este sentido, se solicita que, se tengan en cuenta las necesidades especiales de las mujeres presas, con la intención de conseguir la igualdad sustancial entre sexos consagrada tanto en la citada norma como en el artículo 14 de la CE.

Tampoco se han puesto en práctica las Reglas 53²³ y 66²⁴ presente en las Reglas de Bangkok. La primera de ella complementa a la 38 de las Reglas

²² La primera regla señala que *“a fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria”*.

²³ La regla 53 recoge expresamente que, *“los internos extranjeros pueden ser residentes o no en el país en el que están encarcelados. Ambos grupos enfrentan particulares dificultades. Estas son particularmente salientes dado el desproporcionado número de mujeres involucradas en el tráfico internacional de estupefacientes. Las RMT proveen una guía limitada para el tratamiento de los internos extranjeros. La Regla 38 de las RMT establece el derecho de los internos extranjeros a tener contacto con su representación diplomática o consular, mientras que las reglas 41-42 de las RMT acuerdan derechos relacionados a la práctica de la religión. A la vista de que el número de presos extranjeros esta creciendo dramáticamente alrededor del mundo, situación que abarca también al número de presas mujeres extranjeras, y tomando en consideración su particular estado de vulnerabilidad, especialmente de los no residentes en el país donde están encarcelados, la Directriz 53 apunta a proveer una mayor guía para las autoridades penitenciarias en el tratamiento de las mujeres extranjeras presas. Donde fuere posible, y si la interna lo desea, la mujer extranjera presa debe tener oportunidad de ser trasladada a su país para cumplir allí con la sentencia. Debería notarse que el traslado es completamente diferente a la deportación, ya que el objetivo del primero es servir a la reintegración social de la delincuente y reducir los efectos dañinos del encarcelamiento, mientras que el segundo es experimentado como una medida punitiva tomada en adición a la sentencia de encarcelamiento y a menudo en contra de la voluntad del interno afectado. El traslado de interno es posible cuando ambos países han suscrito tratados de traslados de condenados. En orden a trasladar a un interno y para que el sirva al propósito de reintegración social, éste debe expresar su deseo de cumplir la condena en su país de origen. El requisito de que el condenado debe consentir el traslado asegura que los traslados no sean usados como método de expulsión de presos o con un sentido de extradición disimulada. Un traslado obviamente aliviará todas las dificultades adicionales que los extranjeros enfrentan en la cárcel, y ayudará con su reintegración social. Esto es particularmente importante en el caso de las mujeres que tienen familia e hijos en sus países de origen, y por tanto padecerán el sentimiento de soledad asociado con el encarcelamiento, más intensamente que sus homólogos nacionales. El traslado de internos para cumplir la sentencia en su propio país, si ellos lo desean, debe ser considerado tan temprano como fuera posible después que una sentencia haya sido dictada. Los internos deben tener información clara y completa acerca de su derecho a requerir el traslado y las consecuencias legales del mismo, para posibilitarles tomar una decisión informada respecto a su situación. La guía sobre los asuntos relativos al traslado de internos es provista por el Acuerdo Modelo sobre transferencia de internos extranjeros adoptado por el 17 Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”*.

²⁴ La directriz 66 indica que *“los extranjeros están sobre-representados en el sistema de justicia criminal de muchos países, particularmente de aquellos que tienen una gran fuerza de trabajo compuesta por inmigrantes. Este aumento en su número puede ser particularmente atribuido al incremento de las medidas punitivas que están siendo adoptadas contra “extranjeros” en muchos países. Las mujeres sometidas a la trata se encuentran detrás de las rejas, habiendo sido condenadas por crímenes contra la moralidad pública, prostitución o violación de las leyes de migración, aunque ellas son víctimas de la pobreza, de las falsas promesas, de la coerción y de la explotación. Las personas sometidas a la trata son tratadas, algunas veces,*

Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas²⁵ en la que deja constancia expresamente que las mujeres extranjeras reclusas gozarán de facilidades adecuadas entre estas: a comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares o con los Estados encargados de sus intereses en caso de ser apátridas o refugiados que velen por ellos. En cambio en la segunda pone de manifiesto la obligación de remover y evitar la victimización secundaria de estas mujeres. Para ello, insta a los Estados miembros a que ratifiquen la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, con especial protección a las mujeres y a los niños. Y con esto ofrecer protección absoluta a las víctimas de trata.

Es de especial cumplimiento de cara a estas mujeres la aplicación de la Regla 54²⁶ destinada a los Estados por la que estos tendrán no sólo que reconocer las diversas necesidades que tienen las mujeres presas en función de su religión o cultura, sino remover aquellas formas de discriminación que puedan darse y que le impidan el acceso a programas y servicios, así como el acceso a los mismo beneficios que las demás reclusas. Por tanto, obliga a que diseñen y apliquen

como criminales más que como víctimas, tanto en los estados de destino, como en los de tránsito y en los de origen. En los estados de destino, ellas son perseguidas y detenidas por su irregular situación migratoria y laboral. Alternativamente, si su situación migratoria es irregular, las autoridades migratorias simplemente las deportan a sus estados de origen. Las personas sometidas a la trata que retornan a sus estados de origen pueden ser sujetas a persecución por el uso de documentos falsos, el haber salido ilegalmente del estado, o por haber trabajado en la industria del sexo. La criminalización limita el acceso de estas personas a la justicia y a la protección y hace que disminuya el porcentaje en el que ellas denunciarán su victimización a las autoridades. Dado los miedos de las víctimas por su seguridad personal y por las represalias que puedan sufrir de parte de los traficantes, el acrecentado miedo a la persecución penal y al castigo puede solo favorecer más que las víctimas eviten buscar protección, asistencia y justicia. UNODC, como custodio de los estándares y normas de las Naciones Unidas, relacionados con la justicia criminal y la prevención del crimen, y con base en su mandato de operacionalizar tales estándares y normas, debe abogar por la ratificación de estos Convenios”.

²⁵Esta regla establece que “los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares. Los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos”.

²⁶La regla 54 establece que “las autoridades penitenciarias reconocerán que las reclusas de diversas tradiciones religiosas y culturales tienen distintas necesidades y pueden afrontar múltiples formas de discriminación que les impidan el acceso a programas y servicios que tengan en cuenta su género y cultura. Por ello, deberán prever programas y servicios amplios en que se atiendan esas necesidades, en consulta con las propias reclusas y con los grupos correspondientes”.

programas que atiendan esas necesidades que en conexión a la Regla 55²⁷, esos programas serán objeto de evaluaciones para valorar la situación de estas mujeres y la atención que se les ofrece no sólo en el centro sino una vez en libertad.

El que no se hayan puesto en marcha las Reglas, da lugar a que para estas mujeres el cumplimiento de sus condenas sean especialmente severas, que unido al carácter paternalista y proteccionista de la Administración penitenciaria, no sólo consolida sino que refuerza aún más las desigualdades de género que existen en la sociedad²⁸.

Si se incluyera la perspectiva de género permitiría que los obstáculos con los que se cuenta a día de hoy, esto es, el impacto de los procesos de exclusión social que sufren estas mujeres sobre todo las extranjeras al entrar en prisión, se viera cuanto menos mitigado. Para la consecución de esto, es de extrema necesidad e importancia que el diseño de las políticas de cualquier índole, tengan en cuenta la citada perspectiva²⁹. De esta forma, se conseguiría que las mujeres que se encuentran en las capas más desfavorecidas de la sociedad en donde la vulnerabilidad y el riesgo de exclusión están muy presentes, cuenten con medios efectivos para salir de la situación que no sólo las hizo víctimas en un momento de sus vidas, sino también victimarias.

3. Reflexión final

A través de la breve aproximación que se ha llevado a cabo de la situación de la mujer inmigrante privada de libertad, se pone de manifiesto que este colectivo de mujeres se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad tanto cómo víctima de algún tipo de violencia como cuando se trata de mujeres que por sus

²⁷ La regla 55 recoge que “se examinarán los servicios de atención anteriores y posteriores a la puesta en libertad, a fin de asegurar que resulten apropiados y accesibles para las reclusas indígenas y las pertenecientes a determinados grupos étnicos y raciales, en consulta con los grupos correspondientes”.

²⁸ Almeda Samaranch, E., (2007) “Ejecución penal y mujer en España: olvido, castigo y domesticidad”, en *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, p.28.

²⁹ Aguado Correa T., (2012) “Dimensión de género en las políticas y centros penitenciarios” en, Mapelli Caffarena, B., Gutiérrez Romero, F. M., Herrera Moreno, M. y Sordi Stock, B., *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Dykinson, Madrid, p.348.

concretas circunstancias las han llevado a cumplir pena de prisión: cara y cruz de la misma moneda. Lo cierto es que el Estado de Derecho tiene la obligación de ayudarlas a salir de esa situación de vulnerabilidad: empoderándolas con la titularidad indiscutible de los derechos que como personas y como mujeres víctimas de violencia de género les reconoce el ordenamiento jurídico. En definitiva, debemos seguir avanzando y removiendo no sólo los obstáculos de distinto calado que se presentan, sino también conciencias.

Bibliografía

- Acale Sanchez, M., (2006). "Mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género en España", en Ruíz Rodríguez, L.R., (Coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Albacete, España, Bomarzo.
- Acale Sánchez, M., (2007). "Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima: modelo español". Jornadas internacionales sobre "Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima", en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Eguzkilore, nº 21, País Vasco, España.
- Acale Sanchez, M., (2011). "Mujeres, crímenes y castigo" en *Revista científica de educación y comunicación, Hachetetepé - Cárcel, Educación y Medios de Comunicación*, Primer semestre.
- Acale Sánchez, M., (2012). "La residencia de mujeres víctimas de violencia de género", en Boza Martínez, D. / Donaire Villa, F. J. / Moya Malapeira, D., (Coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Valencia, España, Tirant lo Blanch.
- Acale Sánchez, M., (2015). "Hipótesis" en Acale Sánchez, M. y Gómez López, M. R. (Coords), *Derecho Penal, Género y Nacionalidad*, Comares, Granada.
- Aguado Correa, T, Gutiérrez Romero, F.M., Herrera Moreno, M, Mapelli Caffarena, B. y Sordi Stock, B., (2012). *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Madrid, España, Dykinson.

- Agudelo Gonzalez, G., (2015). "La mujer inmigrante en prisión por tráfico de drogas", en Acale Sánchez, M y Gómez López, M. R. (Coords.), *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, España, Comares.
- Almeda Samaranch, E., (2003). "Mujeres encarceladas", Barcelona, España, Ariel.
- Almeda Samarach, E., (2010). "Pasado y presente de las cárceles femeninas en España", en *Revista Sociológica*, vol. 6.
- Almeda Samarach, E., (2010). "Privación de libertad y mujeres extranjeras. Viejos prejuicios y nuevas desigualdades" en Añaños, F. T. (Coord.), *Las mujeres en las prisiones, Educación Social en contextos de riesgo y conflicto*, Barcelona, España. Gedisa.
- Bloom, B., Chesney-Lind, M. y Owen, B.,(1994). "Women in California prisons: hidden victims of the war on drugs", en *Center of Juvenile and Criminal Justice*, May.
- Bloom, B. (2000). "Beyond recidivism: Perspectives on evaluation of programs for female offenders in community corrections", en McMahon, (Ed.), *Assessment to assistance: programs for women in a community correction*, American Correctional Association, Lanham.
- Bloom, B. y Covington, S., (2000). "Gendered Justice: Programming for Women in Correctional Settings", en *Paper presented at the 52nd Annual Meeting of the American Society of Criminology*, November.
- Boza Martínez, D., (2015). "Perspectivas postpenitenciarias de las personas privadas de libertad de nacionalidad extranjera: entre la expulsión y el arraigo", en Acale Sánchez, M. y Gómez López, M. R., (Coords.), *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, España, Comares.
- Castillo Algarra, J. y Ruíz García, M., (2010). "Mujeres extranjeras en prisiones españolas. El caso andaluz", en *Revista Internacional de sociología*, Vol. 68, nº 2.
- Cerezo Domínguez, A. I., (2007). "Origen y evolución histórica de la prisión" en Cerezo Domínguez, A. I. y García España, E. (Coords.), *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*. Granada, España, Comares.

- Cerezo Domínguez, A. I., (2015). "La aplicación de las reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española", en Acale Sánchez, M. y Gómez López, M. R., (Coords.), *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, España, Comares.
- Cruells López, M. y Igareda González, N., (2005). "Inclusión de la perspectiva de género en las políticas penales, penitenciarias y post-penitenciarias", en Cruells López, M. y Igareda González, N., *Mujeres, Integración y Prisión*, Barcelona, España, Aurea Editores.
- Cruells López, M. y Igareda González, N., (2005). "Inclusión de la perspectiva de género en las políticas penales, penitenciarias y post-penitenciarias", en Cruells López, M. y Igareda González, N., *Mujeres, Integración y Prisión*, Barcelona, España, Aurea Editores.
- Defensor del pueblo andaluz, (2006). *Mujeres privadas de libertad en centros penitenciarios de Andalucía, Informe Especial al Parlamento Andaluz*. Sevilla: Junta de Andalucía.
- García España, E., (2001). *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*. Valencia, España, Tirant lo Blanch.
- García España, E., (2012). "Las otras poblaciones presas: mujeres y extranjeros", en *Revista de derecho penal y criminología*, nº7.
- Gómez López, M. R. y Rodríguez Moro, L., (2015). "Los permisos ordinarios de salida: género y nacionalidad", Acale Sánchez, M. y Gómez López, M.R., (Coords.), *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, España, Comares.
- Hernández, G., Imaz, E., Martín, T., Naredo, M., Pernas, B., Tandogan, A., y Wagman, D., Equipo Barañí, (2001). *Mujeres Gitanas y Sistema Penal*, Madrid, España, Editorial Meytel.
- Jiménez Bautista, F. y Jiménez Aguilar, F., (2013). "Foucault, cárcel y mujer: el conflicto de la reincidencia", *Revista de Humanidades*, vol. 20.
- Jiménez Bautista, F., (2014). "Seguridad y mujer: las extranjeras en las cárceles españolas", *Revista Internacional de Ciencias Sociales Interdisciplinarias*, vol. 9.
- López Reusch, E., (2007). "Mujeres inmigrantes y violencia de género. Aproximación diagnóstica a tres años de la existencia de la Ley de medidas de protección

integral contra la violencia de género”, en Revista Federación de mujeres progresistas.

Manzanos Bilbao, C., (2005). “La cárcel, ¿para qué y para quién?” en VVAA, *Las cárceles de la democracia. Del déficit de ciudadanía a la producción de control*. Madrid, España, Ediciones Bajo Cero.

Mappelli Cafarena, B., Herrera Moreno, M., y Sordi Stock, B., (2013) “La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género? Una visión andaluza, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 33.

Martínez Lirola, M. y, Jiménez Bautista, F., (2015). “La realidad de las mujeres inmigrantes en las prisiones españolas a través de su discurso: ejemplos de violencia, marginación y reinserción frustrada”, en *Revista Nuevas tendencias en antropología*, nº6.

Martín Palomo, M. T., (2006). “Sobre delitos y fronteras. Vuelta sobre la investigación mujeres no nacionales en prisión” en Rodríguez, P. (Ed.), *Feminismos periféricos. Discutiendo las categorías de sexo, clase y raza (y etnicidad) con Floya Anthias*, Salobreña, Athulia.

Miranda López, M. J., Martín Palomo, M. T. y Vega Solís, C., (2003). *Mujeres inmigrantes en prisión. Articulación de las políticas penales y de extranjería en el contexto de la Unión Europea* [en línea], Instituto de Investigaciones Feministas, Cuaderno de Trabajo nº 3, Abril.

Monteros Obelar, S., (2008). “La violencia de las fronteras legales: violencia de género y mujer migrante”, Lorenzo Copello, P., / Maqueda Abreu, M., L., / Rubio Castro, A., (Coords), *Género, violencia y derecho*, Valencia, España, Tirant lo Blanch.

Naredo Molero, M., (2004). “¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de reclusas extranjeras y gitanas” en *Humanismo y trabajo social*.

Ribas Mateos, N. y Martínez de Miguel, A., (2003). “Mujeres extranjeras en las cárceles españolas, *Revista Sociedad y Economía*, vol. 5.

- Ribas Mateos, N., Almeda Samaranch, E. y Bodelón González, E., (2005). *Rastreando lo invisible. Mujeres extranjeras en las cárceles*, Barcelona, España, Anthropos.
- Rodríguez Yagüe, C., (2011). "La mujer extranjera como víctima de la violencia de género en el ámbito sentimental", Rodríguez Yagüe, C., (Ed.) y Paz Martínez, J., (Coord.), en *Estudios sobre género y extranjería*, Albacete, España, , Bomarzo.
- Roldán Barbero, H., (2010). "El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, nº 12-04.
- Yagüe Olmos, C., y Cabello Vázquez, M. I., (2005). "Mujeres jóvenes en prisión", en *Revista de Estudios de Juventud*, nº1 69.
- Yagüe Olmos, C., (2007). "Mujeres en prisión: Intervención basada en sus características, necesidades y demandas", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 5.
- Zaffaroni, E. R., (2000). "El discurso feminista y el poder punitivo", en Haydée, Birgin, *Las trampas del poder punitivo: el género en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, Bilbos.

Factores del crimen en argentina: el papel de la educación y la dificultad en la obtención de datos estadísticos

Manuel L. Ruiz-Morales

Universidad de Cádiz

1. Introducción

Con carácter previo al abordaje del asunto que nos ocupa, se debe advertir al lector, que este estudio-ponencia es el resultado de un análisis desarrollado por el autor para el I Encuentro Estatal Ciudad y Criminología, celebrado a mediados de 2017 en la ciudad de El Puerto de Santa María (España) y organizado por la Sociedad Española de Criminología. Este examen, titulado: "La criminalidad y sus determinantes. Estudio de la correlación estadística", ha sido enviado - posteriormente- a la revista *Via Iuris* para su publicación, con la denominación de "La criminalidad en España. Factores determinantes".

Se debe mencionar además, que en aquellas investigaciones, lo que se pretendía era observar qué factores determinaban la mayor comisión de delitos en España, toda vez que se suele hablar en no pocas ocasiones de ciertos aspectos facilitadores de los delitos en la bibliografía especializada en la materia, mas no se conoce si estas afirmaciones son veraces, son fiables para el caso español, o incluso, si son fidedignos matemáticamente hablando, puesto que una cosa puede ser los resultados de impresiones, encuestas, trabajos de campo, y otro es obtener resultados matemáticos, claros, concisos e innegables.

Los eventuales agentes que se analizaron en aquella ocasión, fueron los que siguen:

1. La urbanidad o la ciudad y el delito, esto es, si el hallarse o no en un área urbana determinaba mayor delincuencia.

2. El delito y el desempleo, es decir, si a mayor número de personas sin empleo, se producía una situación de precariedad en la sociedad que redundaba en tasas mayores de criminalidad.
3. El delito y la inmigración, observando si realmente las áreas o zonas con más cantidad de personas foráneas, terminaban presentando mayores tasas delincuenciales.
4. El delito y el turismo, es decir, si el turismo afectaba positivamente a la delincuencia, promoviéndola, ya que este fenómeno atrae actividades económicas, también ilegales.
5. El delito y la educación. Este aspecto merece una especial detención, puesto que se analizó si el nivel educativo tenía importancia en el particular, e igualmente, si era más relevante la calidad de la educación, a través del rendimiento.
6. Por último, se analizó el delito y la dimensión policial, o lo que es lo mismo, si el mayor número de miembros de los cuerpos de seguridad del Estado por habitante en cada territorio, resultaba decisivo en el número de delitos.

Pues bien, todos los análisis se desarrollaron con datos estadísticos oficiales³⁰, y sorprendentemente los resultados no fueron los esperados. En primer lugar, ningún agente obtuvo una enorme vinculación al crimen –afirmación lógica-, en tanto en cuanto en el crimen intervienen multitud de circunstancias causantes.

Ahora bien, del examen se pudo concluir que en España el factor que más repercutía –es decir, guardaba mayor relación matemática³¹- en el delito era la calidad de la educación (64 %³²). De este modo, aquellas regiones que poseían

³⁰ Puesto que aunque reiteradamente se ha comentado que las estadísticas oficiales no muestran la realidad, tampoco es menos cierto que la mayoría de las investigaciones se basan en ellas, por su fácil acceso y su fiabilidad (Serrano Gómez et al., 2006). Además, internacionalmente se han utilizado recurrentemente (Serrano Maíllo, 2006), aun cuando adolezcan de ciertas limitaciones, como no corresponderse con la verdad real. Igualmente, habría que añadir que las estadísticas oficiales y las otras formas de contabilizar y/o medir el delito –encuestas de victimización o autodenuncia- gozan de una alta correlación (Aebi et al., 2001).

³¹ O como se diría matemáticamente, correlación.

³² La calidad de la educación explicaba en un 64 % los datos sobre delincuencia (con una relación inversa).

una mayor calidad educativa³³, veían reducidas sus tasas delincuenciales. Así, para el particular español, se determinó que si la autoridad gubernativa quisiera llevar a cabo actuaciones de políticas públicas para reducir el delito, lo más eficiente sería sufragar partidas que mejorasen la calidad educativa, mejorando el rendimiento en la misma.

En segundo lugar, la segunda causa que favorecía los delitos era la propia existencia de la ciudad (63%), esto es, a mayor superficie urbana, aumentaba la tasas de delincuencia.

Finalmente, influían la población extranjera (61,6 %) y la recepción de turistas (59,4 %).

Por su parte, el resto de aspectos analizados no prestaban relación con el delito, aun cuando en el imaginario colectivo y en la bibliografía, existían voces que defendían expresamente lo contrario, aunque no necesariamente para el caso español.

Pues bien, en este trabajo se pretende analizar si el patrón analizado en España se desarrolla en la República Argentina, y por tanto, si la educación es relevante a la hora de explicar el delito en este país latinoamericano -según las posibilidades de variables a medir-, y cuán importante sería -en ese supuesto-.

Igualmente, se analizarán otras variables, al efecto de observar que factores guardan relación con las más altas tasas de criminalidad en este país, aún cuando se prestará -fundamentalmente- atención a los factores educativos.

2. Metodología e Hipótesis

Para materializar el análisis de estos datos, se ha utilizado el programa informático Statgraphics Centurion XVII. Se trata de un software estadístico profesional -pudiendo realizar cualquier examen estadístico que se precie, en

³³ Medida en los resultados anuales del Informe del Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes, o también conocido como Informe PISA, sobre la calidad educativa medida en el rendimiento académico.

base a cualquier procedimiento-, relativamente simple y fácil de manejar para un analista no matemático.

Ahora bien, el procedimiento para comprobar la existencia de la relación entre el número de delitos cometidos en Argentina y el resto de factores, se ha realizado utilizando lo que en estadística se llama "correlación". Esta correlación vendrá determinada por el coeficiente de correlación lineal " r ", que explica la proximidad existente entre la nube de puntos que se crea por cada par de valores -los dos aspectos a los que se les esté analizando su relación- de la muestra, y una recta que resume tales datos, que sería la llamada "Recta de Regresión" (GARCÍA RAMOS y otros, 2009). A mayor semejanza de la nube de puntos con mencionada recta de regresión, más evidente es la relación existente entre variables, o como se diría estadísticamente: Ambas variables están correlacionadas.

El coeficiente de correlación lineal " r ", se explica como el cociente de la covarianza y el producto de las desviaciones típicas de las dos variables cuantitativas objeto del análisis. A saber: $r = s_{XY} / s_X s_Y$

Pues bien, para la interpretación de este coeficiente de correlación " r ", se debe comentar que:

En primer lugar, este coeficiente tomará sólo valores que vayan entre -1 y 1. De este modo, cuanto más se aproxime a estos números enteros, más relacionadas están las variables objeto de la medición. Aunque hay que realizar una apreciación, si la aproximación se acerca sobradamente a -1, la relación será inversa, mientras que si la adyacencia se produce cercana a 1, la relación será directa.

- En segundo lugar, si el valor de " r " es cero (0), o cercano a ese número, se debe determinar que no existe relación entre las variables en cuestión, o lo que es lo mismo, son incorreladas.
- No obstante lo anterior, se suele explicar que la relación es **fuerte** cuando los valores de " r " están entre 0,87 y 1, o entre -1 y -0,87. Por su parte, entre 0,5 y 0,87, o entre -0,87 y -0,5 la correlación es **regular**. Y en los casos en los que los valores

del coeficiente estén entre -0,5 y 0,5; la relación es **débil** o presentan escasa correlación (GARCÍA RAMOS y otros, 2009).

Por otra parte, se prestará atención también a otro parámetro que se denomina Coeficiente de determinación, " R^2 ", o como se nomenclatura en Statgraphics, R-cuadrado. El uso de este coeficiente es otra manera de medir la correlación, puesto que " R^2 " determina también la distancia existente entre los puntos de la distribución -pares de valores- y la curva resumen de los datos, denominada habitualmente como recta de regresión.

Lo que interesa en este punto, es saber que el coeficiente de determinación al calcularse como la división de las varianzas, no cuenta con unidades de medida, con lo cual, es bastante útil para comparar distintas relaciones, incluso cuando las variables no tengan nada que ver.

Así, en todo caso " R^2 " oscilará entre 0 y 1. De este modo, si el ajuste fuera perfecto, esto es, la correlación es perfecta (todos los puntos de la gráfica se hallan en la recta de regresión) el valor del coeficiente sería 1. En el caso contrario, si la variable X e Y no tienen relación ninguna en base a dicha recta, el valor de " R^2 " sería igual a 0.

Normalmente, se suele afirmar que el ajuste es tolerable cuando vale al menos 0,75. Ahora bien, en este particular, nos servirá igualmente como método para comparar las relaciones que se pongan en liza (GARCÍA RAMOS y otros, 2009).

Finalmente, habría que comentar que las relaciones que se tratan de encontrar son las lineales. No obstante, cuando del análisis lineal se haya podido entrever algún tipo de relación distinta a la lineal -como por ejemplo la exponencial, potencial, la parabólica o la hiperbólica-, se ha ensayado con la misma, aunque en ningún caso los resultados han variado determinando una mayor relación, que en caso lineal.

En otro orden de cosas, se debe decir que los datos utilizados en el estudio, son los proporcionados por los organismos oficiales argentinos, como ocurre con las estadísticas criminales facilitadas y expuestas por el Ministerio de Seguridad, o

en otros casos, el Ministerio de Educación a través de la Secretaría de Innovación y Calidad Educativa.

No obstante, se debe hacer una consideración adicional al lector, porque la tasa de delitos por provincia por cada cien mil habitantes, se obtiene –como se acaba de mencionar- de los datos oficiales; sin embargo, esta cifra delictual, de acuerdo a las denuncias producidas, no puede aseverarse que se trate de unos valores completamente reales, puesto que ya se ha estudiado en repetidas ocasiones que la magnitud de las denuncias varían dependiendo del tipo de delito y del año en cuestión, además de que las estadísticas criminales –como es ampliamente conocido- adolece de una parte no registrada, que innumerables autores manejan como una “cifra negra” no contabilizada y de imposible registro (RECHEA y otros, 1995).

Huelga decir, que aun cuando se haya precisado lo anterior, se usan los datos oficiales, toda vez que serán los más fidedignos para acometer un estudio de estas características.

Por último, una postrera puntualización referida a los conjuntos de datos utilizados. Se debe aludir que se ha optado por elegir los datos divididos y/o distribuidos por Provincias argentinas, al considerarse cada una de ellas un Estado Federal independiente, separando a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la propia provincia de Buenos Aires, al tratarse de un territorio autónomo a la misma.

Por último, se debe aludir a la hipótesis que se pretende comprobar: La educación es uno de los principales factores determinantes del crimen en Argentina.

3. La delincuencia y el rendimiento académico-educativo en Argentina

No han sido pocos los autores que se han ocupado de la educación y el crimen, esto es, que han explicado o tratado de explicar el crimen en relación a la educación, puesto que parece que las mayores tasas de delincuencia estaría

ligada a menores niveles educativos y menores tasas de escolarización de la población³⁴ (BRUNNER, 2005).

Sin embargo, los motivos aducidos y comprobados de esta afirmación, pueden ser varios, como por ejemplo, que la educación civiliza a los individuos (LOCHNER y otros, 2004), o incluso debido a que el aumento del nivel alcanzado en la educación, incrementa las posibilidades de una mejor retribución, lo que aleja en cierto modo al sujeto del crimen, ya que no requiere de la ilicitud para obtener esas ganancias extras (BUONANNO, 2006)³⁵. En este sentido, algunos estudios se han referido a cómo una Educación –en el ámbito familiar- deficiente, aumenta la criminalidad³⁶.

Ahora bien, como se adelantó *ad supra*, en el Estudio realizado en relación al particular español en los últimos años, se obtuvo como resultado que el factor que determinaba en mayor medida el crimen en España³⁷, era la calidad y/o rendimiento educativo de la población. De este modo, aquellas Comunidades Autónomas cuyos alumnos obtenían un mayor rendimiento educativo³⁸ –dado también por la calidad y las exigencias de cada región- sufrían tasas delincuenciales menores.

No obstante, cuando se analizó si el porcentaje de población con un determinado nivel de estudios –primeramente se ensayó con estudios secundarios y, seguidamente, con estudios superiores- influía en el crimen, resultó que eran indiferentes³⁹, y por tanto, ningún influjo presentaba en la tasa de delitos.

Así, tan relevante parece el papel de la educación en el crimen, que Naciones Unidas entiende que el bienestar social derivado de la prevención del delito,

³⁴ Otro aspecto interesante es el del aprendizaje de la criminalidad, por las condiciones psicosociales y biológicas (TIEGHI, 2011), mas esto escapa del propósito de este trabajo.

³⁵ Esta aseveración no tiene consideración respecto a los delitos de cuello blanco, ya que ocurriría más bien al contrario.

³⁶ Se está haciendo alusión a un estudio realizado en Perú, respecto de las mujeres (SORIA BERROSPI, 2015).

³⁷ Explicando la recta de regresión el 64 % de los puntos.

³⁸ Medidos en puntos en el ya mencionado Informe PISA.

³⁹ Es decir, no mostraba relación matemática alguna, o lo que es lo mismo, no mostraba una suficiente correlación, para ser considerado adecuado de acuerdo a los estándares estadísticos mínimos.

deviene entre otros motivos del fomento de medidas educativas⁴⁰, y una de las finalidades de esta organización internacional es la lucha contra el analfabetismo, toda vez que el déficit educativo es un factor de riesgo que puede contribuir decididamente al crimen (HIKAL, 2012). También se ha considerado a la Institución Educativa formal como un instrumento fundamental a la hora de reducir los factores de riesgo en la generación de la criminalidad, en los marcos de Estrategias de Prevención social del delito (SCHULMAN, 2012). Incluso la sociedad en general entiende que la existencia de carencias de índole educativas en las personas son argumentos para explicar la delincuencia (RUIZ, 2006).

Por su parte, en la Argentina desde finales del siglo XIX se prestó atención a los datos recopilados por los órganos e instituciones conformadores del sistema de penal –casi únicamente relativos a la capital bonaerense-, centrándose en esta época en aspectos tales como el alcoholismo, la prostitución, los homicidios o aquellos hechos que afectaban a la moralidad de la comunidad. No obstante, aun cuando con el paso de los años, la criminología –también la argentina- fue generando y propiciando la creación de censos poblacionales, registros de delitos, de criminalidad, de la reincidencia o incluso de penados y encausados, divididos en grupos (OLAETA, 2018); existieron dificultades de veracidad, toda vez que los datos presentaban –en mayor medida- la orientación pretendida por las fuerzas policiales o los entes que se encargaban de recogerla y tratarla, más que atender a las cifras reales de criminalidad. Aspectos contraproducentes de los que aún hoy a veces adolecen las estadísticas argentinas.

Análisis

En el particular argentino –como ya se ha mencionado- se han utilizado con relación a la tasa delictual, los datos ofrecidos por el Ministerio de Seguridad de la Nación. Por su parte, para obtención de los datos educacionales, se han utilizado los facilitados por la Secretaría de Innovación y Calidad Educativa del Ministerio de Educación, acudiéndose a la tasa de promoción efectiva del total

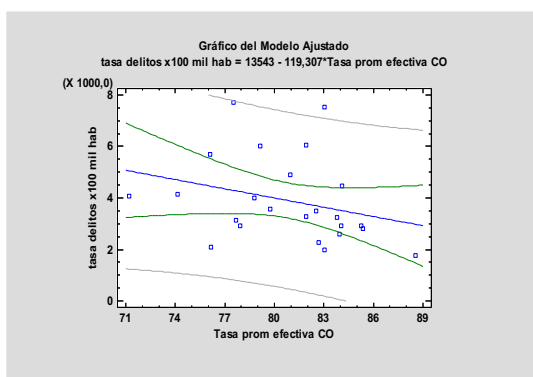
⁴⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 200, p. 304.

del Secundario⁴¹ –Ciclo Orientado-, al tratarse del nivel más alto de la Educación no universitaria, en la cual ya el individuo alcanza cierto nivel tanto académico, como personal, adquiriendo mayor madurez.

De este modo, la variable dependiente o explicada será la tasa de delitos en cada provincia por cada cien mil habitantes, y la variable independiente o explicativa será la tasa de promoción efectiva total del secundario, en cada provincia argentina.

Las salidas más significativas del programa son:

- La Recta de Regresión: Tasa de Delitos = 13543 - 119,307 * Tasa de Prom. Ef.
Ello nos indica una pendiente negativa, recta decreciente.
- Gráfico (Tabla 1): Tasa de Delitos vs. Tasa de Promoción Efectiva.



Lo más destacable del gráfico la recta de regresión -la recta azul-, que es la recta resumen. Al analizar esta recta se puede afirmar que a mayor tasa de promoción efectiva, la tasa de delitos disminuye.

Ahora bien, ¿cumple el análisis estadístico los mínimos requerimientos?

⁴¹ No se pudo optar por el Informe PISA, como en el caso español, puesto que Argentina fue excluida de estas pruebas de la OCDE, ante deficiencias presentadas en el proceso, eliminando a Escuelas que al parecer restaban calidad y rendimiento al sistema educativo argentino. Véase “Papelón internacional: la Argentina fue excluida de las pruebas PISA” en *Infobae*, de 5 de diciembre de 2016; entre otros.

- Otras salidas relevantes del programa:

Coeficiente de Correlación = -0,2922

R-cuadrada = 8,59 por ciento

Valor-P: 0,1659

A la vista de estos datos, se puede afirmar -sin ningún temor- que la recta de regresión no explica nada, puesto que el coeficiente de correlación está por debajo de 0,5 y por encima de -0,5, por lo que no existe relación alguna entre variables. Igualmente se corrobora con el resto de salidas del sistema, por lo que se debe decir que la tasa de promoción efectiva, como medidor del rendimiento académico, no provoca variaciones en la comisión de delitos en este país americano.

4. Otros aspectos que pueden influir en el delito

A efectos de hallar una variable que pueda explicar de una adecuada forma el crimen en la Argentina, se ha intentado ensayar el análisis con el factor desempleo -denominado desocupación en este país-. No obstante, la información referente a la ocupación se expresa en conglomerados urbanos, y no por provincia, por lo que no existe homogeneidad para comparar.

Buscando otro factor de índole económica, se ha optado con el Producto Interior Bruto (PIB o PBI) per cápita de cada provincia, puesto que el Producto Bruto Interno -como es conocido a este lado del Atlántico-, indica y mide la productividad, el desarrollo económico de un país o área, incluso también es un indicador del bienestar social de la zona objeto de medición. Sin embargo, la serie estadística que recoge el PBI per cápita divididos por jurisdicciones en Argentina, no tiene datos más cercanos a 2004, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) de la República Argentina, lo que podría desvirtuar los resultados.

Ante tales dificultades, se varió nuevamente la variable al Producto Geográfico Bruto (PGB), que en la Argentina, equivale al PIB mas relativo a las distintas provincias. De este modo, se utiliza el PGB per cápita, para desarrollar el análisis, conforme la última información ofrecida por las instituciones estadísticas de la

República (año 2008). Estos datos no equivalen a la anualidad de los delitos, no obstante, se deben salvar y ser utilizados, por dos razonamientos, a saber: 1. No existen datos posteriores a ese año. 2. Las pautas de desarrollo económico de las diversas zonas, no suelen variar rápidamente en el tiempo, se trata de decisiones estratégicas y estructurales de la economía, cuyos resultados verán sus frutos en un plazo no inferior a quince o veinte años.

No obstante, al llevar a cabo el análisis se obtiene que ninguna relación tiene la riqueza por persona con el delito, puesto que el coeficiente de correlación es de 0,39; una cifra muy pobre y por debajo de los requerimientos mínimos.

Lo mismo ocurre con otros factores que se han sondeado, como es el caso del Índice de Desarrollo Sostenible Provincial (0,36), o la densidad de población (0,28), que a diferencia de lo que ocurre en gran parte del mundo, no es capaz de explicar el delito en Argentina⁴².

5. Conclusiones

En primer lugar, se debe hacer alusión a que ninguno de los factores ensayados ha resultado ser un buen predictor del crimen para el caso argentino, puesto que en ningún caso se ha cumplido los estándares mínimos estadísticos y, por ende, se puede afirmar que no existiría relación entre esos eventuales agentes y el número de los ilícitos penales acaecidos en la Argentina, toda vez que la dependencia mostrada es insignificante estadísticamente hablando.

En segundo lugar, se tiene que mencionar que esta circunstancia -en cierta manera- se ha producido como consecuencia de los datos estadísticos facilitados por los organismos públicos y encargados de las Estadísticas en Argentina, puesto que no se sigue para todo caso un panorama similar y homogéneo, a fin

⁴² Ni siquiera la densidad de población es capaz de justificar el crimen en Argentina. Es algo inusual, toda vez que a mayor densidad poblacional, mayor contacto entre los individuos y, consecuentemente, mayor facilidad para que se provoque el delito. Igualmente, adquiere la densidad un papel fundamental también en la ocultación del acto delictivo, ante el favorecimiento del camuflaje de los efectos del delito que brinda una sociedad con más personas (RODRÍGUEZ ANDRÉS, 2003; RUIZ y otros, 2007).

de poder realizar comparaciones, como podría ser la provincia⁴³, sino más bien como se ha comentado, para datos turísticos hace referencia a unas regiones particulares, para el desempleo se utilizan las grandes urbes y conurbanos, pero no la provincia, por lo que los datos están segregados y divididos según la medición particular, lo que provoca la imposibilidad de analizar conjuntamente.

Por otra parte, los datos ofrecidos por las instituciones, como el INDEC, están a día de hoy muy desfasados y anticuados, puesto que para aspectos censales, los últimos datos recogidos fueron de 2010, para el PIB son del 2004, o para el PGB son de 2008.

A la vista de estos hechos, se requiere la actualización anual de los datos, siguiendo los mismos parámetros, a efectos de poder comparar.

Resulta destacable como los Informes ofrecidos por el INDEC u organizaciones similares que se encargan obtener estadísticas, publican análisis ad hoc, concretos y ya explicados con sus conclusiones; mas el investigador no tiene acceso a los datos primarios homogéneos, al efecto de poder realizar sus propios estudios. Debe ser esta la razón por la cual en los países latinoamericanos -en general- y en Argentina -en particular-, la población no presta demasiada atención a los datos estadísticos, toda vez que se piensa -volviendo a la polémica teórica creada por los autores de la teoría del etiquetamiento- que los datos estadísticos que emanan de las agencias estatales -por tanto, datos oficiales- están sesgados por la imagen y los intereses que se quiere mostrar a la sociedad, por parte de dichos organismos detentadores del poder (Olaeta, 2009).

Por todo ello, puede ser que ningún factor analizado haya dado lugar a un resultado positivo respecto de su influencia en el delito, toda vez que el análisis se ha tenido que alejar en busca de parámetros análogos, pero quizás no concretos.

⁴³ Es dable destacar como en el caso argentino, el propio INDEC o el Ministerio de Seguridad de la Nación, ofrecen Estudios sobre criminalidad donde analizan diversos aspectos y ofrecen estadísticas y conclusiones conforme a los resultados, no obstante, en no pocas ocasiones se obvian los datos primarios, por lo que su inaccesibilidad imposibilita la realización de novedosos estudios y analizar experiencias ad hoc, en base a las estadísticas oficiales.

Ahora bien, los resultados son los resultados, y de lo examinado se puede concluir que la delincuencia en general -todos los tipos de delitos-, se produce en Argentina independientemente del rendimiento educativo, del nivel de riqueza de la zona, del desarrollo del área o de la cantidad de población que habite un determinado territorio. Por tanto, parece evidente que no se ha podido confirmar la hipótesis de partida.

6. Bibliografía

AEBI, M. et al. (2001). "Un nuevo instrumento para la investigación criminológica", en *Boletín Criminológico*, núm. 53. IAIC, Sección Málaga.

BUONANNO, P. (2006) "Crime, education and peer pressure", en *Rivista di Politica Economica*, vol. 96, núm. 5. Econpapers.

BRUNNER, J. J. (2005). "Educación y actividad delictiva: Evidencia internacional", en *Revista Electrónica Fundación Paz Ciudadana*, núm. 2. Disponible en: http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2005-09-07_Educaci%C3%83%C2%B3n-y-actividad-delictiva-evidencia-internacional.pdf

GARCÍA RAMOS, J. A. et al. (2009) *Estadística empresarial*. Cádiz: Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz.

HIKAL, W. (2012). "Instrumentos de Naciones Unidas para la prevención del delito, seguridad pública y justicia criminal", en *Revista Pensamiento Penal*, 16 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/33833-instrumentos-naciones-unidas-prevencion-del-delito-seguridad-publica-y-justicia>

LOCHNER, L. et al. (2004). "The effect of education on crime: Evidence from prison inmates, arrests, and self-reports", en *The American Economic Review*, vol. 94, núm. 1. American Economic Association.

OLAETA, H. (2009). "Estadísticas criminales y sistemas de información". *Posgrado Políticas Públicas, Violencia y Seguridad*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Cuyo, Argentina: 8 mayo -13 junio. Disponible en:

<http://violenciayseguridad.blogspot.com/2009/05/texto-olaeta-estadisticas-criminales-y.html>

OLAETA, H. (2018). *La construcción científica de la delincuencia. El surgimiento de las estadísticas criminales en Argentina*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes.

RECHEA, C. et al. (1995). *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*. Madrid: Ministerio del Interior.

RODRÍGUEZ ANDRÉS, A. (2003). "Los determinantes socioeconómicos de los delitos en España", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 1. Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano1-2003/a12003art1.pdf>

RUIZ, J. I. (2006). "Representaciones sociales de la criminalidad: el papel de la formación académica". Disponible en: <http://psicologiajuridica.org/psj264.html>

RUIZ, P. et al. (2007) "Determinantes de la criminalidad: Análisis de resultados", en *Política Criminal*, núm. 3, D. 1. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_03/d_1_1_3.pdf

SCHULMAN, D. (2012). "Acerca de la inversión en educación como herramienta de la estrategia de prevención social del delito", en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, vol. IX. Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León.

SERRANO GÓMEZ, A. et al. (2006). "Evolución de la delincuencia en España según estadísticas oficiales (1995-2005)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18. UNED.

SERRANO MAÍLLO, A. (2006). *Introducción a la Criminología*. Madrid: Dykinson.

SORIA BERROSPI, J. (2015). "La deficiencia en la educación familiar y su influencia en el incremento de la criminalidad femenina, en el distrito judicial de Huánuco en el año 2015". Tesis de Grado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Huánuco. Disponible en: <http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/294/SORIA%20BERROSPI%2c%20JUANA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

TIEGHI, O. N. (2011). "Educación y leyes del aprendizaje social y criminógeno", en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, vol. VI. Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León.

ANEXO: TABLAS

Provincias	tasa delitos Del. X100mil	Tasa Prom Ef % Promo.EF	PGB pc USD	IDSP	Densidad población Hab. X Km ²
JUJUY	2806,2	85,37	3755	0,517	12,65
SALTA	6033	79,16	4220	0,464	7,81
FORMOSA	3292,3	81,91	2879	0,451	7,35
CHACO	2280,7	82,7	2015	0,436	10,59
SANTIAGO DEL EST.	2933,2	77,91	3003	0,313	6,41
TUCUMÁN	3248,4	83,78	3937	0,535	64,29
CATAMARCA	7538,2	83,03	6009	0,537	3,58
LA RIOJA	1781	88,58	4162	0,536	3,72
CÓRDOBA	4917,2	80,94	6477	0,541	20,01
SANTA FE	3578,7	79,73	8423	0,553	24,02
MISIONES	2582,6	83,94	3751	0,55	36,96
CORRIENTES	1989,3	83,06	4001	0,467	11,25
ENTRE RÍOS	2911,3	84,06	5682	0,565	15,68
SAN JUAN	3153	77,68	5642	0,548	7,59
MENDOZA	7700,9	77,54	9079	0,588	11,68
SAN LUIS	2905,6	85,26	5580	0,579	5,63
BUENOS AIRES	2082,4	76,13	7310	0,556	50,8
LA PAMPA	3493,2	82,54	5987	0,524	2,22
NEUQUÉN	5679,6	76,09	26273	0,571	5,86
RIO NEGRO	4128	74,15	8247	0,564	3,14
CHUBUT	3992,3	78,8	15422	0,595	2,26
SANTA CRUZ	4071,6	71,17	30496	0,567	1,12
TIERA DEL FUEGO	4471,3	84,08	20682	0,545	5,92
CABA	6061,4	81,92	23309	0,792	14307,7

Las problemáticas relaciones entre el Derecho penal y el Derecho laboral en el ámbito de la siniestralidad laboral

Rosa M. Gallardo García

Profesora Ayudante Doctora

Área Derecho penal - Universidad de Cádiz

1.- Introducción

Si el empresario incumple alguna de las múltiples obligaciones reguladas en la normativa laboral dará lugar a la aparición de distintas responsabilidades de diferente naturaleza, frente a los trabajadores a su cargo y a los poderes públicos que garantizan su cumplimiento. Entre otros nos encontramos, por un lado, la responsabilidad por la conducta, que incluye la penal y la administrativa, y por otro, la responsabilidad por los daños, en la que se ubica la de seguridad social y la civil. En esta investigación se van a analizar las dos ramas del control social formal: administrativa y penal.

La LPRL, que contenía estas infracciones, entra en vigor el mismo año que el Código penal. Esta coincidencia podría determinar cierta coordinación entre ambas materias, sin embargo, no ha ocurrido así. De ahí, la necesidad de estudiar la coherencia sistémica normativa y los criterios de interpretación en aras de obtener mayores cotas de eficacia en el marco sancionador de la seguridad e higiene en el trabajo.

De esta forma, se obtendrán los elementos necesarios para un debate en torno a formular propuestas de política criminal, y así avanzar en la obtención de una cultura preventiva que potencie un trabajo seguro y sin riesgos, a pesar de que en ocasiones la propia normativa laboral normaliza la precarización del mercado laboral y con ello la inseguridad en el trabajo.

El Derecho penal, así como el Derecho del trabajo, debe cambiar al mismo tiempo que evoluciona la sociedad, la cuestión es cómo debe hacerlo, por lo que

el eje de la discusión se mantendrá en torno al fundamento de la intervención y la necesidad de la misma. Ambas materias conforman especialidades jurídicas complejas, de ahí la dificultad para los operadores jurídicos, pero cada vez nos encontramos una confluencia mayor entre ambas, que exige mayor claridad y que esta redunde en una eficacia preventiva visible.

2.- Las problemáticas relaciones entre el Derecho penal y el Derecho laboral

El *ius puniendi* del Estado reacciona para proteger a la parte más vulnerable de las relaciones laborales. La seguridad e higiene en el trabajo posee una evidente aspiración prevencionista y para su protección, el legislador prevé diferentes infracciones, tanto de naturaleza penal como administrativa-laboral.

La vía penal adelanta las barreras de punición tipificando delitos de peligro concreto y criminalizando tanto la omisión dolosa como la imprudente que pongan en riesgo la vida y salud de los trabajadores. A su vez, el Derecho laboral sancionador tipifica en la LISOS numerosas conductas entre infracciones de diferente naturaleza, leves, graves y muy graves, en cuya descripción también podemos encontrarnos referencia expresa a la puesta en peligro de estos intereses jurídicos.

Ante esta situación parece que no va a resultar una tarea fácil obtener una distinción clara de las conductas tipificadas en ambas ramas del ordenamiento, no al menos en sede legislativa⁴⁴. A señalar, que no es anecdótico ni extraño que una misma conducta pueda ser subsumida en una infracción penal y en una administrativa al mismo tiempo, o que para diferenciarlas sea necesario un importante esfuerzo interpretativo. En este sentido, nuestra Constitución no hace alusión expresa a cómo debe tratarse una posible duplicación de infracciones, en uno y otro ámbito, si bien es cierto que su art. 25 recoge una jerarquización entre los dos ordenamientos que componen el control social formal, de modo que el

⁴⁴ Además, la última reforma penal en las que se eliminan las faltas y se convierten en infracciones administrativas o delitos leves dificulta aún más la tarea del intérprete (LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se reforma el Código penal).

Derecho penal será el encargado proteger los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.

La prevención de riesgos laborales es una materia fuertemente regulada que apenas deja espacio a una posible laguna de protección. Esta situación pone en evidencia la necesidad de coordinación y colaboración entre las dos ramas sancionadoras del Derecho. Esta sinergia se evidencia también al estudiar la conducta típica del delito de los arts. 316 y 317 del Código penal ya que, mediante el uso de la técnica de la norma penal en blanco, se constata una necesaria relación de accesoriedad entre ambos ordenamientos, y que efectivamente se complementan en aras del mismo objetivo: la protección de la vida y salud de los trabajadores mediante la prevención de la siniestralidad laboral.

Esta relación entre las dos ramas del Derecho sancionador se rige por el principio de subsidiariedad, en la que el Derecho penal tiene como cometido la prevención de los ataques más graves a los bienes jurídicos de mayor valor, utilizándose por ende como último recurso. Por lo tanto, una vez que el legislador penal tipifica un delito que castiga la puesta en peligro grave de la vida y la salud de los trabajadores por la omisión de las medidas de seguridad, si se reproducen estos elementos, el delito se aplicará de forma preferente a la infracción administrativa, aunque ésta pueda contener similares elementos⁴⁵.

Sin embargo, en la práctica prevalece la aplicación de la sanción administrativa, como indica DE VICENTE MARTÍNEZ, que además apunta a las particularidades de nuestro sistema de inspección, puesto que el montante anual de las sanciones constituyen el elemento definidor de los complementos específicos y de productividad de los inspectores⁴⁶. De esta forma, se denuncia la naturaleza recaudatoria de las sanciones administrativas que desplazan la aplicación de las penas. En definitiva y en palabras de TERRADILLOS BASOCO,

⁴⁵ **Art. 3. LISOS sobre la** concurrencia con el orden jurisdiccional penal.

⁴⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "Relaciones Derecho Penal-Derecho Administrativo sancionador en materia de seguridad en el trabajo", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., y ÁCALE SÁNCHEZ, M., (Coords.) *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral (I Jornadas universitarias jurídicas)*, Consejería de Empleo- Junta de Andalucía, Sevilla, 2006, p. 144. También en esta línea, TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 125 y 126; IGARTUA MIRÓ, M.T., *Sistema de Prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 340.

“...la proverbial codicia del Derecho Administrativo sancionador potenciada por la especialidad de nuestro sistema, lastra, así, la aplicabilidad de un modelo penal, que como ya se ha subrayado, se ha mostrado reticente a intervenir antes de la producción del resultado lesivo”⁴⁷.

En los últimos años, se evidencia una mayor aplicación del delito debido a que el aumento de las cifras de siniestralidad laboral evidencia que la intervención administrativa no ha conseguido el demandado y ambicioso objetivo preventivo. Sin embargo, este cambio de dinámica no resuelve los evidentes problemas de interpretación generados por el exceso de celo de un legislador, que tuvo una gran oportunidad de dotar esta materia de coherencia sistemática si atendemos a que, tanto la LPRL como el Código penal entraron en vigor de forma simultánea en el mismo año, en 1995⁴⁸.

2.1. Sistema sancionador y *non bis in idem*

En el ámbito normativo cuando concurren sanciones de diferente naturaleza, penal y administrativa⁴⁹, debemos solucionar el problema de interpretación mediante el uso de las reglas establecidas en el concurso de normas⁵⁰. El principio *non bis in idem* prohíbe que se condene dos veces a un sujeto tras cometer una acción prohibida por la normativa sancionadora, es decir, se proscribire la doble sanción. De esta definición se desprenden tres elementos, que se corresponden con los requisitos a exigir para que este conocido principio

⁴⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, cit., p. 126.

⁴⁸ En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 129; hay que indicar al respecto que, hasta la entrada en vigor de la LISOS, la LPRL contenía el catálogo de infracciones y sanciones en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en términos similares a los actuales.

⁴⁹ Sobre esta cuestión consultar, REY GUANTER, S., *La potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990, p. 101, que indica que “...la afirmación de compatibilidad entre sanciones penales y sanciones administrativas o laborales hay que entenderla realizada o bien a la posibilidad de que un mismo hecho pueda estar contemplado como infracción en la normativa penal y la administrativa, y, por consiguiente sea potencialmente sancionable por ambos, aunque la efectiva sanción penal excluya la administrativa, o bien, que se está haciendo referencia a la no aplicación del principio a las relaciones Administración-funcionario público, y, por lo que afecta al ámbito laboral, a la posibilidad de que una conducta delictiva del trabajador pueda ser penalmente sancionable y, simultáneamente, si aquélla, relevante en aquel ámbito, sea sancionada en virtud del poder disciplinario del empresario”.

⁵⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, cit., p. 126.

despliegue sus consecuencias: identidad de sujetos, hechos, y fundamentos jurídicos⁵¹. La identificación de los mismos en el concreto ámbito de la responsabilidad por los accidentes acaecidos en el trabajo conlleva un esfuerzo interpretativo sobre contenido y el fin de protección de cada una de las infracciones de las dos ramas del Derecho sancionador.

En cuanto a la identidad de sujetos nos encontramos, por un lado, a la persona física y por otro, a la jurídica. Cuando el sujeto activo es una persona física el proceso pasa por identificar al garante o garantes. Por el contrario, las diferentes reformas en la imputación de la persona jurídica han generado cierta confusión y la creación de la llamada doble vía⁵².

En el ámbito específico del Derecho penal laboral sigue sin existir una norma que expresamente permita la aplicación de una sanción penal, puesto que el art. 318 del Código penal no ha sido modificado por esta reforma ni por todas las que hasta la fecha han tenido lugar, que no han sido pocas. La falta de

⁵¹ Así lo explica el Tribunal Constitucional: “El principio general del derecho conocido por «non bis in idem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración” (STC (Sala Primera) núm. 2/1981 de 30 de enero), y en resolución más actual, STC núm. 188/2005 de 7 de julio, esta tesis ha sido también acogida por el Tribunal Supremo: STS (Sala de lo Penal) de 6 de mayo de 1987 y STS (Sala de lo Penal) de 25 de enero de 1988; si bien es cierto que existen ciertas excepciones a este principio, teniendo en cuenta el ámbito en el que se desarrollan: castrense, penitenciario, actividad disciplinaria de la Administración General.

Estas excepciones vienen explicadas tanto en la jurisprudencia (STC (Pleno) núm. 94/1986 de 8 julio) como por la doctrina (ver por todos, NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, Colex, 2001, pp. 16 y ss).

⁵² Antes de entrar a analizar en qué consiste esta doble vía debemos hacer referencia a la reforma operada en nuestro sistema penal a través de la LO 5/2010 mediante la cual deja de estar vigente el principio *societas delinquere non potest*, y se establece un elenco de penas para las personas jurídicas. Cambio que un sector de la doctrina reclamó para nuestro sistema penal, entre otros, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2003; BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una ‘nueva’ línea de intervención penal: el Derecho penal de las personas jurídicas”, en MESSUTI, A., y SAMPEDRO ARRUBLA, J.A., (Dir.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Edit. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001; GARCÍA ARÁN, M., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, en *Poder Judicial*, núm. 46, 1997.

diligencia por parte del legislador penal en la adaptación del citado precepto determina que éste derive al art. 129 del Código penal, que antes de la reforma de 2010 contenía una serie de consecuencias accesorias que no se reputaban como penas, ya que antes de este importante cambio legislativo en nuestro sistema penal era imposible sancionar a una empresa o sociedad⁵³. La consecuente interpretación ante esta situación es que si se comete uno de los delitos que engrosan el denominado Derecho penal laboral, si la empresa, en cuyo seno se perpetra, tiene personalidad jurídica, como sucede en la mayor parte de los supuestos en la práctica, no se le podría aplicar ni las consecuencias del art. 129, ni las del 31 bis del Código penal⁵⁴.

Pues bien dado que, la eliminación del principio *societas delinquere non potest* no ha afectado a estos delitos, se puede afirmar que se continuará aplicando esta doble vía, calificada de paradójica⁵⁵. Ésta básicamente estriba en una

⁵³ Por otro lado, este art. 129, a raíz de este cambio de paradigma, ha sido modificado sustancialmente dado que expresamente indica: “En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, (...)”. De esta forma, el art. 31 bis contiene el elenco de sanciones penales que se le puede aplicar a la empresa o sociedad con personalidad jurídica, siempre bajo el sistema de *numerus clausus*, esto es, debe estar previsto específicamente en cada delito; y el art. 129 tiene el objetivo de contener las posibles consecuencias para aquellas asociaciones u organizaciones que carecen de personalidad jurídica. De hecho, como MARTÍNEZ BUJÁN indica que las medidas previstas en este art. 129 del Código penal son materialmente idénticas a las penas aplicables a las personas jurídicas. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 510.

⁵⁴ Este descuido del legislador ha supuesto un vacío a tener en cuenta en este ámbito, dado que estos delitos y en especial el referido a la siniestralidad laboral, se dan comúnmente en la práctica en el seno de empresas constituidas legalmente y que, por tanto, ostentan personalidad jurídica por lo que no se debería aplicar el art. 129 del Código penal en estos supuestos.

Tampoco debería ser aplicable el art. 31 bis del Código penal, que introduce la posibilidad de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas dado que estamos ante un sistema de *numerus clausus*, y tan solo cuando lo prevea específicamente el legislador, mediante la derivación expresa a ese precepto, podrán ser aplicables las sanciones penales que éste recoge.

En contra, la Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2001, relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, aunque considera necesaria una reforma que aclare esta situación. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, cit., pp. 514 y ss., indica que, aunque pudiera aplicarse, resultará complicado dado que si ya antes de la reforma su aplicación práctica era escasa (de ahí la doble vía a la que se hace alusión en el texto), lo cierto es que ahora, “con mayor motivo cabe augurar el mismo pronóstico tras la reforma realizada por la LO 5/2010, a la vista del mayor grado de indeterminación que presenta la nueva regulación”.

⁵⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, <http://criminet.ugr.es/recpc/>, p. 10: 6. Fecha de consulta: 2 de octubre de 2014, p. 10: 9, “...la paradoja está en que si calificamos el hecho como delito no responde la

disociación en la que a las personas físicas se les podrá imputar el delito con la correspondiente sanción penal, y a las personas jurídicas el ilícito administrativo e imponer una sanción administrativa⁵⁶. Esto ocurre cuando existe identidad de hecho y fundamento, pero diferentes sujetos, esto es, por un lado, personas físicas y, por otro, personas jurídicas. En este caso debe indicarse que los hechos considerados probados en la sentencia penal actuarán como límite para la sentencia administrativa⁵⁷.

Respecto a la identidad de hecho, no siempre es fácil determinar si nos encontramos ante un ilícito penal o bien ante un ilícito administrativo, como se indica en la Instrucción de la Fiscalía 1/2001, por lo que para una mayor efectividad de la norma penal en este ámbito se precisa una acción conjunta entre la Inspección de Trabajo y el Ministerio Fiscal⁵⁸. También en el Congreso de los Diputados se ha manifestado la preocupación por esta materia, y se ha puesto de

persona jurídica, en cambio, si calificamos como infracción administrativa sí". Otra crítica a añadir ante este olvido continuado en el tiempo por parte legislador penal va referida a la eficacia de la norma penal. En este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ reflexiona sobre la práctica de priorizar la vía administrativa porque puede dirigirse contra la empresa, opción que despliega mayores efectos preventivos, y evita, por tanto, la continuidad en su seno de estas conductas (p. 10: 8).

⁵⁶ En esta línea, la jurisprudencia indica que para "...aplicar el principio "non bis in idem", no sólo debe existir una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos y ello no sucede en el caso de autos pues la sentencia penal condenó a tres personas el arquitecto superior y el arquitecto técnico responsable de la obra así como el encargado general de seguridad de la empresa como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo de modo que no existe infracción al principio de non bis in idem al no sancionarse por los mismos hechos a idénticas personas" (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de marzo de 2010).

Efectivamente la doctrina del Tribunal Supremo entiende que una condena penal previa al sujeto que ostenta la posición de garante en el delito no impide la posterior a la empresa en el ámbito administrativo: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de julio de 2001, de 6 de octubre de 2009, entre otras.

Esta doble vía sigue vigente: "En el caso que nos ocupa debemos afirmar, que el condenado penalmente es el recurrente quien no ha sido sancionado administrativamente, pues los actos de infracción se dirigen y sanciona a la empresa "Victoriano Torres Martín" y con independencia de la participación que en ella tenga el acusado, no cabe duda de que jurídicamente son personas diferentes" SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª) núm. 376/2013 de 21 junio.

⁵⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, cit., p. 141.

⁵⁸ Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral; propone para ello: "...ordenar la remisión al Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Inspección de Trabajo en que la omisión de medidas de seguridad laboral lleve aparejada una propuesta de sanción por infracción muy grave, al objeto de que los Sres. Fiscales puedan evaluar la posible existencia de responsabilidad penal".

relieve la necesidad de coordinación entre los distintos organismos que participan de forma directa en la prevención de riesgos laborales⁵⁹.

La dificultad suscitada en el momento de diferenciar los planos penal y laboral, viene dada en la medida en que ambos contienen infracciones en materia de prevención de riesgos laborales⁶⁰, en las que concurren como elementos de la infracción, que se deriven de la omisión de las medidas de seguridad e higiene debidas, un peligro para la integridad física y salud del trabajador.

Esta identidad en el núcleo de ambas infracciones, penal y administrativa, existe a causa de un exceso de celo por parte del legislador, temeroso de dejar una laguna de protección en un ámbito que tanta preocupación social provoca, obligando al intérprete del Derecho a realizar un enorme esfuerzo para delimitar los contornos entre los dos órdenes que conforman el control social formal. A día de hoy el principio más útil para aportar algo de luz en un ámbito como el que nos ocupa es el principio de lesividad, por el que se ubicará, o debería ubicarse, la imprudencia leve en el ámbito del ilícito administrativo. Además de hacer referencia a este principio, también llegamos a la misma conclusión utilizando el principio de legalidad dado que el legislador penal exige que la imprudencia sea grave, así como la puesta en peligro⁶¹. Y así, de nuevo estamos haciendo una interpretación desde los apropiados postulados garantistas, en el que estos

⁵⁹ Acuerdo del pleno del Congreso de los Diputados de 24 de febrero de 1998, ver debate en: Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 138, de 24/02/1998.

⁶⁰ Las infracciones administrativas en las que se tipifica la creación de riesgo grave para la salud o integridad del trabajador, se reparten entre el artículo 12, infracciones graves, apartados 8, 9, 16 y 17; y el artículo 13, infracciones muy graves, apartados 4, 6 y 10 LISOS. La diferencia entre uno y otro precepto viene dada por la introducción además del calificativo grave, el de inminente, en el caso de las infracciones muy graves, lo que supone entender por tal, una elevada probabilidad de que se materialice la lesión en un futuro inmediato. Aunque como indica ESCAJEDO SAN EPIFANIO, en realidad “...a excepción de las más leves, toda infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, implica mayor o menor peligro para la salud o la vida humana”.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., “Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas”, en *Actualidad penal*, núm. 38, 2000, p. 814.

⁶¹ Así lo viene entendiendo la jurisprudencia cuando indica que se debe distinguir “entre la inexistencia de medidas (delito doloso) e insuficiencia de medidas o defectuosas medidas (delito imprudente), considerando la jurisprudencia en este último caso que si es grave estaremos ante un delito; debiendo acudir, para determinar ante qué tipo penal nos encontramos, a la normativa laboral o administrativa, no bastando con cualquier infracción, pues para dar vida al tipo penal es necesario un nexo de causalidad de forma que la norma infringida ponga en peligro general su vida o salud o integridad física” (SAP de Cáceres (Sección 2ª) núm. 591/2013 de 26 diciembre).

principios tienen el objetivo de limitar la actuación del *ius puniendi* y que este no se desborde.

Estas propuestas interpretativas continúan sin ofrecer un criterio concreto que en la práctica nos permita claramente diferenciar ambos ilícitos, penal y administrativo. De tal modo que sería preciso un criterio material que nos permitiera discernir ambos planos, para ello TERRADILLOS BASOCO indica que estos problemas se podrían superar “...si la LISOS permitiera entender que el peligro que integra sus infracciones es abstracto, reservándose el Derecho penal los supuestos de peligro concreto”⁶². De esta forma, se estaría dejando el ataque más grave al instrumento punitivo del sistema sancionador que tiene como función prevenir éstos.

Respecto a la identidad de fundamento, hay que aludir al debate surgido en la doctrina sobre si el bien jurídico protegido en ambos órdenes es el mismo o cambia. Por un lado, quien considera que el interés protegido es diferente, que el Derecho penal protege la vida, la salud y la integridad de los trabajadores, y el Derecho laboral prevencionista tutela la defensa del interés general de la colectividad definidos en los arts. 40 y 43 CE⁶³. Por otro lado, la doctrina mayoritaria entiende que tanto el orden penal como el administrativo, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, tienen un mismo objeto de protección, la vida y la salud de los trabajadores⁶⁴. Además hay que llamar la atención sobre las tesis que invocan “...una pluralidad, no siempre existente –o no siempre defendible-, de intereses protegidos, se corre el riesgo de convertir la apelación a

⁶² TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, cit., p. 129.

⁶³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., y CARRERO DOMÍNGUEZ, C., “Normativa en materia de prevención de riesgos laborales y delitos contra la seguridad en el trabajo”, en CORCOY BIDASOLO, M., (Dir.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, p. 514.

En la doctrina penalista también existen voces que defienden que el sustrato material del objeto de protección de la esfera administrativa viene dado a raíz de lo indicado en la Carta magna, entendiendo que se trata de “garantizar la tutela y protección de un trabajo seguro, mediante el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales”. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo”, cit., p. 10: 8, y abundando en esta cuestión esta autora defiende que “...la responsabilidad penal tiene una finalidad más general, de mensaje a los sujetos responsables de que el incumplimiento normativo grave que pone en peligro la salud y la vida de los trabajadores posee un reproche social trascendente, y por tanto, este comportamiento va a ser acreedor de una pena”.

⁶⁴ Por todos, TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, cit., pp. 131 y ss.

la diversidad de fundamento en el gran alibi justificador de heterodoxas excepciones al principio non bis in idem"⁶⁵.

Por consiguiente y para finalizar, cuando exista identidad de sujetos, de hecho y de fundamento, como se dijo *supra* debemos proceder a aplicar el concurso de leyes, y en base al principio de consunción, ubicado en el art. 8.3 del Código penal, considerar que *"El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél"*, por lo que se aplicará el delito dada su mayor complejidad. O al menos esa debería ser la realidad, y que además tuviera una traducción práctica en una mayor aplicación del delito contra la vida y la salud de los trabajadores y, sobre todo, en una disminución de la accidentalidad laboral, convertida en una lacra social.

3.- Propuestas de política criminal

Aunque el sistema de prevención y protección existente en nuestro ordenamiento jurídico es bastante completo debido a su complejidad. Este modelo distribuye en dos textos de naturaleza punitiva todas las infracciones. Los ilícitos administrativos se encuentran en una sola norma, la LISOS, al igual que los delitos que se ubican en el Código penal. De esta forma, se aporta claridad a los agentes sociales y operadores jurídicos que no encuentran dispersas en diferentes leyes las conductas típicas y antijurídicas.

Sin embargo, han ido surgiendo otros problemas que precisan de una solución y respuesta adecuada. En este sentido, se evidencia la necesidad de una mejor coordinación entre las dos ramas que componen el control social formal: el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Ya que ambas previenen mediante el uso de sanciones el peligro prohibido y las terribles consecuencias originadas por la falta de la diligencia debida por parte del garante de la seguridad en este ámbito, el empresario y los delegados.

⁶⁵ BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., "La responsabilidad penal del empresario en seguridad y salud", en *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales. Alcor de MGO*, núm. 1, Julio 2004, p. 63.

El primer problema a resolver será encontrar el campo de distinción entre las infracciones laborales en materia de seguridad e higiene y las infracciones imprudentes, las cuales representan el grado mínimo de la intervención penal. Hasta ahora este problema se ha resuelto mediante un esfuerzo interpretativo, entendiendo que el legislador ha querido resolver el problema asignando trascendencia penal a las imprudencias que puedan ser calificadas como graves, siendo el terreno propio de las imprudencias leves el catálogo de infracciones de la normativa laboral recogido en la LISOS. Sin embargo, quedaría más clara la frontera entre el ilícito administrativo y el penal si el legislador aportara criterios materiales, eliminando la referencia a la puesta en peligro de la salud en las infracciones administrativas, así de esta forma en el ordenamiento jurídico penal se ubicaría el peligro concreto, y en el administrativo, el peligro abstracto.

Al mismo tiempo, otro problema evidenciado en esta investigación es el olvido del legislador penal en el importante ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica. al no modificar el art. 318 del Código penal que continua derivándose al art. 129 del mismo texto punitivo, difícilmente aplicable en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores dado que en su mayoría se originan en empresas que tienen personalidad jurídica⁶⁶. En consecuencia, si este artículo apenas nos aporta nada en el ámbito de las fuentes del garante ni tampoco respecto a las consecuencias penales, mejor sería que se

⁶⁶ La Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2001, relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la LO 5/2010, hace referencia a los problemas que suscita la falta de adecuación del art. 318 al nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, admitiendo la posibilidad de consecuencias accesorias, calificando esta situación de antinomia normativa: "...en estos últimos supuestos, cuando la responsable sea una persona jurídica, se prevé la posibilidad de imponer algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Se produce así una antinomia normativa a resultas de la cual, es posible en estos casos soslayar la aplicación del artículo 31 bis del Código Penal -y por consiguiente, sus requisitos materiales- de modo que, si bien las respectivas normas sí contemplan la responsabilidad de las personas jurídicas, las medidas a imponer son las del artículo 129, sin que esté prevista su extensión concreta en cada supuesto y resultando su imposición facultativa" (p. 58).

Sin embargo, en la p. 56 cuando conforma la lista de delitos que contienen responsabilidad penal para las personas jurídicas que intervienen en el delito, obvia incluir los delitos contra los derechos de los trabajadores, para posteriormente solicitar la reforma del art. 318 y corregir así este problema sistemático: "Salvo que sea debido a un problema de sistemática interna, no se adivinan que otras razones pueden justificar esta diferencia de trato en unos y otros casos, y por tanto, esta normativa debería ser objeto de corrección por parte del legislador". (p. 58). De hecho, en la doctrina se augura una aplicación práctica escasa dada su indeterminación, en MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, cit., p. 515.

eliminara de nuestro Código penal. A no ser que efectivamente se reforme y modifique para derivarnos al art. 31 bis, y que así se plasme en una eficaz responsabilidad penal de las personas jurídicas en estos delitos, y evitar distorsiones sistémicas en el ya complicado marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para ello algunos expertos en esta materia han considerado que este problema pasa por la promulgación de una ley integral⁶⁷. Así se podrían eliminar las incoherencias detectadas y los problemas de interpretación señalados. Además, con esta fórmula se evidencia la importancia de confrontar la prevención de riesgos laborales de una forma multidisciplinar, otorgándole a cada rama específica una parcela de acción, coordinando las funciones de las ramas del ordenamiento jurídico con competencia y capacidad para prevenir la siniestralidad laboral. El objetivo, por tanto, debe ser la búsqueda de la eficacia del Derecho, no se trata de legislar más, ni de crear más ilícitos, o sanciones más duras, la finalidad es hacer que las existentes sean útiles y cumplan la función encomendada.

Bibliografía

BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La responsabilidad penal del empresario en seguridad y salud”, en *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales. Alcor de MGO*, núm. 1, Julio 2004.

⁶⁷ Entre otros, CASTRONUOVO, D., “El marco del derecho penal europeo. Salud y seguridad en el trabajo en Derecho penal comunitario y comparado”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., y ACALE SÁNCHEZ, M., (Coords.) *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral. (I Jornadas Universitarias jurídicas)*, Junta de Andalucía-Consejería de Empleo, Sevilla, 2006, pp. 208 y 209; este autor propone también un “sistema de protección integrado, de tipo penal y punitivo administrativo, de los importantes bienes jurídicos implicados...”. GALLARDO GARCÍA, R.M., “Las políticas de prevención de riesgos laborales: una crítica de los especialistas”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M., y GALLARDO GARCÍA, R.M., *Siniestralidad laboral. Un análisis criminológico y jurisprudencial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005; en esta investigación se recopila mediante la técnica de la entrevista, la opinión de diferentes expertos en el ámbito de la siniestralidad laboral, que coinciden en la propuesta.

CASTRONUOVO, D., "El marco del derecho penal europeo. Salud y seguridad en el trabajo en Derecho penal comunitario y comparado", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., y ACALE SÁNCHEZ, M., (Coords.) *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral. (I Jornadas Universitarias jurídicas)*, Junta de Andalucía-Consejería de Empleo, Sevilla, 2006.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho penal de las personas jurídicas", en MESSUTI, A., y SAMPEDRO ARRUBLA, J.A., (Dir.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Edit. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "Relaciones Derecho Penal-Derecho Administrativo sancionador en materia de seguridad en el trabajo", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., y ACALE SÁNCHEZ, M., (Coords.) *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral (I Jornadas universitarias jurídicas)*, Consejería de Empleo- Junta de Andalucía, Sevilla, 2006.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2001.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., "Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas", en *Actualidad penal*, núm. 38, 2000.

GALLARDO GARCÍA, R.M., "Las políticas de prevención de riesgos laborales: una crítica de los especialistas", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M., y GALLARDO GARCÍA, R.M., *Siniestralidad laboral. Un análisis criminológico y jurisprudencial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005.

GARCÍA ARÁN, M., "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., y CARRERO DOMÍNGUEZ, C., "Normativa en materia de prevención de riesgos laborales y delitos contra la seguridad en el

trabajo”, en CORCOY BIDASOLO, M., (Dir.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.

IGARTUA MIRÓ, M.T., *Sistema de Prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, Colex, 2001.

REY GUANTER, S., *La potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, en *Poder Judicial*, núm. 46, 1997.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, <http://criminet.ugr.es/recpc/>

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2003.

Derecho de reunión. Perspectivas jurídicas garantistas y restrictivas

Alfonso Rivas Gallardo

CONSIDERACIONES PREVIAS. MARCO NORMATIVO Y OBJETO DEL ESTUDIO

El derecho de reunión y manifestación⁶⁸ se ha convertido en un tema objeto de debate en los últimos tiempos. Se trata de un derecho fundamental de titularidad individual pero de ejercicio colectivo⁶⁹ y un vehículo para el ejercicio de otro derecho fundamental como es la libertad de expresión⁷⁰. Precisamente en este último detalle, entendemos que se asienta una de las razones por las cuales obtiene un gran repercusión social y mediática. El hecho de convertirse en un legítimo y potente instrumento de reivindicación social ha provocado que adquiera dicho protagonismo.

El ejercicio pleno de dicho derecho fundamental conlleva aparejada la utilización de las vías públicas⁷¹ lo cual genera que surjan “roces” o “fricciones” con otros

⁶⁸ Se entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas con una finalidad determinada (de forma estática) y por manifestación, una reunión de personas en lugares de tránsito público y que se desplazan de un sitio a otro (de forma ambulatoria). La STC 85/1998 define que los elementos que configuran este derecho son cuatro: Subjetivo (más de 20 personas), temporal(momento y duración determinados, finalístico (finalidad determinada de carácter lícito) y objetivo (lugar de celebración)

⁶⁹ El Tribunal Constitucional (STC 36/1982 y 26/07/1991) afirma que es un derecho subjetivo de ejercicio colectivo que, al ser realizado, incide en el derecho y en intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos posibilitando la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general.

⁷⁰ Sobre esta cuestión : Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 85/1988, 170/2008 y 38/2009, en el sentido de que “es un instrumento puesto al servicio del intercambio de exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones” “una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones constituyendo un cauce del principio democrático participativo, y STC 66/1995, donde se indica que “el derecho de reunión y manifestación es un derecho a la libertad de expresión ejercido de forma colectiva”.

⁷¹ Consideramos de interés aludir a la STC 66/1995, donde se afirma que, en caso de duda, se debe de aplicar el principio del “favor libertatis” y la consiguiente imposibilidad de adoptar la resolución administrativa. En esta sentencia se hace hincapié en que “el espacio urbano no sólo es ámbito de circulación sino espacio de participación”.

derechos de los ciudadanos y con el mantenimiento del orden público y de la seguridad ciudadana⁷².

Partimos del **artículo 21.1 de la Constitución** según el cual: *“Se reconoce el **derecho de reunión pacífica y sin armas**. El ejercicio de este derecho **no necesitará autorización previa**. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará **comunicación previa a la autoridad**⁷³, que **sólo podrá prohibirlas** cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”*. El desarrollo normativo del contenido esencial de este derecho fundamental, queda asentado en Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión(LORDR), modificada por ulterior L.O 9/1999 de 21 abril⁷⁴.

La conexión entre el contexto social y el ejercicio de este derecho fundamental consideramos que está íntimamente ligada. Al constituirse como un esencial instrumento jurídico de expresión de la colectividad conlleva que, especialmente, sea utilizado por la ciudadanía para trasladar a la opinión pública y a la generalidad de la población todo tipo de reivindicaciones desde diferentes enfoques (sociales, políticos, económicos etc). Conforme la sociedad va evolucionando la norma jurídica se ha de procurar adecuar al contexto social donde ha de aplicarse⁷⁵. No resulta sencillo, ya que nos encontramos ante una

⁷² Según el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) "La seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho".

⁷³ El Tribunal Constitucional (STC 66/1995) indica que es una “declaración de ciencia y conocimiento”. En otra resolución (STC 36/82) concibe la comunicación previa como auténtica condición o presupuesto para la utilización constitucional del derecho de reunión y manifestación. El Tribunal Constitucional considera que la comunicación previa debe permitir a la Administración realizar una justa valoración para decidir sobre el ejercicio o denegación del derecho de reunión

⁷⁴ Reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 20.1 ; en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, artículo 11 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, recogiendo en el artículo 21.

⁷⁵ En el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana encontramos una referencia a esta cuestión: "La perspectiva que el transcurso del tiempo ofrece de las virtudes y carencias de las normas jurídicas, los cambios sociales operados en nuestro país, las nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, los nuevos contenidos que las demandas sociales incluyen en este concepto, la imperiosa

sociedad cambiante pero se ha de procurar que la norma jurídica se erija en un instrumento jurídico lo suficientemente flexible y con capacidad de adaptación para solventar las problemáticas que puedan suscitarse, esta situación entendemos que es más exigente cuando se trata del ejercicio de un derecho fundamental.

La crisis económica que azotó España y el resto de países de nuestro entorno, contribuyó a que se pudiera percibir (tal y como podremos apreciar en el presente trabajo) la incidencia directa de la situación socio-económica en el ejercicio del derecho de reunión. Básicamente se aprecia una fluctuación muy acusada entre los años 2007 y 2008 donde podemos marcar un punto de inflexión en cuanto a la cuestión planteada⁷⁶.

La configuración delimitadora-restrictiva del ejercicio del derecho de reunión opera a título de "contrapeso" ante una eventual desproporción o afectación

necesidad de actualización del régimen sancionador o la conveniencia de incorporar la jurisprudencia constitucional en esta materia justifican sobradamente un cambio legislativo"

⁷⁶ A este respecto, disponible en la web:

<http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/12/Fich/do1201.pdf>

Sobre las consecuencias sociales y el impacto social de la crisis económica en las diferentes esferas de la realidad social:

LAPARRA M., PEREZ. B y varios. *Crisis y Fractura social en Europa. Causas y efectos en España. Colección Estudios Sociales. Num.35.La Caixa.2012*

http://www.ces.es/documents/10180/786745/M2012_RESUMEN_EJECUTIVO- Capítulo III (páginas 40 y siguientes)

TOVAR,Manuel: <http://edit.um.es/exclusionessocial/la-crisis-economica-y-sus-consecuencias-sociales/>

http://elpais.com/diario/2008/02/15/economia/1203030002_850215.html: "La primera estimación oficial del crecimiento económico de 2007 refleja un avance notable, con un aumento del PIB del 3,8%. La coincidencia con otras estadísticas internacionales dio más lustre al resultado: por tercer año consecutivo, España creció más que cualquier miembro del club económico más selecto, el G-7. Y, como viene ocurriendo desde 1995, superó con holgura el promedio de la UE (2,9%) y de la zona euro (2,7%)".

Referencia de prensa: Diario de Burgos-24/04/15: En lo que respecta a la ciudad de Burgos, según un estudio del Consejo Superior de Investigaciones Científicas(CSIC) en el que se analiza el impacto de las últimas recesiones en 50 provincias, concluyen que la vulnerabilidad de la economía de Burgos a la crisis es "alta".Dentro de una de las variables que analiza, en concreto la socio-demográfica, se incluye un índice, que se sustenta en las manifestaciones realizadas, que intenta testar la situación laboral y social de una provincia. Así las protestas en vía pública, según este estudio, entre los años 2006 y 2012 crecieron, en Burgos, un 550%, mucho más que la media nacional (382%),si bien, es superada por León (5.320%) y el 1325% de Salamanca.

negativa, resulta compleja y podríamos clasificarla en dos áreas: Una la denominaríamos "intrínseca" y la otra "extrínseca".

Dentro del apartado de los límites intrínsecos, figurarían los que conforman su contenido dentro del ámbito constitucional y su ulterior desarrollo por Ley Orgánica del propio derecho fundamental. En este campo incluiríamos:

- Que la reunión sea pacífica y sin armas. La principal función de la exigencia de que la reunión sea pacífica es delimitar la aplicación del ilícito penal y administrativo conectados al desorden público y a las facultades de suspensión y disolución de la reunión o manifestación⁷⁷.
- La necesidad de una comunicación previa a la autoridad con los requisitos demandados por la LORDR (arts.8 y 9)
- La facultad limitadora y de prohibición, atribuida a la autoridad gubernativa acorde a razones fundadas de orden público con peligro para las personas y los bienes(artículo 10 LORDR). El orden público, subyace como cláusula limitadora del ejercicio del derecho mencionado. Se trata de un concepto jurídico legalmente indeterminado, ambiguo y relativo, necesitando de concreción por parte de la doctrina y la jurisprudencia⁷⁸.
- La facultad suspensiva y de disolución de la autoridad gubernativa(artículo 5 LORDR)

En el ámbito de los límites extrínsecos, incluiríamos los derivados del marco legal regulador sancionador, esto es, la normativa administrativa y en segundo lugar, lo concretado en el ámbito penal para aquellas extralimitaciones en el ejercicio

⁷⁷ GAVARA DE CARA J.C. *op.cit* pgs 21 y 71. Los dos elementos principales que determinan el supuesto de hecho del derecho fundamental de reunión son la necesidad que la reunión sea pacífica y sin armas. PACE. *La liberta.....op cit, pag 151*.:La expresión reunión pacífica y sin armas es una constante del constitucionalismo: Constitución francesa, americana (1ª enmienda del Bill of Rights de 1791; Belga (1831.-art 19); francesa de 1848(art 8), Estatuto Albertino(art 32), Constitución de Weimar de 1999 (art 123). TORRES MURO. Derecho de reunión y manifestación. Madrid. 1991.pag 92. Reunión no pacífica es aquella en la que todos los participantes o la gran mayoría de ellos pusiesen, mediante actos, en peligro, personas o bienes ajenos.

⁷⁸ A este respecto: MARTÍNEZ CORREA I.- *El delito de atentado y otras infracciones penales a la autoridad y sus agentes* 2010.pags. 7 y ss.- BARTOLOMÉ CENZANO J. [*El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*](#). Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. pag.42.Varias Sentencias del Tribunal Supremo de fechas : 18/10/1983/; 19/11/84 y 20/06/1988 y sentencias del Tribunal Constitucional : STC 59/1990 y STC 66/ 1995.

que, conforme al principio de intervención mínima o de fragmentariedad del Derecho Penal, merezcan un reproche jurídico en este sentido⁷⁹. En concreto nos referimos la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) que deroga la antigua Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero) y, dentro de la esfera jurídico penal, los artículos 513 y 514 del Código Penal (CP) recogidos en Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre (Capítulo IV, De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, Sección Primera, De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución). De igual manera, merece ser citada la importante referencia incluida en reciente reforma del texto penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) en su artículo 557 bis, relativo al delito de desórdenes públicos, donde en su apartado tercero establece como agravante específica del tipo básico cuando concurra la siguiente circunstancia: "*Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa o con ocasión de alguna de ellas*".

En el presente trabajo se pretende abordar la problemática de la limitación del derecho de reunión desde una perspectiva multifactorial, básicamente apoyada en el derecho administrativo sancionador e hilada con la esfera penal.

LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA. TRASLACIÓN DE LA L.O 1/1992 A LA L.O 4/2015.

En el área del derecho administrativo sancionador hemos efectuado un estudio comparativo entre la derogada LOPSC 1/1992 y la vigente LOPSC 4/2015. Del referido análisis (gráficamente resumido al final de este apartado)

CONCLUSIONES:

⁷⁹ La aplicación de este principio se consagra en el Preámbulo, apartado I, de la reciente reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: "*La reducción del número de faltas-delitos leves en la nueva regulación que se introduce viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles*".

- En concepto jurídico de "orden público" se excluye de ambas regulaciones otorgándose máxima preponderancia al concepto jurídico de "seguridad ciudadana"⁸⁰. En lo que respecta a la LO 1/1992 la única cita se refiere a la derogación de la antigua Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público. En la vigente LO 4/2015 la referencia (en la Exposición de Motivos) se conecta con la afectación a la reforma del Código Penal en relación a la supresión de infracciones penales y su traslación al ámbito del derecho administrativo sancionador de la citada LO 4/2015 (ciertas alteraciones del orden público, las faltas de respeto a la autoridad, el deslucimiento de determinados bienes en la vía pública o dejar sueltos animales peligrosos etc).

⁸⁰ Sobre este apunte que hemos realizado, CEBRIAN VILLAGOMEZ, *Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, del orden público a la seguridad ciudadana*, La Coruña, pag 142, alude a una utilización confusa e indiferenciada de los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Según MORALES VILLANUEVA A, *Del orden público a la seguridad. Evolución histórica del concepto*. 1987. *Revista de estudios de la Guardia Civil*. nº 38, pag 60-62, el término orden público, en el contexto de los criterios de habilitación de intervención policial, es sustituido (artículo 104 de la CE) por el de seguridad ciudadana. El orden público es el marco ideal y necesario en el que pueden desarrollarse las libertades ciudadanas fuertemente arraigadas en cualquier sociedad. En lo concerniente al concepto de seguridad ciudadana, CARRO FERNANDEZ VALMAYOR, *Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública*. *Revista vasca de Administración*, nº 27, pag 22, lo define como un estado, situación o condición de protección de personas y bienes frente a situaciones de peligro o violencia, la protección ha de conectarse con la naturaleza misma de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas. Otras posiciones alusivas a esa noción, en concreto la de BARCELONA LLOP J, *Policía y Constitución*, Madrid, 1997, pag 98, la definen como la "seguridad personal de los ciudadanos" y JIMENEZ DIAZ, *Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos*. *Revista de derecho público*. Madrid, 1994, pag 98, la concreta como aquel estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad tal que les permite ejercitar los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente. FREIXES Y REMOTTI. *La configuración constitucional de la seguridad ciudadana*, *Revista de estudios políticos*, 87, 1995, pag 158, entiende que sujeto pasivo de seguridad ciudadana sería la sociedad y sus personas; sujeto activo primario el Gobierno mientras que sujeto activo secundario lo representarían las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Gobierno. La seguridad pública viene expresamente incluida en nuestro texto constitucional, en concreto, en el artículo 149.29. Ha sido un concepto definido en multitud de sentencias del Tribunal Constitucional SSTC, 33/1982.- 117/1984.-123/1984.-59/1985.-104/1989, como "actividad que consiste en la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionada", según MORELL OCAÑA L, *Curso de Derecho Administrativo*, Pamplona, 1997, pag 64, se trata de la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad cuando uno y otro objetivos no puedan conseguirse mediante el ejercicio de otras competencias. BOSCH J. *Manual municipal de gobernación*, CEUMT, S. A., Barcelona, 1981, página 66, considera como seguridad ciudadana la protección y garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades, por una parte, y, por otra, el cumplimiento de la legalidad democrática y el orden constitucional.

- En base a lo anterior, consideramos que en el ámbito del derecho administrativo sancionador, asistimos a una "huida" del concepto jurídico del "orden público" y una pretensión nítida por parte del legislador, de dotar al término jurídico de "seguridad ciudadana" de una preeminencia total en este área. En nuestra opinión, el concepto de "orden público" se desliga completamente, pasando a residenciarse en el ámbito jurídico del Derecho Penal.
- El cómputo total de preceptos en materia de "INFRACCIONES", vinculados con el ejercicio con el ejercicio del derecho de reunión resulta superior en la LO 4/2015 (8) en contraposición con la LO 1/1992 (5).
- El tratamiento del ejercicio del derecho de reunión en el restante cuerpo normativo es más completo en la LO 4/2015. Según se puede observar en la tabla en el apartado "CONSIDERACIONES GENERALES", en la normativa actual se puede apreciar como se desarrolla con más profundidad, una perspectiva normativa destinada a la protección del ejercicio de derechos fundamentales. En los "fines de la ley" se instaura, como uno de ellos, el proteger el libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas así como el respeto a las leyes y a la seguridad ciudadana en dicho ejercicio. Dentro de los "principios rectores" se impone una interpretación u aplicación más favorable a los mismos y señala en particular al derecho de reunión y manifestación. Se dedica una sección completa (la 2ª) a dicha temática desglosándose detalladamente todo lo referente al mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones (autoridades, medidas necesarias, disolución, gradualidad en la intervención, aviso previo y colaboración entre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Por el contrario, en la derogada LO 1/1992, encontramos referencias muy escuetas (art.16.1 y 2 y art. 17)
- La infracción del art.23-c de LO 1/1992, coincide en definición con la del art.37.1 de la LO 4/2015, si bien en la norma derogada se tipificaba como "GRAVE", mientras que en la actual es de tipo "LEVE".
- La negativa a disolución es coincidente en definición y en tipificación de graduación.

- Se suprime la conducta típica de las "provocaciones de reacciones en el público".
- El concepto de "perturbación de la seguridad ciudadana" adquiere notable relevancia en la nueva LO 4/2015 (reuniones numerosas, reuniones frente a Cámaras Legislativas y simple perturbación desarrollo). En este sentido, entendemos que la pretensión del legislador ha sido la de suplir las antes mencionadas "provocaciones de reacciones" por las "perturbaciones". Consideramos acertado el hecho de incluir expresamente la "perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita", en primer lugar por que supone una concreción a la imprecisión definitoria del precepto suprimido, en segundo lugar por que, de manera explícita, se refiere a "reuniones y manifestaciones" con lo que se ahonda en una protección jurídica más cierta del derecho fundamental ante injerencias de terceros y en tercer lugar, es importante resaltar que el legislador subraya el hecho de que se trate de una reunión o manifestación "lícita", con lo que dicho amparo jurídico se circunscribe a aquellas reuniones que hayan sido convocadas conforme a los requisitos constitucionalmente exigidos y desarrollados en la L.O 9/1983 reguladora del derecho de reunión.
- Los "desordenes" se concretan en dos infracciones dentro de la LO 1/1992(distinguiendo entre "graves" y simples "desordenes") mientras que en la LO 4/2015 se unifica en un tipo.
- La tipificación concreta del incumplimiento de las restricciones de circulación e itinerarios, se erige como una de las novedades más reseñables. En este apartado planteamos la cuestión de si se estaría duplicando su tipificación ya que, a tenor de lo dispuesto, la infracción leve del art.37.1 ya dispone "*la celebración de reuniones en tránsito público incumpliendo lo preceptuado en los arts. 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la L.O 9/1983 reguladora del derecho de reunión*". Baste puntualizar que el propio artículo 9.1 apartado d) cita textualmente: "*Itinerario proyectado, cuando se prevea la circulación por las vías públicas*". En este sentido entendemos que se produciría dicha dualidad.
- En la LO 1/1992 no existían infracciones muy graves mientras que en la LO 4/2015 sí que existe tipificación (art.35.1) en referencia al ejercicio del derecho de reunión.

- A colación con el apartado anterior, en materia de "GRADUACIÓN DE SANCIONES" destacamos que la LO 1/1992 contemplaba la posibilidad de transformación en infracción "MUY GRAVE", entre otras, todas las infracciones vinculadas al derecho de reunión que figuran en el cuadro objeto de estudio (arts.23-c);d);h); n y el 26-i) dependiendo concurren alguno de los condicionantes señalados(ver cuadro). En lo referente a la LO 4/2015, subyace la imposición del deber de observancia del principio de proporcionalidad como criterio guía. Se disponen tres tramos/grados (mínimo, medio y máximo); la imposición del grado mínimo ante la primera infracción y la necesidad de concurrencia de un elemento del elenco de los citados en la norma, para aplicación multa en grado medio. Se establecen varios criterios para la individualización de la multa; se dispone que las infracciones sólo se sancionarán con multa en grado máximo cuando los hechos revistan especial gravedad y así se justifique teniendo en cuenta el número y la entidad de las circunstancias concurrentes y los criterios previstos, así como que la multa por la comisión de infracciones leves, se determinará directamente atendiendo a las circunstancias y dichos criterios. Por consiguiente se puede considerar como el desarrollo normativo de esta cuestión sancionadora, resulta ser más pormenorizado en la norma vigente que en la pretérita regulación.
- Las cuantías pecuniarias de las sanciones, coinciden, aproximadamente, en el máximo, con la regulación actual, si bien, el margen mínimo, podía ser de inferior cuantía en la antigua LO 1/1992, dependiendo la valoración de los hechos, prefijando, la actual normativa, un margen mínimo de 100 euros para la cuantía de la sanciones leves, circunstancia que resulta un poco más gravosa en comparación con la legislación derogada.

<i>TIPO INFRACCION</i>	<i>L.O 1/1992-Artículos y contenido</i>	<i>L.O. 4/2015-Artículos y contenido</i>
<i>MUY GRAVE</i>	NO	35.1- Reuniones y manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones servicios básicos

GRAVES	23.c- Celebración reunión incumpliendo 4.2-8-9-10- y 11 L.O 9/1983	LEVE-37.1
	23.d- Negativa disolución supuestos L.O 9/1983	36.7- Negativa disolución supuestos L.O 9/1983
	23.h - Provocación reacciones en público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana.	36.1- Perturbación seguridad ciudadana otras reuniones a las que asistan numerosas personas.
	23.n- Desordenes graves vías/espacios públicos o causar daños graves bienes uso público	36.3- "desórdenes, obstaculizar con mobiliario urbano,vehículos,contenedores,neumáticos u otros objetos"
		36.2- Perturbación grave seguridad ciudadana con ocasión reuniones manifestaciones frente a Cámaras Legislativas (Congreso, Senado o CCAA) aun no reunidas.
		36.8- Perturbación desarrollo reunión o manifestación lícita
LEVES	GRAVE- 23-C	37.1 Celebración reunión incumpliendo 4.2-8-9-10- y 11 L.O 9/1983
	26.i -Alterar la seguridad u originar desordenes vías/espacios públicos	
		37.3-Incumplimiento restricciones circulación o itinerario reunión o manifestación

<p>GRADUACION SANCIONES</p>	<p>24- Podrán ser MUY GRAVES a), b), c), d), e), f), h), i), l), n), p) y q) criterios riesgo/perjuicio salubridad pública, alterado servicios públicos, transportes colectivos, abastecimientos, violencia o amenazas colectivas. Sanciones: Art 28: 1 ptas a 100 millones ptas</p>	<p>33-Principio proporcionalidad.Tres tramos grados(mínimo, medio y máximo) IMG y G. 1 infracción = mínimo. G.medio 1 circunstancia concurrente. Cada grado:Criterios individualizar. Multa G.máximo sólo especial gravedad. Multas I.Leves ver criterios y circunstancias. Sanciones : Art.39:100 a 600.000 euros (3 tramos grados IMG y G)</p>
<p>CONSIDERACIONES GENERALES</p>	<p>16.1- Autoridades adoptarán las medidas para proteger reuniones y manifestaciones.</p> <p>16.2 - Disolución reuniones manifestaciones L.O 9/1983.</p> <p>17-Aviso previo.</p>	<p>3- Fines Ley-a) Protección libre ejercicio derechos fundamentales y libertades públicas</p> <p>d)Respeto leyes, paz y a seguridad ciudadana en ejercicio de derechos y libertades</p> <p>4-Principios rectores- Interpretación y aplicación más favorable a plena efectividad DF y LP, singularmente derechos de reunión y manifestación (Capítulos III y V)</p> <p>Sección 2ª: Mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones: 23 y 24.- Reuniones y manifestaciones-Autoridades-medidas necesarias- Disolución L.O 9/1983. Gradualidad intervención. Aviso previo.Colaboración FF y CC Seguridad.</p>

EVOLUCIÓN CUANTITATIVA Y CUALITATIVA DEL EJERCICIO Y DE LA ACTIVIDAD RESTRICTIVA DEL DERECHO DE REUNIÓN.

En el siguiente cuadro descriptivo hemos detallado los siguientes campos, objeto de análisis que posteriormente se aporta. El esquema abarca el periodo temporal desde el año 2007 (previo a la crisis económica) hasta el año 2017 inclusives. En orden a determinar el grado de conflictividad hemos tomado como referencia el número de incidencias producidas. En el campo de prohibiciones se enumeran el número de reuniones objeto del mecanismo limitador prohibitivo de la autoridad gubernativa. En lo concerniente a la actividad sancionadora, se han extraído, por un lado, los expedientes/infracciones que consideramos directamente vinculados con el ejercicio del derecho de reunión (arts.23-c y 23-d de la extinta LO 1/1992 y los arts. 35.1-36.2-36.3-36.7-36.8-37.1 y 37.3 de la vigente LO 4/2015) así como el cómputo de sanciones impuestas.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Total	9131	15226	24023	21941	21297	44233	43170	36679	32904	27880	29091
Incidencias(*)	220	473	626	355	368	11	674	226	129	142	180
Prohibidas	12	139	297	273	371	294	1682	1462	1179	1010	660
Exp.23c (1/1992)	924	2443	776	2042	2958	2392	1485	-			
Exp.23d(1/1992)	392	2010	1765	822	743	1069	333	-			
Total	1316	4453	2541	2864	3701	3461	1818	(**)			
Sanciones	346	537	524	561	376	1722	981	593			
35.1 (4/2015)									0	0	0
36.2(4/2015)									2	0	3
36.3(4/2015)									1978	5512	6254
36.7(4/2015)									1	0	3

36.8(4/2015)									0	7	26
37.1(4/2015)									137	131	138
37.3(4/2015)									37	28	33
Total Sanciones(***)									2155	5678	6457

Fuente: Elaboración propia a partir de los anuarios estadísticos del Ministerio del Interior (<http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas>)

Denominación: " Actuaciones en materia de protección de la seguridad ciudadana"

()Las "INCIDENCIAS" que se computan son: Corte de tráfico, Corte de vía férrea, Daños instalaciones, Coacciones y retenciones Actuación FF.SS., Heridos, Detenidos, Otros*

*(**) No hay datos al respecto*

*(***) Normativa Protección de la Seguridad Ciudadana: Transición de la L.O 1/1992(vigente hasta el 30/06/2015) y entrada en vigor de L.O 4/2015 de 30 de marzo(En año 2017 exclusivamente L.O 4/2015*

CONCLUSIONES

Sobre la vinculación al contexto socio-político y económico: El incremento de la actividad en la celebración de reuniones es enorme (de 9131 en el año 2007 a 24023 en el año 2009). Posteriormente se produce una reducción, si bien, acontece otro aumento muy importante, del año 2011 al 2013. Sobre este particular, reseñamos dos factores relevantes al respecto: El primero, la irrupción del famoso "movimiento 15M", movimiento social que originó reuniones y manifestaciones masivas y que surgió el 15 de mayo de 2011⁸¹. El segundo factor de interés podría

⁸¹ A este respecto, disponible en la web: El movimiento 15m (y otros movimientos sociales). Exposición de recursos documentales. Biblioteca de Universidad de Zaragoza. Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo.

concatenarse con el ámbito político-social, ya que es en el año 2011 cuando se produce un cambio de legislatura política⁸². Posteriormente, a partir del año 2013, se empieza a detectar una reducción en la actividad del ejercicio del derecho de reunión. Sobre esta cuestión una variable que podría estimarse como conexas, sería la socio-económica, ya que, se estima que comienza a producirse una cierta recuperación económica⁸³

El apartado de "incidencias" nos sirve de parámetro sobre el "GRADO DE CONFLICTIVIDAD" (ver pie del cuadro donde se especifican los tipos de incidencias). Coincide que el mayor número se suceden con el mayor índice de reuniones (años 2009 y año 2013, descartamos el año 2012 al entender que la cifra ofrecida no ofrece fiabilidad). La cifra de incidencias va disminuyendo progresivamente a partir de el año 2013(reseñado anteriormente como de supuesta recuperación económica), mientras que en los años 2008 y 2009 de inicio de la crisis económica experimentan un acrecentamiento.

En lo referente a las prohibiciones(mecanismo limitador que hemos denominado "ex ante") destaca sobremanera el gran ascenso que experimentan a partir del año 2013, si bien progresivamente van descendiendo las siguientes anualidades. Especialmente llamativo es el aumento que se observa en fase bianual del inicio de la crisis económica (2008-2009). Por consiguiente, podemos afirmar que en la fase evolutiva de inicio de la crisis económica resulta ser un recurso limitador del ejercicio del derecho que se eleva. Por el contrario, en la supuesta fase de recuperación económica subyace un incremento enorme de las prohibiciones. Bien es cierto que el volumen de reuniones es mucho mayor que en la etapa del 2007-2011, factor este que puede resultar ser determinante en este sentido. Las

https://biblioteca.unizar.es/sites/biblioteca.unizar.es/files/users/Sociales.14/docs/dosieres/015_dosier_mov15m.pdf

⁸² Disponible en la web: Legislaturas políticas constitucionales
<http://www.lamoncloa.gob.es/gobierno/gobiernosporlegislaturas/Paginas/index.aspx>

⁸³ Sobre esta afirmación, disponible en la web: Pagina del Ministerio de Economía y Hacienda-Recuperación económica año 2013:
<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnnextoid=b33e97b5ef274410VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD>

prohibiciones desde el 2013 al 2017 se van reduciendo progresivamente. Podemos afirmar que el mecanismo de prohibición se antoja excesivo en dicha franja anual, ya que si observamos el número de incidencias, si bien en el año 2013 es donde más incidencias se registran de todas las anualidades, posteriormente se reducen (excepto una pequeña subida en los años 2016-2017) resultado claramente inferiores en número al periodo interanual (2008-2011).

El mecanismo sancionador se constituye como la materialización "ex post" de las consecuencias del incumplimiento de las normas inherentes al ejercicio del derecho o la extralimitación o ejercicio inadecuado del mismo. Se observa un incremento respecto al año 2007 en los años sucesivos, destacando un espectacular aumento en el año 2012, reduciéndose en el año 2013 y 2014 pero resultando cifras superiores a las anteriores anualidades. En el periodo desde la aplicación de la nueva L.O. 4/2015 el aumento de sanciones es muy alto si bien hay que matizar una cuestión relativa al precepto sancionador ya que las sanciones que más volumen abarcan son las atribuidas a infracción del artículo 36.3(desórdenes con graves alteración de la seguridad ciudadana) ⁸⁴ y dentro del mismo podrían estar incardinadas conductas ajenas al ejercicio del derecho de reunión, al no estar matizada esta cuestión en los anuarios del Ministerio puede ser que la cifra total no adquiera la fiabilidad pretendida. En referencia a la tipología sancionadora, distinguimos la aplicación de la L.O 1/1992 hasta el año 2014 y la vigencia de la L.O 4/2015 desde el año 2015. Observamos que en el primer supuesto los anuarios sólo hacen referencia a las infracciones del 23.c y 23.d de la antigua Ley , mientras que en los anuarios desde el año 2015 aparece un desglose más exhaustivo. Destacar, a colación con lo anteriormente expuesto que, si equiparamos sanciones en preceptos correlativos de una y otra Ley, es decir, antiguo 23-c con el vigente 37.1 (recordemos que ahora es infracción leve)

⁸⁴36.3: "*Causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana*".

y el 23.d antiguo con su correlativo actual (36.7) el índice sancionador es mucho más amplio con la derogada Ley Orgánica⁸⁵.

ESTUDIO VERTIENTE JURISPRUDENCIAL ÁREA PENAL

Para abordar esta cuestión hemos utilizado como fuente la base de datos de Thomson Reuters -Aranzadi. El término-criterio de búsqueda utilizado ha sido: "*derecho de reunión y manifestación*".

Dentro del ámbito Penal los asuntos son relativamente escasos (19). Seguidamente detallamos, someramente, una relación de los mismos con indicación de si, el Tribunal, estimó o no procedente considerar si hubo vulneración del derecho de reunión o manifestación en la esfera penal direccionando a una presunta comisión de "Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas garantizados por la Constitución"(Título XXI,Capítulo IV, sección 1^a).

- Caso de acoso al Parlamento de Cataluña- El asunto se deriva al tipo penal de atentado a la Autoridad (arts.550 y ss CP)
- Convocatoria de una manifestación a favor de ex-presos de ETA⁸⁶, con prohibición de la misma: Se considera amparada por el derecho de reunión y manifestación

⁸⁵23-d y 36.7: *La negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio*

23-c y 37.1: *La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuya responsabilidad corresponderá a los organizadores o promotores*

⁸⁶ Estos supuestos se refieren a convocatorias de reuniones o manifestaciones que se pueden vincular con la presunta comisión de un delito de "enaltecimiento del terrorismo" y que recoge el Artículo 578.1 del Código Penal y que, indirectamente, supondrían la presunta comisión del tipo penal recogido en el artículo 513.1 del mismo cuerpo normativo.

Art.578.-1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo

- Delitos cometidos por funcionarios públicos contra otros derechos individuales. Dos supuestos de prohibición de convocatoria de manifestación (asunto terrorismo)- Los Tribunales consideran inexistencia de vulneración del derecho de reunión.
- Caso de asalto al centro Blanquerna de Barcelona. El Tribunal contempla inexistencia de comisión de delito cometido con ocasión de ejercicio de DF y LP, orientando el asunto a tipos penales de coacciones, daños etc.
- Presunto delito cometido con ocasión de ejercicio de DF y LP. Inexistencia de reunión o manifestación ilícita con el fin de cometer delitos.
- Conferencia en una Universidad. Comisión de un delito de desórdenes públicos (impedir el ejercicio de derechos cívicos).Inexistencia de delito cometido con ocasión de ejercicio de DF y LP.
- Homenaje a presunto miembro de ETA. Inexistencia de delito cometido con ocasión de ejercicio de DF y LP. Derivación a enaltecimiento de terrorismo (arts.571 y ss del C.P).
- Presunto delito cometido por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (arts.529 y ss CP) o perturbación grave del desarrollo de una reunión o manifestación lícita(art.514.4 CP). Tribunal determina inexistencia de infracción penal.
- Reunión o manifestación concurriendo personas con armas, explosivos, objetos peligrosos o contundentes etc.(art.513.2 CP). Tribunal determina inexistencia de infracción penal.
- Delito cometido con ocasión de ejercicio de DF y LP. Perturbación grave de reunión o manifestación lícita. Tribunal sí admite existencia de infracción penal.

57.

Art.513.- Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración:

1.º Las que se celebren con el fin de cometer algún delito.

2.º Aquéllas a las que concurran personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso.

- Celebración de asamblea entidad urbanística. Presunta perturbación grave de reunión o manifestación lícita. Se concluye inexistencia de infracción penal.
- Caso colectivo Hispania Verde y Wilderness. Posible perturbación grave de reunión o manifestación lícita. Impedir el libre ejercicio de DF Y LP. Se admite existencia de vulneración. Se añade calificación de delito contra el orden público (Atentado y resistencia y desobediencia grave a autoridad o agente arts.550 y ss CP)
- Promotor o director de reunión o manifestación en relación a art. 513.1 CP (art.514 CP). Se deriva a falta contra el orden público. Inexistencia infracción.
- Reunión o manifestación convocada con el fin de cometer algún delito. Inexistencia y derivación a ilícito administrativo.
- Delito cometido ocasión del ejercicio de los DF y LP. Perturbación grave de reunión o manifestación lícita. Se concluye inexistencia de infracción penal.
- Supuesto de delito de desorden publico. Comisión de delito de coacciones graves. Tribunal no relaciona con participación en reunión o manifestación.
- Presunta prohibición de reunión o manifestación fuera de los casos permitidos por la ley (art.540 CP).Tribunal no considera existencia infracción penal.

CONCLUSIONES:

- En la ámbito penal destaca la escasez de asuntos relaciones con la materia de derecho de reunión.
- Las resoluciones judiciales, mayoritariamente, descartan que exista relevancia penal en los asuntos planteados en relación a delitos cometidos con ocasión del ejercicio de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, resultando residual su incardinación en esta categoría de infracciones penales.
- Se otorga prevalencia al amparo del legítimo ejercicio del derecho de reunión.
- Se deriva la acción penal a la esfera del derecho administrativo sancionador o a otros tipos penales, especialmente los incardinados en el Título XXII (Delitos contra el Orden Público).

ESTUDIO VERTIENTE JURISPRUDENCIAL ÁREA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa hemos efectuado un estudio introduciendo como filtro los términos que consideramos pueden resultar de más determinantes o definitorios en base a las infracción administrativas sobre las que se asientan los posteriores recursos contenciosos administrativos que se suceden consecuencia de las primeras("Comunicación previa","prohibición",alteración orden público", desordenes" e "itinerario"-ver cuadro al final-). Con la misma fuente, mismo criterio de búsqueda que en el ámbito penal y con la inclusión de los términos antes enunciados, se obtienen un total de 312 resultados en jurisdicción Contencioso-Administrativa.

CONCLUSIONES

- El más alto porcentaje de resoluciones contienen referencias a alteraciones del orden público(80%).Resulta paradójico que, tal ay como hemos comentado anteriormente, la pretensión actual del legislador es desterrar el concepto jurídico de "orden público" y suplirlo por el de "seguridad ciudadana" y en las resoluciones judiciales se siga referenciando este término con una asiduidad muy importante.
- La prohibición (73%) se erige como uno de los términos sobre los que se asientan otra gran mayoría de las resoluciones.
- La comunicación previa (requisito constitucional formal exigido para el ejercicio del derecho de reunión) y el itinerario aparecen como destacados pero en menor medida (entorno al 50%). Es de reseñar especialmente la cuestión del itinerario que se constituye en un foco de similar relevancia al de la comunicación previa.
- Las alusiones a los desordenes aparecen como residuales(13%)
- De los datos anteriormente expuestos podemos deducir que en la gran mayoría de la actividad jurisprudencial que deriva de una infracción administrativa afectante al derecho de reunión se ve acompañada de "alteraciones del orden público". La actuación limitadora de la Administración "ex ante" reflejada en la

"prohibición" del ejercicio del derecho se erige en una las principales motivaciones de los recursos planteados superando a la "comunicación previa". El relevante protagonismo que adquiere el "itinerario" nos permite deducir que muchas de las infracciones se suceden como consecuencia de un defectuoso desarrollo durante el ejercicio del derecho, esto es, que no se ajusta a lo que en un principio se habría prefijado en lo reflejado en la comunicación previa. Ello relevaría una incorrecta preservación del buen orden de la manifestación (al existir itinerario, sería una reunión dinámica) por parte del organizador/promotor, tal y como impone la norma reguladora del derecho de reunión⁸⁷

- Es de resaltar la escasa incidencia del término "desordenes" lo que nos invita a pensar que este concepto se puede interpretar como aquellas situaciones de hecho que suponen una gravedad mayor en contraste con la simple "alteración del orden público".

TÉRMINO	"COMUNICACION PREVIA"	"PROHIBICIÓN"	"ALTERACIÓN O. PÚBLICO"	"DESORDENES"	"ITINE"
J.C.A	163	229	252	43	161

J.C.A-Jurisdicción contencioso administrativa- Fuente base Datos Thomson Reuters -Aranzadi

BIBLIOGRAFÍA

BARCELONA LLOP J, *Policía y Constitución, Madrid, 1997*

BARTOLOME CENZANO J. El orden publico como límite al ejercicio de los derechos y libertades. Madrid 2002

BOSCH J. Manual municipal de gobernación, CEUMT, S. A., Barcelona, 1981

⁸⁷ Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión .Artículo 4.2. *Del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas.*

CARRO FERNANDEZ VALMAYOR, Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. Revista vasca de Administración, nº 27,

CEBRIAN VILLAGOMEZ, Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, del orden publico a la seguridad ciudadana, La Coruña

FREIXES Y REMOTTI. La configuración constitucional de la seguridad ciudadana, Revista de estudios políticos, 87, 1995,

GAVARA DE CARA J. C. El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación. Madrid. 1997

JIMENEZ DIAZ, Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Revista de derecho público. Madrid, 1994,

LAPARRA M., PEREZ. B y varios. Crisis y Fractura social en Europa. Causas y efectos en España. Colección Estudios Sociales. Num.35.La Caixa.2012

MARTÍNEZ CORREA I.- El delito de atentado y otras infracciones penales a la autoridad y sus agentes 2010.

MORALES VILLANUEVA A, Del orden publico a la seguridad. Evolución histórica del concepto.1987.Revista de estudios de la Guardia Civil. nº 38,

MORELL OCAÑA L, Curso de Derecho Administrativo, Pamplona, 1997,

TORRES MURO. Derecho de reunión y manifestación. Madrid. 1991

TOVAR,Manuel: <http://edit.um.es/exclusionsocial/la-crisis-economica-y-sus-consecuencias-sociales/>

http://elpais.com/diario/2008/02/15/economia/1203030002_850215.html

El movimiento 15m (y otros movimientos sociales). Exposición de recursos documentales.

Biblioteca de Universidad de Zaragoza. Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo.

https://biblioteca.unizar.es/sites/biblioteca.unizar.es/files/users/Sociales.14/docs/dosieres/015_dosier_mov15m.pdf

Desestimiento delictivo y género

María Izco

Universidad de Málaga

DESISTIMIENTO DELICTIVO Y GÉNERO

1. El desistimiento delictivo como objeto de estudio de la Criminología.

1.1. Algunos problemas respecto a su definición.

La Criminología ha enfrentado un importante desafío en los últimos años. A pesar de que resulta innegable el hecho de que la mayoría de los delincuentes adultos han mostrado signos reveladores durante la infancia, la mayor parte de los jóvenes delincuentes no acaban convirtiéndose en delincuentes al alcanzar la edad adulta. Generalmente, en el momento en que estos alcanzan los 28 años de edad, cerca del 85% de los “jóvenes delincuentes” desisten en tal comportamiento antisocial. Esta curva que relaciona el delito con la edad ha permanecido inalterable durante, aproximadamente, 150 años. No obstante, no siempre los sujetos dejan de delinquir conforme alcanzan la madurez, sino que algunos continúan una carrera delictiva.

Maruna señala que el principal obstáculo para alcanzar la comprensión sobre el desistimiento delictivo es la ausencia de una definición suficientemente clara y concreta del mismo⁸⁸.

Tradicionalmente, el desistimiento se contemplaba desde el punto de vista del individuo no delincuente, como un cese de la trayectoria delictiva, en definitiva, como un estado en el que el sujeto había dejado de delinquir, o al menos lo hacía de forma mínima. Conforme avanzaba la investigación en la materia y el concepto iba viéndose ampliado, este pasó a contemplarse como un proceso que implica una desaceleración progresiva de la delincuencia que podría llegar a

⁸⁸ Véase, Maruna, S. (2006). *Making Good: How Ex - Convicts Reform and Rebuild Their Lives*. 5ª edición. Washington, D. C.: American Psychological Association.

finalizar con la carrera delictiva del individuo⁸⁹. Dentro de este concepto de desistimiento como proceso, Loeber y Le Blanc señalaban que el desistimiento incluía tres subprocesos. En primer lugar, se produce una progresiva disminución en lo que a la frecuencia del delito se refiere, es la llamada desaceleración. En segundo lugar, aparece una reducción en la gravedad de los delitos llevados a cabo por el individuo, lo que llamaron de-escalation⁹⁰. Finalmente, dentro del proceso de desistimiento delictivo ocurre una disminución en la variedad de tipos delictivos llevados a cabo, es la denominada especialización delictiva. En este caso, la especialización a la que se refieren los autores implica una reducción progresiva de la delincuencia con el transcurso del tiempo⁹¹.

Laub y Sampson concretaron la distinción entre el cese de la carrera delictiva y el fin del compromiso con la carrera criminal. Los autores mantenían que la “terminación” de la carrera criminal es el punto en el que se detiene, mientras que el desistimiento delictivo es el proceso causal que subyace en el mismo⁹².

Farral y Bowling lo entendían como el momento en el que una carrera criminal finaliza. Como consecuencia de este concepto de “abandono” del delito, la investigación ha centrado toda su atención en los puntos de cambio, las experiencias de conversión y en los eventos vitales que pueden dar lugar a que el sujeto adopte la decisión de desistir en el comportamiento delictivo⁹³.

Algunos autores señalan que se trata de un fenómeno esporádico, y que, por tanto, tiene lugar a lo largo del tiempo. Maruna explica esto con el ejemplo de un sujeto que roba un bolso un martes por la mañana, y se plantea si el hecho de no robar otro bolso durante el resto del día implicaría desistimiento en el delito, o

⁸⁹ Véase, Blasco Romera, C.; Fuentes-Peláez, N.; Pastor Vicente, C. (2014). “Aproximación a los factores explicativos del desistimiento en jóvenes infractores”. *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, 58, 186-203.

⁹⁰ El término no tiene traducción al español según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁹¹ Véase, Loeber, R. y Le Blanc, M. (1990): “Toward a Developmental Criminology”. *Crime and Justice*, 12, 375-473.

⁹² Véase, Laub, J. H., and Sampson, R. (2001): “Understanding Desistance from Crime”. *Crime and Justice* 28, 1-69.

⁹³ Véase, Farral, S. y Bowling, B. (1999): “Structuration, Human Development and Desistance for Crime”. *British Journal of Criminology*, 39, 253-268. Citado en Maruna, S.: Op. cit. 2006.

bien, este se daría si el individuo permanece sin delinquir durante una semana, o durante un periodo de un año. La mayoría de las investigaciones que emplean términos como “cese” o “terminación” parecen resaltar que se trata de un cambio de carácter permanente, pudiéndose determinar dicha permanencia solo de forma retrospectiva⁹⁴, tal y como señala Frazier, presumiblemente tras la muerte del delincuente⁹⁵.

Podría plantearse otro modelo que entienda que el punto de “terminación” de la carrera delictiva coincide con el exacto momento en el que el sujeto adopta la decisión de abandonarla. La investigación sobre este proceso de adopción de decisiones deriva, generalmente, en el llamado modelo de elección racional del desistimiento.

Maruna plantea que, aunque es cierto que los “puntos de inflexión” y las decisiones racionales tienen una función de carácter simbólico y psicológico relevante, es posible que su papel dentro de la comprensión del fenómeno del desistimiento delictivo se haya visto sobredimensionado⁹⁶. Algunos autores como Knupfer, señalan que las razones por las que los sujetos desisten del comportamiento delictivo son muy variadas y numerosas, de forma que las mismas razones por las cuales una persona abandona la carrera delictiva, supongan para otra la motivación necesaria para llevar a cabo un escalamiento en el delito⁹⁷.

Foote y Frank entendían que el desistimiento *no es un estado final donde uno puede ser, sino más bien, es un proceso perpetuo de llegada*⁹⁸. En definitiva, el hecho de comprender el desistimiento del delito no como un mero “cese” o “terminación” de la carrera delictiva, sino como un mantenimiento en el tiempo de ese comportamiento, provoca que, a su vez, el interés pase a centrarse no en

⁹⁴ Véase, Maruna, S.: Op.cit. 2006.

⁹⁵ Véase, Frazier, C.E. (1976). *Theoretical Approaches to Deviance*. Columbus, O.H.: Charles Merrill. Citado en Maruna, S.: Op. cit. 2006.

⁹⁶ Véase, Maruna, S.: Op. cit. 2006.

⁹⁷ Véase, Knupfer, G. (1972): “Ex - Problems Drinkers”. En Roff, M., Robins, L. y Pollack, H. (eds.) *Life History Research in Psychopathology*. Minneapolis: University of Minnesota Press. Citado en Maruna, S.: Op. cit. 2006.

⁹⁸ Véase, Foote, C.E. y Frank, A.W. (1999): “Foucault and Therapy: The Disciplining of Grief”. En Chambon, A.S. y Epstein, L. (eds.). *Reading Foucault for Social Work*. New York: Columbia University Press. Citado en Maruna, S.: Op. cit. 2006.

cuáles son los eventos que rodean a la adopción de la decisión de cesar la carrera delictiva, y que, por tanto, explicarían qué elementos son responsables de ese cambio, sino el modo en que el sujeto logra mantener a lo largo del tiempo esa situación de abstinencia delictiva⁹⁹.

1.2 El desistimiento delictivo como proceso y su medición desde un enfoque dinámico.

Bushway y sus colegas señalan que la definición de desistimiento delictivo, a pesar de haber sido tratado tradicionalmente como un estado concreto de no-delito, se está viendo ampliada con el paso del tiempo hacia la de un proceso a través del cual las personas llegan a ese estado de no ofensa¹⁰⁰.

Señalaba Fagan que la escasa atención prestada al desistimiento delictivo como proceso deja sin responder muchos interrogantes sobre los procesos sociales y psicológicos que favorecen el cese de la conducta delictiva, las circunstancias en que se produce la terminación espontánea o la determinación de las sanciones más efectivas y los antecedentes conductuales de dicho proceso¹⁰¹.

Bushway y sus compañeros decían que el proceso de desistimiento delictivo puede ser abrupto, pero también puede ser gradual, de manera que el individuo comienza una ralentización de la frecuencia delictiva hasta poder alcanzar un cese total. Este proceso puede empezar de forma temprana o tardía, y aseguran que no depende del momento de inicio de la carrera delictiva. Asentada la idea, los autores abogan por la necesidad de utilizar un enfoque dinámico en la medición del desistimiento delictivo. En definitiva, se trata de aceptar que el desistimiento es un proceso de desarrollo que se extiende a lo largo de tiempo (no como un estado estático que es alcanzado), destacando el cambio

⁹⁹ Véase, Maruna. S.: Op.cit. 2006.

¹⁰⁰ Véase, Bushway, S.D., Piquero, A.R., Broidy, L.M., Cauffman, E. y Mazerolle, P. (2001): "An Empirical Framework for Studying Desistance as a Process". *Criminology* 39(2), 491- 516.

¹⁰¹ Véase, Fagan, J. (1989): "Cessation of Family Violence: Deterrence and Dissuasion". *Crime and Justice*, 11, 377-425.

comportamental como la característica definitoria del mismo y focalizando la atención en determinar el momento de cambio en la conducta del individuo¹⁰².

1.3 Desistimiento primario y secundario.

Maruna y Farral plantearon la existencia de dos tipos de desistimiento, el desistimiento primario y el secundario. El primero de ellos implica que el individuo logra permanecer un determinado periodo de tiempo sin cometer hechos delictivos. Sin embargo, el segundo implica un proceso más complejo en la medida en que el individuo lleva a cabo una modificación de la propia identidad, pasando a considerarse a sí mismo como un ex delincuente¹⁰³.

Lemert, en los años 50, consideró la existencia de dos tipos de desviación: la desviación primaria y la desviación secundaria. La primera supone la primera toma de contacto del individuo con las conductas delictivas, mientras que la secundaria implica la adopción, por parte del sujeto, de la autodefinición como delincuente¹⁰⁴. Siguiendo este marco teórico, Maruna et al. plantearon la existencia de ambos tipos de desistimiento. Sugieren además el escaso interés teórico sobre el desistimiento primario, recayendo la atención criminológica sobre el desistimiento secundario, ya que, en este caso, no se produce solo un cese o terminación de la trayectoria criminal, sino que los roles se modifican, al igual que la identidad del individuo. Sugieren los autores que si todos, o al menos casi todos, los delincuentes experimentan en un momento dado un cese o pausa de la carrera criminal (desistimiento primario), en caso de que la sociedad en ese

¹⁰² Véase, Bushway, S.D., Thornberry, T. y Krohn, M. (2003) "Desistance as a Developmental Process: A Comparison of Static and Dynamic Approaches", en *Journal of Quantitative Criminology*, 19(2), 129-153.

¹⁰³ Véase, Maruna, S. y Farral, S. (2004): "Desistance from Crime: A Theoretical Reformulation". *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 43, 171-94. Citado en McNeill, F. (2012): "Paradigma del desistimiento para la gestión de delincuentes". (Carmen Gloria Olivero, trad.). Documento de trabajo n° 27, Unidad de Defensa Penal Juvenil. (Obra original publicada en 2006).

¹⁰⁴ Véase, Lemert, E. M. (1948): "Some Aspects of a General Theory of Sociopathic Behavior. Proceedings of the Pacific Sociological Society". *Research Studies, State College of Washington*, 16, 23-29. Citado en Maruna, S., LeBel, T.P., Mitchell, N. y Naples, M. (2004): "Pygmalion in the Reintegration Process: Desistance from Crime Through the Looking Glass". *Psychology, Crime and Law*, 10(3), 271-281

momento les pase a etiquetar como sujetos rehabilitados resultará más probable que el individuo pueda conseguir alcanzar la segunda etapa de desistimiento¹⁰⁵.

1.4 Teorías explicativas del desistimiento delictivo.

Maruna plantea la existencia de tres grandes explicaciones sobre cómo se logra mantener la abstinencia del delito: el paradigma ontogénico, el paradigma “sociogénico” y la teoría narrativa. El primero parte de la idea de que el delincuente joven tiende al agotamiento del delito con el simple paso del tiempo, alcanzando a ser un adulto responsable. Sin embargo, el paradigma “sociogénico” parte de la necesidad de que, para que la abstinencia delictiva se mantenga, el sujeto debe poseer un trabajo estable y el amor de una buena mujer (o el de un hombre, en su caso) ¹⁰⁶.

Se observa cómo tanto las teorías ontogénicas como las “sociogénicas” parten de la relación entre cese delictivo y edad. No obstante, cada una de ellas utiliza una perspectiva diferente, la primera simplemente alude al paso del tiempo y al envejecimiento del individuo como causa de la finalización de la carrera delictiva, mientras que la segunda resalta la importancia de elementos como los vínculos y eventos estructurales que, durante el crecimiento aparecen en la trayectoria vital del individuo favoreciendo el cese delictivo ¹⁰⁷. Las teorías “sociogénicas”, por tanto, otorgan importancia a los factores de carácter objetivo o externo que aparecen en la trayectoria vital del individuo y que favorecerían el proceso de desistimiento.

Laub y Sampson, basándose en la teoría del control social planteada por Hirschi, sugirieron que el desistimiento delictivo suele tener lugar generalmente en el periodo de tiempo conducente a la edad adulta, como consecuencia de la progresiva adquisición de vínculos sociales que resultarían incompatibles con el mantenimiento de la carrera delictiva. Según esta teoría, existirían una serie de acontecimientos vitales que supondrían un punto de inflexión que llevaría a los

¹⁰⁵ Véase, Maruna, S.: Op. cit. 2004.

¹⁰⁶ Véase, Maruna, S.: Op. cit. 2006.

¹⁰⁷ Véase, Bushway, S.D. Piquero, A.R., Broidy, L.M, Cauffman, E. y Mazerolle, P.: Op. cit. 2001.

individuos al abandono o cese de todo comportamiento delictivo, y que consistiría en la asunción de roles adultos convencionales, como por ejemplo tener una pareja, contraer matrimonio, tener hijos o adquirir un empleo estable¹⁰⁸.

La teoría narrativa, por su parte, alude a la importancia de la aparición de una narrativa en el individuo como consecuencia de cambios que, a nivel subjetivo, tienen lugar en el sujeto con el fin de favorecer el proceso de cese del delito. Entre estas modificaciones se encuentra un aumento del nivel de agencia y cambios en la identidad¹⁰⁹. La teoría narrativa defendida por Maruna también proporciona un modelo de conducta basado en la intención y en la elección del individuo. Cuando el sujeto desiste en su trayectoria criminal, este actúa como “su propio agente de cambio” no siendo, solamente, una víctima de elementos y factores externos de control o rasgos de personalidad. De acuerdo con la teoría narrativa, para alcanzar el desistimiento delictivo real, es preciso que la persona reestructure la comprensión de sí mismo¹¹⁰.

Dentro de las teorías que abordan la relevancia de elementos de carácter subjetivo en el proceso de desistimiento, cabe destacar la teoría explicativa propuesta por Giordano, Cernkovich y Rudolph. La base de la explicación eran los cambios cognitivos que, frecuentemente, forman parte del proceso de desistimiento. La teoría de la transformación cognitiva que proponían no resultaba incompatible con el enfoque de control social, pero cubría un ámbito conceptual mucho más amplio. La teoría propuesta, al centrar su interés en las transformaciones de carácter cognitivo, los cambios en la identidad y el papel activo del actor en el proceso de cambio, resulta ciertamente compatible con los elementos básicos de la interacción simbólica¹¹¹.

¹⁰⁸ Véase, Sampson, R. y Laub, J. (2003): “Life-Course Desister? Trajectories of Crime Among Delinquent Boys Followed to Age 70”. *Criminology*, 41 (3): 555-592. Citado en Álvarez, L., Bustamante, Y. y Salazar, M. (2017): “Paternidad y su incidencia en el desistimiento delictual: una revisión teórica”. *Revista Criminalidad*, 59 (1): 65-75.

¹⁰⁹ Véase, Paternoster, R. y Bushway, S. (2009): “Desistance and the Feared Self: Toward an Identity Theory of Criminal Desistance”. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 99, 1103-1156.

¹¹⁰ Véase, Maruna, S. (1997): “Desistance and Development: the Psychosocial Process of “Going Straight””. *The British Criminology Conferences: Selected Proceedings*, 2.

¹¹¹ Véase, Giordano, P.C., Cernkovich, S.A. y Rudolph, J.L. (2002). Gender, Crime and Desistance: Toward a Theory of Cognitive Transformation. *American Journal of Sociology*, 107(4), 990-1064.

Otro modelo explicativo del desistimiento delictivo es el modelo subjetivo-social sugerido por LeBel et al. Estos autores aseguraban que los factores de cambio dinámicos se clasifican a su vez en variables sociales y variables subjetivas, y además consideraban que no resultaban totalmente independientes entre ellas. Estos autores señalaron 4 factores de carácter subjetivo de gran influencia en la finalización de la trayectoria criminal: la esperanza y la autoeficacia, el remordimiento y la vergüenza, la internalización del estigma y la aparición de identidades alternativas. En el estudio llevado a cabo por los autores, los resultados mostraron que los cambios de tipo subjetivo suelen preceder a los eventos de tipo estructural que aparecen en la trayectoria vital del sujeto, y este actúa como agente de su propio cambio. Aseguran que un estado mental positivo favorece enormemente las posibilidades de alcanzar el objetivo de desistimiento¹¹².

Otro intento por generar una explicación capaz de integrar elementos de tipo subjetivo y de tipo objetivo fue llevada a cabo por Cid y Martí en el año 2011 en Barcelona. Los autores propusieron un modelo teórico integrado que partía de la vital importancia de la narrativa de cambio en el proceso de desistimiento del individuo, y que por tanto requería la atención a cuáles eran los factores que promueven la aparición de tales narrativas. El modelo que sugirieron destacaba la relevancia de factores que no podían modificarse, como la trayectoria vital del sujeto o su edad, y una serie de factores de carácter contingente que dependían de las interacciones del individuo con la sociedad¹¹³.

2. Factores explicativos del desistimiento delictivo en mujeres.

Como consecuencia de la minoría que la mujer representa en la comisión de hechos delictivos con respecto al hombre, la Criminología ha desatendido el comportamiento de la mujer que delinque, centrando toda la atención en la

¹¹² Véase, LeBel, T. P., Burnett, R., Maruna, S. y Bushway, S. (2008): "The "Chicken and Egg" of Subjective and Social Factors in Desistance from Crime". *European Journal of Criminology*, 5, 131-159.

¹¹³ Véase, Cid, J., y Martí, J. (2011): "El proceso de desistimiento de las personas encarceladas. Obstáculos y apoyos". *Documentos de trabajo. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*.

conducta masculina. La mujer se involucra en menor medida que el hombre en la actividad criminal, y, además, en caso de hacerlo, la trayectoria delictiva de la primera posee determinados rasgos que exigen un tratamiento adaptado a las necesidades concretas del colectivo¹¹⁴. Zahn y Browne argumentaban que el inicio de la trayectoria femenina tiene lugar de forma más tardía, pero el proceso de desistimiento ocurre con mayor rapidez que en el hombre. Por todo lo anterior, existen diferencias entre ambos grupos no solo en cuanto al momento en el que tiene lugar el cese delictivo, sino en las formas¹¹⁵. Uggen y Kruttschnitt aseguraban que la mujer era mucho más propensa a llevar a cabo una transición hacia la no delincuencia que el hombre y a permanecer durante periodos de tiempo mucho más extensos sin cometer actos delictivos¹¹⁶.

Giordano et al. confirmaban que una de las grandes limitaciones que las investigaciones sobre desistimiento delictivo habían tenido tradicionalmente es que las muestras de estudio en las que se basaban tales análisis estaban compuestas completamente por hombres delincuentes y de raza blanca. Esto provocaba que los resultados derivados de ellos, así como las teorías explicativas, no fueran representativos del total de la población, excluyendo a la mujer delincuente y a las minorías étnicas¹¹⁷.

Aunque se aceptara la idea de que los factores que intervienen en el desistimiento masculino y femenino fueran los mismos, podría darse la situación de que tales mecanismos actuaran en etapas diferentes de la trayectoria vital de ambos colectivos o que la importancia de unos y de otros fuera diferente¹¹⁸.

Tras un importante repaso de la principal bibliografía en la materia, se ha podido determinar cuáles son los principales factores que inciden en el cese de la trayectoria criminal de la mujer: el matrimonio y las relaciones de pareja, la

¹¹⁴ Véase, Vigna, A. (2011): *Persistencia y abandono del mundo del delito: diferencias de género en los procesos de desistimiento*. Tesis de maestría, Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Sociología.

¹¹⁵ Véase, Zahn, M. y Browne, A. (2009): "Gender Differences in Neighborhood Effects and Delinquency". En Zahn, M. (ed.) *The Delinquent Girl*. Filadelfia: Temple University Press. Citado en Vigna, A. (2011).

¹¹⁶ Véase, Uggen, C. y Kruttschnitt, C. (1998): "Crime in the Breaking: Gender Differences in Desistance". *Law and Society Review*, 32(2), 339- 366.

¹¹⁷ Véase, Giordano, P.C., Cernkovich, S.A. y Rudolph, J.L.: Op. cit. 2002.

¹¹⁸ Véase, Vigna, A.: Op. cit. 2011.

maternidad, el empleo, la religión, las relaciones de amistad, la presencia de optimismo y esperanza, las transformaciones cognitivas, los cambios de identidad y las narrativas de cambio. Se procede, a continuación, al análisis de algunos de los más relevantes.

2.1. El matrimonio y las relaciones de pareja.

La investigación llevada a cabo por Griffin y Armstrong sobre una muestra de mujeres, concretamente de 195, mostró que los cambios que ocurrían a corto plazo en sus vidas influían notablemente en la probabilidad de delinquir. Los resultados sugirieron que la participación en actividades de carácter convencional genera una menor posibilidad de participar en actividades delictivas. De este modo, y en relación con el matrimonio, los autores señalaban que las mujeres involucradas en relaciones estables tenían un nivel de participación en delincuencia relacionada con el tráfico de drogas muy baja. Estas eran menos propensas a participar en delitos si sus condiciones de vida eran estables o convivían con un esposo o similar. No obstante, los autores reconocieron que su estudio no permitió determinar cuáles debían ser las características de tal relación para que esta pudiera tener una influencia real en el cese del delito¹¹⁹.

En el año 2007, Giordano et al. concluyeron que la importancia del matrimonio no se encuentra en el acontecimiento como tal, sino en los procesos emocionales que a él se asocian. La forma de participación en el rol que se asume al establecer una relación amorosa con un compañero con características “prosociales” favorecen la motivación del actor para dar comienzo a un proyecto de mejora individual de gran significancia. Una vez da comienzo la relación, la pareja pasar a actuar como un modelo emocional y una importante fuente de ayuda y apoyo prosocial¹²⁰.

¹¹⁹ Véase, Griffin, M.L. y Armstrong, G.S. (2003): “The Effect of Local Life Circumstances on Female Probationers' Offending”, *Justice Quarterly*, 20(2), 213-239.

¹²⁰ Véase, Giordano, P. C., Schroeder, R. D., y Cernkovich, S. A. (2007): “Emotions and Crime Over the Life Course: A Neo-Meadian Perspective on Criminal Continuity and Change”. *American Journal of Sociology*, 112(6), 1603-1661.

2.2. La maternidad.

Son muchos los autores que, tradicionalmente, han señalado el importante papel de la maternidad en el proceso de desistimiento, aunque como se muestra a continuación hay estudios que no han mostrado datos tan concluyentes¹²¹.

Así, Giordano et al. aseguraban que la maternidad favorece las posibilidades de cambio en tanto que facilita la creación de una nueva identidad; no obstante, afirman que esta interiorización no tiene lugar de manera automática, sino que los sujetos deben apreciar que ese nuevo “yo” deseable es absolutamente incompatible con el pasado delictivo. En definitiva, el amor hacia los hijos no resultaría suficiente para lograr un cambio, la exposición a la crianza de los hijos, incluso aun cuando exista un elevado apego hacia ellos, no conforma por sí sola un impulso hacia el desistimiento, siendo preciso que aparezcan modificaciones cognitivas¹²².

Algunas investigaciones parecen mostrar la importancia del factor maternidad en el proceso de desistimiento delictivo principalmente en el caso de las mujeres más jóvenes. Otros muestran una relación mucho más débil entre ambos fenómenos. Esta falta de coherencia en los resultados de las diferentes investigaciones exige un análisis capaz de alcanzar variables como la raza, la edad, la trayectoria delictiva en muestras de mujeres que hayan sido privadas de libertad y que regresan a la comunidad¹²³.

2.3. El empleo.

No existe un abundante número de estudios relativos a las diferencias de género en cuanto a la influencia que tiene el empleo en el proceso de desistimiento¹²⁴.

¹²¹ Véase, Bachman, R., Kerrison, E.M., Paternoster, R., Smith, L. y O’connell, D. (2016): “The Complex Relationship Between Motherhood and Desistance”. *Women and Criminal Justice*, 26(3), 212-231.

¹²² Véase, Giordano, P.C. Cernkovich, S.A. y Rudolph, J.L.: Op. cit. 2002.

¹²³ Véase, Bachman, R., Kerrison, E.M., Paternoster, R., Smith, L. y O’connell, D.: Op. cit. 2016.

¹²⁴ Véase, Vigna, A.: Op.cit. 2011.

Verbruggen et al. utilizaron una muestra de 270 hombres y 270 mujeres de entre 18 y 32 años en situación de elevado riesgo y realizaron un seguimiento durante 15 años. La carrera laboral de la mayoría de la muestra se caracterizó por la inestabilidad, mostrando, generalmente, largos periodos de desempleo. Las principales conclusiones del estudio mostraron que el empleo disminuye significativamente el número de nuevas condenas en la muestra estudiada en el caso de los hombres. Además, cuanto mayor era la duración del mismo, mayor incidencia tenía sobre las tasas delictivas masculinas. Para la mujer, la obtención de un puesto laboral también favorecía el desistimiento, no obstante, no se encontró relación con la duración del mismo. En el caso de la mujer, conforme más extensa es la situación de desempleo, mayor es el número de condenas enfrentadas¹²⁵.

En definitiva, parece poder asegurarse que el empleo produce un efecto positivo en el proceso de desistimiento de la mujer, no obstante, el número de estudios de carácter cualitativo sobre la materia son escasos, por lo que se considera necesaria la atención específica a este factor.

2.4. Las relaciones de amistad.

En su estudio, Giordano et al., determinaron como principal objetivo alcanzar a conocer la influencia que las relaciones de amistad tenían en el proceso de desistimiento de los individuos. Se pretendía concretar el modo en el que este fenómeno actuaba en el colectivo de hombres y en el de mujeres. Además, se trató de analizar si los cambios en las redes sociales venían influidos por el factor género. Entre los resultados obtenidos, se observó cómo, tanto hombres como mujeres, cambiaron su percepción de la capacidad de presión que tenía el grupo de iguales de una entrevista a otra, de tal modo que las mujeres mostraron ser menos propensas a permitir la influencia del grupo de amigos. En toda la muestra se observó una mayor conciencia de la importancia de establecer

¹²⁵ Véase, Verbruggen, J., Blokland, A.A. y Van der Geest, V.R. (2012): "Effects of Employment and Unemployment on Serious Offending in a High-Risk Sample of Men and Women from Ages 18 to 32 in the Netherlands". *British Journal of Criminology*, 52(5), 845-869.

vínculos “prosociales” con compañeros no delincuentes. No obstante, aquellos que habían logrado establecer relaciones de amistad prosociales presentaron ciertas ventajas a la hora de ver favorecido el proceso de desistimiento, en tanto que adquirieron un elevado nivel de respetabilidad, apoyo y compañerismo. La mujer, suelen alcanzar estas modificaciones cognitivas generalmente antes que el hombre ¹²⁶.

2.5. Transformaciones cognitivas, nuevas identidades y narrativas de cambio.

Stone et al., en su investigación llevada a cabo sobre una muestra de 93 mujeres en libertad condicional en Michigan, demostraron que los mayores niveles de agencia, así como los comportamientos y actitudes prosociales se relacionaban con una menor probabilidad de ser arrestadas. Se observó cómo, en la gran mayoría de los casos, la mujer entendía, mirando atrás y haciendo balance de su proceso de detención y condena, que esto le había servido para plantearse un presente y un futuro más positivo, para motivar un cambio. Reconocían que todas las experiencias les habían ofrecido oportunidades para adquirir autonomía y un mejor conocimiento de sí mismas a través de un arduo proceso de introspección. En las mujeres que no reincidieron se percibió el deseo de devolver al entorno todo lo que habían aprendido durante el proceso, deseaban mostrar las lecciones que habían asumido ellas mismas a otras personas que pudieran encontrarse en coyunturas similares. Por otra parte, las mujeres que no lograron avanzar hacia esas nuevas identidades prosociales fueron más propensas a la reincidencia. El hecho de asumir una imagen negativa de sí mismas, atribuyéndose la culpa de todo lo ocurrido y negando cualquier tipo de influencia externa, favoreció la repetición de conductas delictivas¹²⁷.

3. Propuesta de una línea de investigación futura.

¹²⁶ Véase, Giordano, P.C., Cernkovich, S.A. y Holland, D.D. (2003): “Changes in Friendship Relations Over the Life Course: Implications for Desistance for Crime”. *Criminology*, 41(2), 293-328.

¹²⁷ Véase, Stone, R., Morash, M., Goodson, M., Smith, S. y Cobbina, J. (2016): “Women on Parole, Identity Processes, and Primary Desistance”. *Feminist Criminology*, 1, 1-22.

Es cierto que, tal y como se ha podido analizar a lo largo del presente análisis, algunos estudios con muestras exclusivamente femeninas y otros que establecieron comparativas entre hombres y mujeres, permitieron reconocer algunos factores de influencia en dicho proceso de desistimiento femenino. En cualquier caso, los resultados no parecen ser contundentes, y las respuestas ofrecidas por los diferentes investigadores llegan, incluso, a ser contradictorias como consecuencia de la diversidad de las muestras y los métodos de análisis empleados.

Continuando con la línea de investigación abierta por Cid y Martí en el año 2011, se considera necesario convenir una visión diacrónica del proceso de desistimiento delictivo que, a partir de un análisis de carácter biográfico, sea capaz de determinar el proceso de la carrera delictiva del colectivo, así como las narrativas de cambio que se inscriben en sus trayectorias de vida. Por otra parte, deberá investigarse cómo tiene lugar el procedimiento de transición desde el ámbito penitenciario hacia la vida en libertad en el caso de las mujeres, siendo este un aporte de la investigación. Por todo ello, se considera importante que el trabajo de campo se lleve a cabo sobre una muestra que se encuentre en proceso de finalización de una pena privativa de libertad en prisión, para, posteriormente, realizar un seguimiento de la misma. En definitiva, el estudio se llevará a cabo en dos grandes etapas. La primera de ellas consistirá en la realización de entrevistas en profundidad a mujeres que se encuentren en un periodo próximo a la finalización de pena de prisión, tiempo que todavía está por determinar. La segunda etapa, tendrá lugar una vez transcurrido un periodo determinado desde el abandono del centro penitenciario (aún por fijar) y que permitirá una profunda evaluación del proceso de transición hacia la libertad¹²⁸.

Para ello, se propone utilizar una muestra representativa de población penitenciaria femenina nacional, extranjera y nacional de etnia gitana condenada a prisión por delitos patrimoniales y delitos contra la salud pública a nivel nacional, ya que son estos los tipos delictivos más habituales en los colectivos

¹²⁸ Véase, Cid, J. y Martí, J.: Op.cit. 2011.

objeto de análisis¹²⁹. Se plantea como método de recogida de información el uso de la entrevista narrativa.

Los objetivos específicos que se proponen para el presente proyecto son:

1.- Conocer cuáles son los discursos de la muestra en relación con el desistimiento y alcanzar a conocer su disposición al cambio.

2.- Analizar las narrativas de cambio en función de elementos como la voluntad de abandono de la carrera delictiva y la manifestación de cambio de identidad.

3.- Conocer cuáles son los factores que motivan esa intención de abandono de la carrera delictiva.

4.- Establecer una comparativa de los factores anteriores para cada uno de los tres colectivos objeto de estudio (nacional, extranjero y de etnia gitana).

En definitiva, lo que aquí se plantea es una contribución hacia el cuerpo de la literatura criminológica sobre desistimiento delictivo a través del análisis concreto de las vías por las que las mujeres españolas, pertenecientes a minorías étnicas y de otras nacionalidades desisten de tal comportamiento. A través de la realización de una investigación empírica aún por concretar y diseñar, el objetivo es hacer frente a todas las deficiencias que, sobre la materia tratada, se han podido observar en el presente análisis.

Bibliografía

Álvarez, L., Bustamante, Y. y Salazar, M. (2017): "Paternidad y su incidencia en el desistimiento delictual: una revisión teórica". *Revista Criminalidad*, 59 (1): 65-75.

Bachman, R., Kerrison, E.M., Paternoster, R., Smith, L. y O'connell, D. (2016): "The Complex Relationship Between Motherhood and Desistance". *Women and Criminal Justice*, 26(3), 212-231.

¹²⁹ Véase, Cerezo, A.I. (2016). "Women In Prison in Spain: The Implementation of Bangkok Rules to the Spanish Prison Legislation". *European Journal on Criminal Policy and Research*, 23(2), 133-151.

- Blasco Romera, C.; Fuentes-Peláez, N.; Pastor Vicente, C. (2014). "Aproximación a los factores explicativos del desistimiento en jóvenes infractores". *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, 58, 186-203.
- Bushway, S.D., Piquero, A.R., Broidy, L.M., Cauffman, E. y Mazerolle, P. (2001): "An Empirical Framework for Studying Desistance as a Process". *Criminology* 39(2), 491- 516.
- Bushway, S.D., Thornberry, T. y Krohn, M. (2003) "Desistance as a Developmental Process: A Comparison of Static and Dynamic Approaches", en *Journal of Quantitative Criminology*, 19(2), 129-153.
- Cerezo, A.I. (2016). "Women In Prison in Spain: The Implementation of Bangkok Rules to the Spanish Prison Legislation". *European Journal on Criminal Policy and Research*, 23(2), 133-151.
- Cid, J., y Martí, J. (2011): "El proceso de desistimiento de las personas encarceladas. Obstáculos y apoyos". *Documentos de trabajo. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*.
- Fagan, J. (1989): "Cessation of Family Violence: Deterrence and Dissuasion". *Crime and Justice*, 11, 377-425.
- Giordano, P.C., Cernkovich, S.A. y Holland, D.D. (2003): "Changes in Friendship Relations Over the Life Course: Implications for Desistance for Crime". *Criminology*, 41(2), 293-328.
- Giordano, P.C., Cernkovich, S.A. y Rudolph, J.L. (2002). Gender, Crime and Desistance: Toward a Theory of Cognitive Transformation. *American Journal of Sociology*, 107(4), 990-1064.
- Giordano, P. C., Schroeder, R. D., y Cernkovich, S. A. (2007): "Emotions and Crime Over the Life Course: A Neo-Meadian Perspective on Criminal Continuity and Change". *American Journal of Sociology*, 112(6), 1603-1661.
- Griffin, M.L. y Armstrong, G.S. (2003): "The Effect of Local Life Circumstances on Female Probationers' Offending", *Justice Quarterly*, 20(2), 213-239.

- Laub, J. H., and Sampson, R. (2001): "Understanding Desistance from Crime". *Crime and Justice* 28, 1-69.
- LeBel, T. P., Burnett, R., Maruna, S. y Bushway, S. (2008): "The "Chicken and Egg" of Subjective and Social Factors in Desistance from Crime". *European Journal of Criminology*, 5, 131-159.
- Loeber, R. y Le Blanc, M. (1990): "Toward a Developmental Criminology". *Crime and Justice*, 12, 375-473.
- Maruna, S. (1997): "Desistance and Development: the Psychosocial Process of "Going Straight"". *The British Criminology Conferences: Selected Proceedings*, 2.
- Maruna, S. (2006). *Making Good: How Ex - Convicts Reform and Rebuild Their Lives*. 5º edición. Washington, D. C.: American Psychological Association.
- Maruna, S., LeBel, T.P., Mitchell, N. y Naples, M. (2004): "Pygmalion in the Reintegration Process: Desistance from Crime Through the Looking Glass". *Psychology, Crime and Law*, 10(3), 271-281.
- McNeill, F. (2012): "Paradigma del desistimiento para la gestión de delincuentes". (Carmen Gloria Olivero, trad.). Documento de trabajo nº 27, Unidad de Defensa Penal Juvenil. (Obra original publicada en 2006).
- Paternoster, R. y Bushway, S. (2009): "Desistance and the Feared Self: Toward an Identity Theory of Criminal Desistance". *Journal of Criminal Law and Criminology*, 99, 1103-1156.
- Stone, R., Morash, M., Goodson, M., Smith, S. y Cobbina, J. (2016): "Women on Parole, Identity Processes, and Primary Desistance". *Feminist Criminology*, 1, 1-22.
- Uggen, C. y Kruttschnitt, C. (1998): "Crime in the Breaking: Gender Differences in Desistance". *Law and Society Review*, 32(2), 339- 366.
- Verbruggen, J., Blokland, A.A. y Van der Geest, V.R. (2012): "Effects of Employment and Unemployment on Serious Offending in a High-Risk Sample of Men and Women from Ages 18 to 32 in the Netherlands". *British Journal of Criminology*, 52(5), 845-869.

Vigna, A. (2011): *Persistencia y abandono del mundo del delito: diferencias de género en los procesos de desistimiento*. Tesis de maestría, Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Sociología.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de blanqueo de capitales. Programas de cumplimiento normativo penal (corporate compliance)

M^a Mercedes Fernández Saldaña

Abogada ICAALM nº 1.789

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que viene a salvar las lagunas legales que se abrieron sobre la forma en la que las personas jurídicas debían intervenir en el proceso penal derivadas de las modificaciones de la LO 5/2010, la Ley Orgánica 7/2012 que modificó el artículo 31 bis del CP, incluyendo también como responsables penales a los partidos políticos y a los sindicatos y, la reforma reciente del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por otro, han establecido y desarrollado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una doble vertiente: tanto en relación con los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales y administradores, de hecho o de derecho, como en relación con los delitos cometidos por los trabajadores en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la empresa, cuando no se haya ejercido sobre ellos el debido control. Además, la jurisprudencia del TS desde la primera sentencia condenatoria a personas jurídicas (STS 154/2016, de 29 de febrero)¹³⁰ ha dejado claro que la presencia de "adecuados mecanismos de control" suponen la existencia de una causa de justificación que eximen de responsabilidad, porque este requisito forma parte de los elementos objetivos del tipo. La Fiscalía¹³¹ General del Estado en la Circular

¹³⁰ Sentencia nº 154/2016 de TS, Sala 2^a, de lo Penal, 29 de Febrero de 2016, recurso nº 10011/2015, José Manuel Maza Martín, Tribunal Supremo-Sala Segunda, de lo Penal.

¹³¹ Circular 1/2016, de la FGE, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal.

1/2016 estudia de forma pormenorizada cada uno de los requisitos legales, desmenuza el contenido que debe tener un programa de cumplimiento normativo penal y define cuáles deben ser los criterios a tener en cuenta para valorar la eficacia de estos programas. Por último, es necesario, mencionar y tener en cuenta para el análisis de este tema, el reciente Auto¹³² de 18 de abril de 2018 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de Madrid, en el que explica los defectos estructurales en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión de la persona jurídica investigada, que son los que se entiende más han favorecido al posible blanqueo y que pueden permitir la atribución de responsabilidad a la entidad en cuestión, ya que deja claro que tal responsabilidad penal no es objetiva, sino que exige comprobar una actuación irregular, un defecto de organización, una connivencia que permite el delito.

I.- OBLIGACIONES IMPUESTAS POR LA LEGISLACIÓN APLICABLE.-

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que viene a salvar las lagunas legales que se abrieron sobre la forma en la que las personas jurídicas debían intervenir en el proceso penal derivadas de las modificaciones de la LO 5/2010, la Ley Orgánica 7/2012 que modificó el artículo 31 bis del CP, incluyendo también como responsables penales a los partidos políticos y a los sindicatos y, la reforma reciente del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, son las normas que básicamente hemos de tener en cuenta en este aspecto.

La legislación viene a establecer que la persona jurídica será responsable, aunque no se haya identificado a la persona física, no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, hubiera fallecido o se hubiere sustraído a la acción de

¹³² Auto de 18 de abril de 2018 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de Madrid, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado nº 16 /2018.

la justicia. Además establece que los agravantes o atenuantes de aplicación a la persona física no excluirán ni modificarán la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, que, en caso de cometerse un delito serán penalmente responsables tanto la persona jurídica como la persona física. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que no todas las personas jurídicas tienen responsabilidad penal, ya que el artículo 31 quinquies del CP establece que no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Además, sólo existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos expresamente previstos en la ley, esto es, en los delitos de:

- 1.- Descubrimiento y revelación de secretos.
- 2.- Estafa.
- 3.- Insolvencias punibles.
- 4.- Delitos informáticos.
- 5.- Corrupción, cohecho y tráfico de influencias.
- 6.- Delitos fiscales y contra la Seguridad Social.
- 7.- Delitos urbanísticos y medioambientales.
- 8.- Delitos contra los trabajadores.
- 9.- Delitos contra el mercado y los consumidores.
- 10.- Falsificaciones y contrabando.
- 11.- Delitos contra la propiedad intelectual, industrial y mercado.
- 12.- Financiación ilegal de los partidos políticos.
- 13.- Blanqueo de capitales.

Las consecuencias de la apreciación de responsabilidad penal en las personas jurídicas están previstas en el artículo 33.7 del CP y están calificadas todas ellas como graves. Son las siguientes:

1.- Multas por cuotas o proporcional, que incluso pueden llegar a 10 veces el supuesto beneficio obtenido.

2.- Disolución de la persona jurídica.

3.- Suspensión de actividades por un plazo de hasta 5 años.

4.- Clausura de locales y establecimientos por un plazo de hasta 5 años.

5.- Prohibición temporal (hasta 15 años) o definitiva de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

6.- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo de hasta 15 años.

7.- Intervención judicial por un periodo de hasta 15 años.

Según el artículo 130.2 del CP, tanto la disolución encubierta o aparente de la persona jurídica (cuando se continúe la actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos), como la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, ya que ésta se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, fusione o escinda.

Según el TS en sentencias como la 583/2017 de 19 de julio, los elementos necesarios para que surja la responsabilidad penal de una persona jurídica, son los siguientes:

1.- Los administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho) actuando en representación de la empresa, llevan a cabo una continuada actividad encajable en el art. 301 CP que es precisamente una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas.

2.- Ha de concurrir un provecho o beneficio directo para la sociedad.

3.- Y, por último, la persona jurídica carece de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito.

II.- RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALS.

La acción sancionada como blanqueo de capitales no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, que consiste en realizar estos actos tendiendo a ocultar o encubrir su origen ilícito. El delito de blanqueo exige que todas las conductas descritas en el art. 301.1 CP y relacionadas con los bienes a los que afectan, tengan como finalidad ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar al autor del delito antecedente a eludir las consecuencias legales de sus actos, es decir, se refiere a las conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado.

El art. 301 del Código Penal sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. La conducta típica precisa las acciones que configuran el tipo, esto es: el que adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes procedentes de una actividad delictiva. La esencia del tipo es, por tanto, la expresión "con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito".

El artículo 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de

procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. De esta forma se evitan excesos (como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito, o la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo).

La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P.

El delito de blanqueo de capitales no se comete por el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias adquiridas con la comisión de un delito. Requiere la ejecución de alguna de las acciones típicas con el objetivo de ocultar el origen ilícito del bien de que se trate o de ayudar al autor de aquel delito antecedente a eludir las consecuencias legales de sus actos. El blanqueo es algo más que un aprovechamiento de los efectos del delito (a diferencia de la receptación).

Para que exista responsabilidad penal en las personas jurídicas, según el artículo 31 bis del CP y la Circular 1/2016 de la FGE, es necesario:

1.- Que las personas jurídicas tengan reconocida su personalidad jurídica y que sean imputables (personas jurídico-privadas de derecho civil y mercantil).

Quedan exentas:

a.- Las mencionadas en el artículo 31 quinquies CP.

b.- En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo

33 CP. La norma exige que la sociedad se haya constituido «ad hoc» con tal objetivo, por lo que la ilegalidad sobrevenida de la sociedad no será relevante.

c.- Las fundaciones públicas integradas en el sector público fundacional, (aunque no se citen expresamente, deben considerarse exentas), ya que solo desarrolla actividades de interés general y nunca de carácter mercantil o industrial, aun cuando llevara a cabo ciertas actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general, será considerada un organismo de derecho público, siendo también aplicable a las fundaciones del sector público autonómico, de cada Comunidad Autónoma.

Subsisten dudas respecto a si hay que incluir o excluir a los Colegios profesionales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Según la Circular 1/2016, de 22 de enero de la Fiscalía General del Estado, el ejercicio de "potestades públicas de soberanía o administrativas" se aplica solo a las administraciones públicas y no a los entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales o las Cámaras de comercio, que tendrán la consideración de personas jurídicas penalmente responsables.

La citada Circular entiende que la referencia legal a "aquellas otras (organizaciones) que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas" permite incluir todo el sector público administrativo (apdo. 4.º), que estaría integrado por las entidades mencionadas en el art. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con las excepciones y límites del apartado segundo del art. 31 quinquies CP.

2.- Además, la persona jurídica deberá ser imputable. La persona jurídica estrictamente instrumental o "pantalla", es decir, la que carece de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis (STS 154/2016, de 29 de febrero).

3.- Comisión de uno de los delitos expresamente previstos en el Código Penal, es decir, enumeración taxativa de los ilícitos con potencialidad generadora de responsabilidad (como hemos indicado anteriormente).

4.- Las personas físicas autoras del hecho delictivo pueden ser:

a.- Sus representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de ella u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, como establece el artículo 31 bis 1 a) del CP (se extiende así a todos aquellos que estén autorizados para decidir en nombre de la persona jurídica y también a aquellos con facultades de organización y control).

El delito debe cometerse en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica (elemento subjetivo del tipo, que consiste en el ánimo de proporcionar un beneficio o ventaja, o de evitar un perjuicio mediante la actividad delictiva, incluido el ahorro de costes) y en su nombre o por su cuenta (dependencia entre el actuar de la persona física y la persona jurídica, lo que equivale a actividad "en representación").

La responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye la de la persona física, ya que es acumulativa. La responsabilidad de la persona jurídica es autónoma de la de la persona física que comete el delito. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, conforme al artículo 31 ter del CP.

La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

b.- Quienes estén sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior, según lo dispuesto en el artículo 31 bis 1 b) del CP. El delito debe cometerse en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica, en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, por no haberse ejercido sobre ellos la debida supervisión, vigilancia y

control, atendidas las concretas circunstancias del caso, y que el incumplimiento del deber de vigilancia haya tenido carácter grave.

La nueva definición incluida en el artículo 31 bis 1 a) del CP amplía notablemente el círculo de sujetos imputables, incluyendo a quienes, sin ser propiamente administradores o representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los mandos intermedios, apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones, incluidas las de control de riesgos que ostenta el oficial de cumplimiento. La sustitución de la expresión “en su provecho” por la de “en su beneficio directo o indirecto”, conserva la naturaleza objetiva de la acción (para conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca. Es suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad). Se extiende la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos (Solo quedan excluidas las conductas que, realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficios).

Sólo se recogen cuatro conductas imprudentes cometidas por personas físicas en las circunstancias del artículo 31 bis del CP y que pueden forjar un reproche penal a la persona jurídica: las relacionadas con las insolvencias punibles (artículo 259.3 del CP), los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 331 del CP), el blanqueo de capitales (artículo 302.2 del CP) y la financiación del terrorismo (artículo 576.5 del CP).

III.- PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL (CORPORATE COMPLIANCE).

La LO 1/2015 ha sustituido la condición de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él “el debido control”, por el requisito menos exigente de “haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control”. Esto permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad (es decir, los no graves respecto de

los cuales solo caben las sanciones administrativas o mercantiles que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica).

Por tanto, para que la persona jurídica sea responsable conforme a lo establecido en el artículo 31 bis 1 b) del CP, es necesario que exista un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de carácter grave por parte de alguno de los sujetos comprendidos en la letra a). La atribución de responsabilidad hará que haya de determinarse que el propio sujeto omitente del control responda también por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente. Los sujetos a que se refiere el artículo 31 bis 1 b) deben operar en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de las personas físicas mencionadas en la letra a) del mismo apartado. El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control ha de valorarse, "atendidas las concretas circunstancias del caso".

Los deberes de supervisión, vigilancia y control sigue atribuido a las personas físicas del artículo 31 bis 1 a) del CP y no a la propia persona jurídica. Por tanto, el objeto del proceso penal se extiende ahora también a valorar la idoneidad del modelo adoptado por la corporación (ya que estos modelos eximen de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones). Hay un régimen doble de exención de responsabilidad de la persona jurídica, ya que uno será para los delitos cometidos por los administradores o dirigentes y otro para los cometidos por sus subordinados. Los modelos de organización y gestión deberán observar las condiciones y requisitos que establece el artículo 31 bis 2 y 5 del CP. Los modelos de organización y gestión deben dirigirse a que:

1.- La regulación de los modelos de organización y gestión deban interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica.

2.- El objeto de los modelos de organización y gestión no es solo para evitar la sanción penal de la empresa sino para promover una verdadera cultura ética corporativa (su eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen

en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento).

3.- Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones (con un modelo en el que se dice que cumple las condiciones y requisitos legales), podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación de la empresa pero esto no acredita su eficacia (tampoco sustituye la valoración que le compete al órgano judicial).

4.- Cualquier programa eficaz ha de hacerse con el inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía.

5.- La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redunde principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente.

6.- Se concede especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación (detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo).

7.- Si bien la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, este puede quedar seriamente entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal.

8.- Se valorará positivamente la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes y negativamente la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, o previas sanciones en vía administrativa.

9.- Las medidas adoptadas por la persona jurídica tras la comisión del delito pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento. Sin embargo, el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia, operarán en sentido contrario.

La composición del órgano responsable de cumplimiento normativo puede ser o bien un órgano personal o un órgano colectivo (el artículo 31 bis del CP se refiere a un órgano de la empresa, no a un organismo de la persona jurídica, por tanto, será la empresa la que decida según sus características o particularidades, qué tipo de órgano se adapta mejor a sus necesidades; tampoco aclara la ley si el órgano de cumplimiento normativo debe de estar dedicado en exclusiva a esa labor; en cuanto a que pueda ser un órgano interno o un órgano externo, la ley no impide que el servicio se externalice (si bien la sensación es que el legislador está más bien pensando en un control interno, ya que recoge la expresión de que debe ser un "órgano de la persona jurídica". Sin embargo, esto no impide la posibilidad de integrar en el órgano de supervisión y control a una persona independiente (ajena a la empresa) ya que de esa manera se puede garantizar mejor la independencia del órgano y, además, puede complementar los conocimientos específicos para desempeñar la labor que, por sí, no puedan aportar los miembros internos de la empresa.

Los modelos de organización y gestión deberán reunir las condiciones mínimas previstas en el artículo 31 bis 5 del CP:

1.- Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.- Establecer los protocolos o procedimientos concretando el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.- Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.- Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.- Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.- Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

La estructura de un programa de cumplimiento normativo tipo es la siguiente:

1.- Introducción: la sociedad definirá los objetivos del programa y la normativa aplicable para la definición del modelo.

2.- Ámbito de aplicación: indicación de las sociedades que están sujetas al cumplimiento del programa.

3.- Antecedentes: acciones que se han llevado a cabo con anterioridad a la aprobación y difusión del programa para el control interno o en materia de riesgos penales (distribución del código ético entre los trabajadores o políticas relacionadas con procedimientos de la sociedad).

4.- Plan de prevención de riesgos penales, el cual ha de tener el siguiente contenido:

a.- Mapa de riesgos: Identificación de los posibles delitos que la persona jurídica tiene riesgo de cometer, tanto los propios de la actividad concreta a la que se dedica, como los comunes, es decir, cualquier posible delito (el llamado *hard law*). También puede analizar aquellas infracciones administrativas que conllevan importantes sanciones (*soft law*). Una vez identificados es necesario llevar a cabo una priorización de los mismos en base a la criticidad del riesgo. Para ello se analizará la probabilidad de ocurrencia y el impacto que pueda tener en la persona jurídica.

b.- Mapa de procesos: Identificación de los procesos en los que pueden cometerse los delitos inventariados en el mapa de riesgos.

c.- Plan de acción: el cual debe recoger los siguientes aspectos:

c.1.- Riesgo Penal derivado del delito que potencialmente puede materializarse en la sociedad.

c.2.- Observación/Debilidad detectada en la organización relacionada con los mecanismos de control establecidos para la mitigación del Riesgo Penal.

c.3.- Recomendación/Oportunidad de mejora establecido para la mitigación de la posible consecuencia asociada al riesgo penal que pueda sucederse.

c.4.- Persona responsable que va a liderar la puesta en marcha de la acción, o bien departamento/área encargado de la misma.

c.5.- Plazo previsto para la implantación de la acción definida.

5.- Comunicación y Difusión del programa (formación e información): Es fundamental que tanto los responsables del modelo como el resto de la organización conozcan la normativa aplicable. Se definirá la vía de difusión del programa entre los trabajadores de la sociedad.

6.- Canal de denuncias: para asegurar el correcto cumplimiento del modelo, se deberán establecer vías de denuncia en caso de que un miembro de la sociedad detecte incumplimiento de dicho modelo por parte de otra persona de la organización.

7.- Modelo de respuesta: cuya finalidad es la correcta formación de la voluntad de la empresa respecto a las acciones a emprender en caso de posible comisión de un delito o riesgo de que se cometa, o incumplimiento del programa de cumplimiento, para la defensa de sus intereses teniendo en cuenta la normativa legal y su situación procesal.

8.- Revisiones periódicas y actualización del programa: tras las revisiones periódicas que se realicen sobre el modelo, como resultado de cambios en la organización o actividad de la sociedad, así como por cambios en la normativa

legal aplicable, el modelo debe ser actualizado. Deberán quedar definidos los órganos encargados de establecer y aprobar dichas actualizaciones así como los encargados de realizar su comunicación al personal de la empresa.

Por último, destacar el reciente Auto de 18 de abril de 2018 cuya importancia deriva de la atención que presta al análisis de la actuación de los órganos de Asesoría Jurídica y de Cumplimiento Normativo y al conocimiento directo que tenían de los requerimientos judiciales de sus clientes, investigados por procedimientos de blanqueo, fraude, contrabando, etc. Explica los defectos estructurales en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión de la persona jurídica investigada, que son los que se entiende más han favorecido el posible blanqueo y pueden permitir la atribución de responsabilidad a la entidad en cuestión. El Auto trata de dejar claro que tal responsabilidad penal no es objetiva, sino que exige comprobar una actuación irregular, un defecto de organización, una en cierto modo connivencia que permite el delito.

IV.- CONCLUSIONES.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España tiene su origen en decisiones marco de la Unión Europea las cuales han obligado a modificar nuestro ordenamiento penal para alcanzar un objetivo de armonización jurídica con los países comunitarios, al igual que ha ocurrido en el resto de estos países. La inclusión de esta responsabilidad penal de las personas jurídicas puede provocar la imposibilidad material de obtener financiación ajena, la pérdida de confianza de proveedores y clientes, el desprestigio del nombre comercial y la desmoralización de la plantilla. En definitiva, la quiebra.

Indudablemente este sistema de control a través del Corporate Compliance y el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no va a ser algo puntual ni coyuntural sino que se va a seguir desarrollando no sólo en la aplicación práctica, sino también en el desarrollo jurisprudencial que se irá produciendo como consecuencia de la casuística que se produce en la práctica empresarial, como consecuencia del establecimiento de los debidos controles sobre la actividad y sobre los empleados, si no quieren

exponerse los representantes y, administradores y trabajadores de las propias sociedades que representan, a graves y continuas eventualidades que corresponden y logren ser debidamente atendidas. Con el desarrollo legislativo actual es imprescindible para que las personas jurídicas salvaguarden su responsabilidad penal el que tengan implementado en la sociedad un manual de prevención de delitos ajustado a lo requerido en el Código penal, así como tener un órgano de supervisión y control encargado de que dicho modelo de prevención sea aprobado y debidamente ejecutado para evitar la comisión de posibles delitos en la sociedad.

La pederastia en la prensa escrita española

María del Mar Martín Aragón

Profesora de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

Raquel Pastor Yuste

Profesora de Sociología

Universidad de Cádiz

1.-Introducción

La presente investigación se encuadra dentro del Proyecto I+D+I de Excelencia “*Valoración de la eficiencia e impacto de la respuesta social y jurídica a la pederastia a partir del análisis criminológico*” (DER2015-67303-P) dirigido por la profesora María José Rodríguez Mesa, del que formamos parte un amplio equipo de trabajo integrado por personas de diversos campos de conocimiento: Sociología, Antropología, Derecho, Criminología, Ciencias Políticas. La pregunta de investigación principal a la que se pretende dar respuesta es: ¿Se adecúa la respuesta social y jurídica a la pederastia a la definición social y a la realidad criminológica del fenómeno? Con esta intención el proyecto se ha enfocado en tres grandes ramas de estudio: análisis jurídico (penal y penitenciario), propuesta político-criminal y análisis social y criminológico de la pederastia. Y es precisamente en este último ámbito en el que se contextualiza el presente estudio, que teniendo en cuenta la vocación multidisciplinar no solo del Proyecto I+D+I de Excelencia en el que se engloba sino también del ámbito criminológico, plantea analizar cómo el hecho delictivo, se convierte en “hecho noticioso”. Más concretamente, de qué forma los delitos relacionados con la pederastia se convierten en noticia, qué información es la que trasciende al medio escrito, qué realidad criminológica y delictiva se traslada a la ciudadanía, desde qué punto de vista se narra el hecho, qué calificativos se emplean para referirse a víctima y victimario, y por último pero no menos importante, qué imágenes acompañan al texto.

Es sabido que los medios de comunicación tienen como función principal informar, y por ende, acercar la realidad a la ciudadanía, pero no se puede soslayar el hecho de que además son generadores de opinión. Esto cobra especial importancia cuando nos referimos a hechos delictivos que afectan a la indemnidad sexual de los menores que además de revestir una especial gravedad provocan el máximo reproche y alarma social. Por otra parte, la posibilidad de que esta tipología delictiva provoque gran alarma social puede depender no tanto de su incidencia real basada en los índices de criminalidad cuanto de su exposición mediática, y esto último no solo al situar en primer término del debate público un determinado tema -“*agenda setting*”-, sino también por la forma en que es (re)presentado -“*framing*”- y/o construido-“*agenda building*”-.

Así, tal y como concluye SOTO NAVARRO, la atención mediática a los hechos delictivos no guarda relación con la criminalidad real, sino con acontecimientos sociales y políticos de otra índole que según la importancia que se les dé, sitúan en primer o en segundo plano a las noticias relacionadas con la criminalidad. También destaca cómo la mayoría de las noticias se refieren a homicidios y asesinatos, cuando la realidad de las estadísticas oficiales muestra que estos delitos son los que menos representación tienen en nuestro país¹³³, tal y como sucede con los delitos relacionados con la pederastia. En este mismo sentido, VARONA GÓMEZ, señala que “*las noticias sobre delincuencia que copan la información son aquéllas en las que predomina la violencia y el dramatismo, inflándose con ello artificialmente la magnitud del problema real de la delincuencia*”¹³⁴.

En este sentido, según los últimos datos del Ministerio del Interior del total de infracciones penales conocidas en el territorio nacional en 2016 (2.009.690), tan solo el 0,54% (10.844) se correspondían a delitos contra la libertad e indemnidad sexual¹³⁵. Del mismo modo, la estadística más reciente de Instituciones Penitenciarias correspondiente a mayo de 2018¹³⁶ muestra que tan solo un 6,6%

¹³³SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005/7, p. 13.

¹³⁴VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2011/1, p. 18

¹³⁵Disponible en <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/> (fecha de última consulta: 12.07.2018)

¹³⁶ Disponible en <http://www.institucionpenitenciaria.es> (fecha de última consulta: 12.07.2018)

de las personas internas están condenadas por delitos contra la libertad sexual. Si tenemos en cuenta estos datos desde un punto de vista meramente cuantitativo, los delitos contra la indemnidad sexual de los menores no representan un problema en cuanto a su incidencia, sobre todo si lo comparamos con los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico con casi un 40% de personas cumpliendo condena¹³⁷.

Esto pone de manifiesto lo que ya destacara FUENTES OSORIO; la sobredimensión y distorsión que los medios de comunicación hacen del fenómeno criminal y de manera acertada señalaba como esta falta de correlación entre la realidad y la información presentada *“contribuyen a la aparición y al refuerzo de errores cognitivos en el auditorio (p.e. respecto a la probabilidad de ser víctima del delito)”*. Así, señala dos herramientas fundamentales de las que se valen los medios para crear una percepción concreta del hecho delictivo en la sociedad. Por un lado la importancia que se da a los hechos delictivos según su tipología: así se da mayor cobertura a delitos susceptibles de causar mayor impresión en la sociedad -como los delitos contra la vida o la libertad sexual- y por otro la narración concreta que se hace del hecho: desde una posición alarmista y conmovedora o *“fría y tranquilizadora”*. Por el contrario pone de manifiesto como las noticias relacionadas con aspectos positivos en el ámbito de la delincuencia, tales como sentencias absolutorias o los índices de resocialización tienen menor importancia¹³⁸. En este mismo sentido, ROPERO CARRASCO señala que este tipo de delitos no constituyen en sí mismos un *“fenómeno tan novedoso, sino que la novedad parece estar más bien en el aumento del interés por acabar con la relativa impunidad de estos hechos de una manera más eficaz”*¹³⁹.

De acuerdo con esto, los delitos contra la indemnidad sexual de los menores son susceptibles de causar un mayor impacto en la sociedad por dos motivos: la importancia del bien jurídico protegido y la especial vulnerabilidad

¹³⁷ Disponible en <http://www.institucionpenitenciaria.es> (fecha de última consulta: 12.07.2018)

¹³⁸FUENTES OSORIO, J.L., “Los medios de comunicación y el Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005/7, *pássim*.

¹³⁹ROPERO CARRASCO, J., “Reformas penales y política criminal en la protección en la indemnidad sexual de los menores. El proyecto de 2013”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIV/2014, p.233.

de la víctima por razón de su edad. Sin embargo ambos extremos, bien jurídico y edad, no han sido conceptos pacíficos en su determinación.

Con respecto a la definición de indemnidad sexual, recientemente la STS de la Sala II de lo Penal (Sección 1ª), de 11 de enero de 2017, núm. 988/2016, ha entendido que *“equivale a la intangibilidad, constituyendo una manifestación de la dignidad de la persona y tutelando el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo”*. Sin embargo, un importante sector de la doctrina ha manifestado su desacuerdo con esta definición, por un lado por considerar que no tiene entidad propia y que debe ser entendida en relación a la libertad sexual¹⁴⁰ y por otro por no considerar adecuada su identificación con el concepto de intangibilidad¹⁴¹. GONZÁLEZ AGUDELO señala acertadamente que se sustituye el *“derecho por conceptos abstractos e indeterminados que en principio deben funcionar como salvaguarda del derecho hasta que el menor tenga capacidad para ejercerlo directamente”*¹⁴². En cambio, otro sector entiende que la indemnidad sexual tiene contenido propio e independiente del de la libertad sexual¹⁴³. Por su parte DOLZ LAGO destaca la importancia de considerar *“la protección de la infancia en el ámbito de los delitos sexuales [...] como un bien jurídico colectivo, en sí mismo considerado, con independencia de las vulneraciones que se produzcan singularmente en el bien jurídico protegido individual de los/as niños/as víctimas [...]”*¹⁴⁴.

En lo que se refiere a la edad, hasta la reforma efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, las personas menores de edad pero mayores de 13 años estaban facultadas para emitir un consentimiento válido en cuanto a su

¹⁴⁰DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, 6/2000, pp. 69-101.

¹⁴¹GARCÍA ALBERO, R.M., “El nuevo delito de la corrupción de menores: artículo 189.3”, en *Revista de derecho y proceso penal*, 3/2000, pp.65-116.

¹⁴² GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016/18-15, pp. 2-3.

¹⁴³MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp.183 y ss; ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.20.

¹⁴⁴DOLZ LAGO, M.J., “Los delitos de pederastia”, en *Diario La Ley*, 2010/7534, p.1.

decisión de mantener relaciones sexuales y por lo tanto disponían de libertad. Sin embargo con la LO 1/2015 ese límite se elevó hasta los 16 años, como consecuencia, según el propio Preámbulo de la ley, de la adaptación de la Directiva europea 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo y de la sugerencia de reforma del código penal efectuada por el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. Todo ello con la intención de “mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil”¹⁴⁵. Efectivamente, dicho Comité en su informe, manifestó preocupación por la “edad relativamente baja”¹⁴⁶ y la posibilidad de que esto facilitara la explotación sexual de los niños y las niñas. No obstante, el límite de 16 años ha parecido demasiado elevado y tachado de poco adecuado a la realidad social, ya que la edad de inicio en las relaciones sexuales cada vez es más temprana tal y como ponen de manifiesto los estudios empíricos sobre este asunto¹⁴⁷.

Desde un primer momento, varios fueron los grupos políticos que manifestaron su oposición a esta medida. Entesa Catalana de Progrès¹⁴⁸ y

¹⁴⁵ Apartado XII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁴⁶ En *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 12 del protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, apartado IV. *Prevención de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (artículo 9, párrafos 1 y 2), subapartado 23, medida 24, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=ES&Lang=EN, fecha de última consulta: 06.08.2018).

¹⁴⁷ Según ALFARO GONZÁLEZ, M., VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.E., FIERRO URTURI, A., MUÑOZ MORENO, M.F., RODRÍGUEZ MOLINERO, L., GONZÁLEZ HERNANDO, C., y cols., “Hábitos sexuales en los adolescentes de 13 a 18 años”, en *Revista Pediatría Atención Primaria*, 2015; 17:217-25 (publicación oficial de la Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria), disponible en [http://archivos.pap.es/FrontOffice/PAP/front/Articulos/Articulo/_IXus5l_LjPq4RQcxodpCfW9_C9cZPZ1g\(fecha](http://archivos.pap.es/FrontOffice/PAP/front/Articulos/Articulo/_IXus5l_LjPq4RQcxodpCfW9_C9cZPZ1g(fecha) de última consulta: 08.08.2018): “La edad de inicio de las relaciones sexuales completas se sitúa entre los 15 y 16 años (50,9%). Es significativa la mayor frecuencia de inicio de las relaciones en este intervalo de edad de las chicas (58%) frente a los chicos (45,4%) ($p<0,001$). Un 18,8% inician las relaciones entre los 13 y 14 años, por encima de los 17 años el 13,9% y con menos de 12 años el 8,4%. Según curso, es significativo ($p<0,001$) que los alumnos de cursos inferiores refieran que inician las relaciones completas más precozmente que los alumnos de cursos superiores. Así, el 35,7% de los alumnos de 2.º de la ESO declara que ha tenido su primera relación coital con 12 años o menos frente al 2,8% de los alumnos de 2.º de Bachillerato”.

¹⁴⁸ “Estamos totalmente en desacuerdo en la elevación de la edad de consentimiento sexual, de 13 a 16 años, criminalizando en exceso una realidad social y, además, teniendo en cuenta que el Código Civil establece

UPyD¹⁴⁹ resaltaban la falta de coherencia de establecer la edad de consentimiento sexual en los 16 años cuando el Código Civil permitía¹⁵⁰ el matrimonio a los 14, y del mismo modo que el Grupo Socialista¹⁵¹, coincidían en fijar el nuevo límite en 14 años. También el Consejo General de la Abogacía Española proponía reconsiderar esta elevación fundamentándose en que la misma no había podido “*ser objeto de consideración de los preceptivos Informes del Consejo General del Poder Judicial, ni siquiera del último de ellos, a cargo del Consejo de Estado, al incorporarse directamente al Proyecto definitivo*”¹⁵².

Desde la doctrina, también se pone de manifiesto como la judicialización a la hora de ejercer un derecho fundamental podría afectar al adecuado desarrollo de las personas menores de edad¹⁵³. Pero además tampoco se puede olvidar el importante efecto criminógeno que conlleva el establecimiento de normas penales contrarias a la realidad social, “*pues al convertir en delito conductas que socialmente son aceptadas por no presentar un contenido específico de lesividad, - excepto si se miran desde un determinado punto de vista moral-, la norma no es efectiva y pierde legitimidad, pero al estar vigentes, convierten en criminal a todo aquel que contraríe la normal moral subyacente a la prohibición [...]*”¹⁵⁴.

que se pueden celebrar matrimonios a partir de los 14 años” en <http://www.elmundo.es/espana/2015/02/19/54e630adca47411a418b456d.html>, (fecha de última consulta: 07.08.2018)

¹⁴⁹ “Si se aprueba el Código Penal se pasa de los 13 a los 16 la edad para el consentimiento. Sin embargo, en el Código Civil está previsto que se pueda casar una niña con 14 años. ¿Qué pasa que hasta los 16 años hay que ser amiguitos o si estás casado estás exento del Código Penal? ¿Cada vez que quieras establecer una relación sexual con tu marido pides permiso a un juez? ¿Van a poner un artículo? Si no dice nada será un delito. Por debajo de 16 es delito. A partir de 14 te puedes casar. No hay coherencia y no tiene sentido”, en https://www.telecinco.es/informativos/sociedad/Justicia-consentimiento-PSOE-UPyD-desmesurado_0_1924650595.html (fecha de última consulta: 07.08.2018)

¹⁵⁰ La Ley 15/2015 de 3 de julio de jurisdicción voluntaria modificó el artículo 48 del Código Civil eliminando la posibilidad de que el Juez dispense el impedimento de edad para contraer matrimonio.

¹⁵¹ “Como están haciendo la mayoría de los ordenamientos cercanos”, “mantener el principio de respeto y garantía de la libertad sexual de las personas de 14 y 15 años, cuando actúan con consentimiento libre y voluntario” en <http://www.elmundo.es/espana/2015/02/19/54e630adca47411a418b456d.html>, (fecha de última consulta: 07.08.2018)

¹⁵² Consejo General de la Abogacía Española, *Enmiendas que presenta el Consejo General de la Abogacía Española al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, enmienda 77, página 22.

¹⁵³GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, cit., p.4.

¹⁵⁴GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, cit., pp.9-10.

2.- Delimitación conceptual de la pederastia

La aproximación a la pederastia como objeto de estudio necesita, en primer lugar, una delimitación clara en cuanto a su concepto, ya que al no existir en el CP la categoría “delito de pederastia”, vamos a incluir numerosas conductas delictivas relacionadas con el ataque a la indemnidad sexual de las personas menores de edad.

En primer lugar, cabe diferenciar la pedofilia de la pederastia. Así, la *American Psychiatric Association* incluye la pedofilia como un “trastorno parafílico” dentro de su Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V) y recoge tres rasgos que deben darse en la persona para poder ser diagnosticada bajo este trastorno. Dichos criterios incluyen la existencia de fantasías sexuales recurrentes que causan gran excitación, deseo sexual o comportamientos que implique actividad sexual con niños y/o niñas preadolescentes (normalmente de 13 años o menores de esta edad) durante un período de al menos 6 meses además de una notable angustia o dificultades interpersonales provocadas precisamente por estos deseos sexuales o como reacción a los mismos. Como último requisito se incluye una referencia a la edad, de manera que para que se considere la existencia de este trastorno, es necesario que la persona que lo experimenta, tenga al menos 16 años de edad y sea al menos 5 años mayor que la persona que le genera dicho deseo, fantasía o idea.

En cambio, el concepto pederastia engloba toda una serie de actos delictivos de carácter sexual que se llevan a cabo sobre menores de cierta edad. En este sentido DOLZ LAGO entiende que la pederastia se debería entender no solo como el abuso de índole sexual sobre una niña o un niño concreto sino que debería incluir además “*todas aquellas conductas que favorecen, facilitan o promueven estos abusos*”¹⁵⁵.

En efecto, el Código Penal español tras las últimas reformas llevadas a cabo a través de las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015, recoge en el Capítulo II bis titulado “*de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*” una gran variedad de conductas típicas muy dispares entre sí. De esta forma, tal y como acertadamente señala GONZÁLEZ AGUDELO “*la pederastia pasa de ser una parafilia*

¹⁵⁵DOLZ LAGO, M.J., “Los delitos de pederastia”, cit., p.1.

[...] que admite una aproximación científica y la delimitación de elementos típicos en el delito con base en la inmadurez el engaño, la violencia o el prevalimiento, a tipificarse a partir de elementos abstractos e indeterminados, definidos a partir de juicios morales, que lastran cualquier aproximación objetiva [...]”¹⁵⁶.

En este sentido, en nuestro estudio, para el tratamiento empírico y tematización de los delitos relacionados de pederastia se han tomado como referencia para elaborar los códigos de la variable tematización los siguientes delitos: abuso sexual (art.183.1), agresión sexual (art. 183.2), violación (art. 183.3), corrupción de menores (art. 183 bis), *online childgrooming* (art. 183 ter 1), *sexting* (art. 183 ter 2). Finalmente, se incluyen dos delitos, que a pesar de no estar recogidos en el Capítulo II bis se encuentran indefectiblemente relacionados con la pederastia, como son exhibicionismo (art.185 CP) y pornografía infantil (art. 189.1.b).

3.- Metodología

Así se aborda en este estudio el análisis cualitativo de las noticias relacionadas con la pederastia en la edición digital de 4 periódicos de tirada nacional de distintas ideologías como son La Vanguardia, ABC, El País y el Mundo para el año 2017. Posteriormente, el diario ABC tuvo que ser eliminado, ya que en el momento en que se desarrolló el estudio aún no se encontraban disponibles las noticias para el año 2017 en su página web. Posteriormente se estableció como criterios de búsqueda además del año 2017, la palabra “pederastia”. Al delimitar la búsqueda mediante dicho concepto, se sabía desde un principio que muchas noticias relacionadas con este fenómeno quedarían fuera de los resultados, como aquellas que recogieran el término “abuso sexual de menores” por ejemplo. Sin embargo, dado que el objetivo principal de la investigación era analizar cómo el fenómeno criminal se traducía en hecho noticioso, se seleccionó dicho concepto con la clara intención de observar y analizar de qué manera y en qué contextos los medios de comunicación utilizan

¹⁵⁶GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, cit., p.10.

este vocablo, que además de tener un carácter más peyorativo implica una mayor carga punitiva y genera mayor reproche social.

Estos criterios de búsqueda arrojaron un total de 250 noticias. Posteriormente, se procedió a refinar y ajustar las noticias encontradas eliminando aquellas que no guardaban relación alguna con el objetivo de la investigación, como por ejemplo aquellas en las que simplemente se mencionaba la palabra pederastia pero no se informaba de ningún caso concreto. De esta forma, el total de noticias que se ajustaban al objeto de la investigación se redujo a 95. Para proceder a su estudio, se utilizó el programa de análisis cualitativo de datos *atlas.ti 8* mediante un sistema basado en un libro de códigos donde la pederastia como hecho noticioso se analiza de acuerdo a cuatro dimensiones principales: makers, delito, persona victimaria y víctima con sus correspondientes indicadores y categorizaciones (tabla 1).

Tabla 1. Propuesta analítica para el estudio del hecho delictivo como hecho noticioso: Dimensiones, indicadores y categorización

Dimensiones	Indicadores	Categorización
Makers (periódicos)	Género periodístico	Noticia
		Reportaje
		Entrevista
		Opinión
	Imagen	Víctima
		Persona victimaria
		Simbólica
		Instituciones Públicas
	Marco de referencia	Nacional
		Internacional
	Orientación	Al tema

		Al asunto concreto
	Tratamiento periodístico	Información
		Interpretación
Delito	Espacios	Deportes y campamentos
		Iglesia
		Escuela
		Familia
		TICs
		Prostitución
		Otros
	Fuente	Víctima (o familiares)
		Persona victimaria (o familiares)
		Instituciones
	Seguimiento	Condena
		Investigación
		Absolución
	Tematización	Abuso sexual
		Agresión sexual
		Corrupción de menores
		Exhibicionismo
		On-line childgrooming

		Pornografía infantil
		Violación
		Sexting
Persona victimaria	Datos personales	Sexo
		Edad
		Nombre (iniciales o completo)
	Adjetivos	Peyorativo
		Estado procesal
	Relación con la víctima	Relación desconocida
		Persona conocida
		Persona desconocida
	Modus operandi	Recogido
		No recogido
	Testimonio	Recogido
		No recogido
	Mujer indirectamente implicada	Recogido
		No recogido
Víctima	Datos personales	Sexo
		Edad
		Nombre (iniciales o completo)
	Adjetivos	Económico
		Vulnerabilidad
		Relación desconocida

	Relación con la persona victimaria	Persona conocida
		Persona desconocida
	Testimonio	Relato de los hechos
		Emocional

Fuente: elaboración propia

Durante el desarrollo del proceso de codificación se detectaron dificultades metodológicas que es importante destacar. En lo que respecta a la tematización del hecho delictivo, aunque el delito es entendido y construido en nuestro estudio en base a la definición ofrecida por el Código penal, en numerosas ocasiones las noticias hacían referencia a un tipo delictivo en su titular que no se correspondía en el relato de los hechos con su definición legal correspondiente. También, es necesario subrayar que en algunas ocasiones en el titular se menciona un delito que en el cuerpo del texto cambia, siendo así que el relato de los hechos sigue siendo el mismo. Por ejemplo, se encontraron titulares relativos a “abuso sexual” que en la narración de los hechos eran denominados como “agresión sexual”. De manera que teniendo en cuenta que la finalidad primordial de nuestra investigación era analizar la narración del hecho delictivo como noticioso, se entendió que debía primar la conceptualización periodística que se daba al delito y puesto que la parte de la noticia que más impacta en la ciudadanía es el titular, la codificación de las noticias se hizo en base a su titular en caso de incongruencia conceptual entre titular y cuerpo, sin tener en cuenta que en el cuerpo de la misma podía aparecer el delito con otro nombre y que ambos conceptos podrían no corresponderse con su calificación penal. Sin embargo, ciertas noticias pueden aparecer codificadas con distintos temas por tratarse de un caso de concurso en el que el sujeto haya cometido varios delitos, donde primará de nuevo, la denominación periodística y no la jurídica. Esto resultaba bastante habitual en noticias centradas en la pederastia como fenómeno criminal más que en un hecho delictivo concreto. Para analizar convenientemente estos casos, se optó por codificar cada caso recogido en la misma noticia de manera individual. No obstante, si el lugar de los delitos era el mismo, se

codificaba como uno solo y no varios, ya que el objetivo de esta investigación es saber cómo se transmiten estas noticias, no cuantificarlas. En cambio, las víctimas y las personas victimarias sí se codificaban de manera independiente para permitir una mejor aproximación a la narración que la prensa hace del hecho criminal, ya que no es lo mismo informar sobre tres víctimas y tres victimarios diferentes que simplemente hacerlo de un grupo.

Finalmente es necesario destacar que en los casos de pornografía infantil es muy común encontrar un grupo de personas victimarias, bastante amplio de hecho, de manera que las edades y las referencias a los nombres se codifican en conjunto y no uno a uno, ya que lo que interesa a este estudio es si se proporciona o no dicha información y no la edad concreta, al no ser este un estudio de análisis del perfil criminal.

4.- Resultados y conclusiones

Así pues, analizadas dichas noticias según la metodología indicada, el “caso tipo” del que la prensa se hace eco sería una noticia, con una fotografía de la persona victimaria, dirigida al acontecimiento concreto, de carácter informativo, en la que se haría referencia al estado procesal de la persona victimaria que sería un hombre cuya vinculación con la víctima sería de carácter religioso, indicándose su edad, nombre completo y modus operandi, donde la víctima sería un grupo de menores de edad de sexo no especificado de los que se indicaría simplemente la edad, en la que trataría de un abuso sexual que habría tenido lugar en el ámbito eclesiástico, denunciado por la propia víctima y con la persona victimaria detenida.

Queda claro que los casos que mayor eco tienen en la prensa son aquellos que tienen lugar en el ámbito eclesiástico. En concreto durante el período y en los medios analizados tuvo especial presencia el denominado “Caso Romanones” que recibía el nombre del sacerdote Román Martínez principal investigado por un delito de abusos sexuales, del que finalmente acabó siendo absuelto. Resulta especialmente interesante analizar este caso, ya que mientras tan solo 2 noticias se hicieron eco de su absolución (una de ellas haciendo referencia al fallo de la Audiencia de Granada en el que se le declaraba inocente y otra en la que se

indicaba que el Vaticano había reincorporado a tres sacerdotes, incluido Román Martínez) un total de 8 noticias se refirieron al caso y tan solo se dedicó una noticia a destacar la retirada de cargos por parte de la Fiscalía. De esta forma se confirma lo que ya se señalara al inicio de este trabajo, las noticias relativas a los aspectos positivos del ámbito delictivo tienen escaso recorrido mediático mientras que las que crean una mayor alarma social son objeto de un amplio seguimiento¹⁵⁷.

La imagen que transmite la prensa del hecho delictivo en gran parte se basa en los calificativos que emplee para referirse a la persona victimaria y a la víctima. Por eso, resulta especialmente interesante para este estudio analizar de manera individual los concretos calificativos de la persona victimaria con contenido peyorativo y/o alarmante ("*monstruo*", "*depredador sexual*") así como los calificativos que incrementan esa percepción de la vulnerabilidad de la víctima que se han empleado en los documentos analizados. Del mismo modo, resulta interesante analizar la ubicación de dichos calificativos, puesto que el impacto es mayor si se ubica en el titular que en el cuerpo de la noticia o en un pie de foto. A la luz de los datos, resulta evidente que la localización habitual de los calificativos con contenido peyorativo y/o alarmante con respecto al victimario tiende a ser el titular, elemento del documento que más impacto tiene sobre la persona lectora y que es susceptible de crear una opinión preconcebida con respecto al hecho antes de entrar a conocer los elementos y detalles del mismo. El caso de los calificativos relativos a la especial vulnerabilidad de la víctima ("*la cría*", "*la pequeña*") es totalmente opuesto, salvo uno de los casos, el resto se ubican todos en el cuerpo del documento. De este modo parece que la intención periodística recae más en incrementar el reproche social sobre la persona que comete el delito, someter a ese "castigo público" o "juicio mediático paralelo" que destacar la situación de necesidad de especial protección en que se encuentran las personas menores que son víctimas de este tipo de delitos. Esta posición es coherente con la actual política criminal que impera en nuestro país donde el acento siempre ha recaído más en castigar a la persona victimaria que en procurar una correcta atención a las víctimas, tal y como pone de manifiesto

¹⁵⁷FUENTES OSORIO, J.L., "Los medios de comunicación y el Derecho Penal", cit., *pássim*

que nuestro Código Penal actual date de 1995 y el Estatuto de las Víctimas de 2015.

El “mito del populismo punitivo” corre el riesgo de convertirse en una realidad si se alimenta la transmisión del hecho delictivo en estos términos donde el acento se hace recaer en el rechazo que puede suscitar la acción como consecuencia de la imagen que de la misma den los medios más que en la necesidad de atender a las víctimas y los medios preventivos para evitar que este tipo de conductas se produzca.

Queda de manifiesto entonces, que en la economía informativa reporta muchos más beneficios informar sobre noticias relacionadas con delincuencia grave, el mal funcionamiento de la justicia o los índices de reincidencia que sobre los programas de tratamiento que se llevan a cabo en prisión, las víctimas que logran reinsertarse socialmente o las sentencias absolutorias que se dictan a diario. La noticia que “vende” es la relacionada con los aspectos más macabros de la delincuencia, así que esa es la información que suministran los medios diariamente a pesar de que esas manifestaciones constituyan una excepción dentro de las tendencias delictivas del país.

5.- Bibliografía

ALFARO GONZÁLEZ, M., VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.E., FIERRO URTURI, A., MUÑOZ MORENO, M.F., RODRÍGUEZ MOLINERO, L., GONZÁLEZ HERNANDO, C., y cols., “Hábitos sexuales en los adolescentes de 13 a 18 años”, en *Revista Pediatría Atención Primaria*, 2015; 17:217-25

Consejo General de la Abogacía Española, *Enmiendas que presenta el Consejo General de la Abogacía Española al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, 6/2000

DOLZ LAGO, M.J., “Los delitos de pederastia”, en *Diario La Ley*, 2010/7534

FUENTES OSORIO, J.L., “Los medios de comunicación y el Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005/7

GARCÍA ALBERO, R.M., "El nuevo delito de la corrupción de menores: artículo 189.3", en *Revista de derecho y proceso penal*, 3/2000

GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016/18-15

MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

ROPERO CARRASCO, J., "Reformas penales y política criminal en la protección en la indemnidad sexual de los menores. El proyecto de 2013", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIV/2014

SOTO NAVARRO, S., "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005/7

VARONA GÓMEZ, D., "Medios de comunicación y punitivismo", en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2011/1

6.- Webgrafía

<http://www.elmundo.es/espana/2015/02/19/54e630adca47411a418b456d.html>

https://www.telecinco.es/informativos/sociedad/Justicia-consentimiento-PSOE-UPyD-desmesurado_0_1924650595.html

<http://www.elmundo.es/espana/2015/02/19/54e630adca47411a418b456d.html>

<https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/>

<http://www.institucionpenitenciaria.es>

<http://www.institucionpenitenciaria.es>

La delimitación de la nueva imprudencia “menos grave” en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 CP, tras la reforma del código por la lo 1/2015, de 30 de marzo

Luis Rodríguez Moro

Profesor Ayudante Doctor

Universidad de Cádiz

Entre las reformas operadas en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, merece un específico análisis la nueva regulación otorgada a la imprudencia delictiva. La modificación tiene que ver con su clasificación en cuanto a su gravedad, pues una de las dos categorías de imprudencia ha variado, al menos, de adjetivación. Antes de la reforma, los delitos de homicidio y lesiones sancionaban, en los arts. 142 y 152 CP, los cometidos por imprudencia *grave* y por imprudencia *leve*. Esta segunda categoría desaparece para dejar hueco a la llamada imprudencia *menos grave*. Este trabajo se centra en conceptualizar esta nueva categoría de imprudencia y delimitar su espacio de acción con respecto a la *grave*, aun prevista en el Código, y la *leve* (o una aún más “leve”), que expresamente se reconduce al ámbito civil, tal y como indica el Preámbulo de la ley reformadora. Es una cuestión importante, pues de la determinación de una u otra clase de imprudencia se hace depender el reenvío del enjuiciamiento de un comportamiento a la vía civil o a la penal y, de optar por la segunda, que se apliquen sanciones bien distintas en función de la graduación que se haga.

Con respecto a su gravedad, la clasificación de la imprudencia se aprecia en los artículos 142 y 152 CP. El primero alberga en dos apartados el delito de homicidio imprudente. El segundo recoge, también en dos apartados, las lesiones cometidas por imprudencia. En los primeros apartados de ambos preceptos se recogen tales delitos cuando son cometidos por imprudencia *grave* y en los segundos cuando lo son por imprudencia *menos grave* –únicos delitos en los que

se prevé esta segunda categoría-. Estas son las dos clases de imprudencia reconocidas expresamente en el Código Penal.

Con respecto a la imprudencia *grave*, el art. 142. 1 CP señala que el *“que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de 1 a 4 años”*. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido *“utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 1 a 6 años”*. Por su parte, el art. 152. 1 CP castiga la comisión de las lesiones cometidas con este tipo de imprudencia *grave* *“1.º Con la pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 18 meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del art. 147; 2.º Con la pena de prisión de 1 a 3 años, si se tratare de las lesiones del art. 149; y 3.º Con la pena de prisión de 6 meses a 2 años, si se tratare de las lesiones del art. 150”*. A continuación, señala que *“si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 1 a 4 años”*¹⁵⁸.

En cuanto a la imprudencia *menos grave*, el apartado 2 del art. 142 CP señala que *“el que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de 3 meses a 18 meses”* y que *“si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también (de forma potestativa) la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 3 a 18 meses”*. Con respecto, al delito de lesiones, el apartado 2 del art. 152 CP señala que *“el que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los arts. 149 y 150 será castigado con una pena de multa de 3 meses a 12 meses”*, y que *“si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a*

¹⁵⁸ El art. 147.1 CP recoge el tipo básico de lesiones dolosas: las que menoscaban la integridad corporal o salud física o mental y requieran para su sanidad asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico. El art. 149 CP un tipo agravado que castiga al que causara a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, así como al que causara a otro una mutilación genital. El art. 150 CP otro tipo agravado, aunque con una pena más reducida, en el que se castiga al que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad.

motor o un ciclomotor, se podrá imponer también (potestativa) la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año”¹⁵⁹.

Atendiendo a las modificaciones producidas, pudiera parecer que las novedosas figuras delictivas de imprudencia *menos grave*, recogidas como *delitos leves*, de los arts. 142.2 y 152.2 CP constituyen delitos de nueva creación, ya que terminológicamente esta categoría de imprudencia es nueva en el Código. Fue introducida por la citada LO 1/2015, de 30 de marzo, aunque ello ha sido consecuencia de la voluntad general de la citada reforma de eliminar las faltas del ordenamiento penal. Pero, aunque formalmente hayan desaparecido las faltas, y el Libro III CP que las albergaba, lo cierto es que no han desaparecido del Código todos los comportamientos que dichas faltas recogían. Algunas reaparecen como delitos leves, como nuevos delitos menos graves o se integran en los supuestos de hecho de delitos menos graves ya existentes¹⁶⁰. Por tanto, cabe reflexionar sobre si los nuevos delitos de homicidio y lesiones por imprudencia *menos grave* son figuras de nueva creación o solo una reubicación de las derogadas faltas de homicidio y lesiones cometidas por imprudencia *leve* del derogado art. 621 CP, que vendrían a “reaparecer” o a ocupar este “nuevo lugar” en las correlativas figuras de homicidio y lesiones cometidas por imprudencia *menos grave*. El art. 621.2 CP castigaba a los que por imprudencia *leve* causaren la muerte de otra persona (con multa de 1 a 2 meses), y en su apartado 3 a los que por imprudencia *leve* causaran (cualquiera) lesión constitutiva de delito (con multa de 10 a 30 días), supuestos para los que se abría la posibilidad de imponer

¹⁵⁹ Véase que al delito de lesiones imprudentes, que se caracteriza por un especial desvalor de acción cifrado en el actuar “imprudente”, se le da vital importancia al desvalor de resultado, del cual se hace depender que puedan ser sancionados o no: las cometidas con imprudencia *grave* han de ocasionar las lesiones de los arts. 147.1, 149 o 150 CP y las cometidas con imprudencia *menos grave* las lesiones de los arts. 149 y 150 CP. Vid. DOVAL PAIS, A., “Homicidios y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º. 119, 2016, p. 2; HAVA GARCÍA, E., “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grande eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena”, en *Indret*, Barcelona, abril 2017, p. 30, nota 87; y LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., “El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código penal”, *Diario La Ley*, n.º 8600, 8 septiembre 2015, p. 1737. Vid. las SSAP de Burgos 34/2017, de 30 de enero, de Santander 229/2016, de 26 de abril; y de A Coruña 274/2015, de 31 de julio.

¹⁶⁰ Vid., sobre qué faltas se eliminan, se transforman en delitos o en infracciones no penales, FARALDO CABANA, P., “La despenalización”, cit., pp. 4-7.

la pena de privación del derecho a conducir (de 3 meses a 1 año) si el hecho se cometiera usando uno de estos vehículos. La cuestión a determinar es si la nueva imprudencia *menos grave* constituye una nueva categoría de imprudencia o si solo constituye una nueva forma de llamar a la antigua imprudencia *leve* -producto de la derogación de las faltas y la reubicación de algunas de ellas entre los delitos-, manteniendo el mismo contenido y extensión.

El problema deriva de que el Código Penal no define en su articulado las dos categorías de imprudencia. Ni ahora ni antes de la reforma. El Preámbulo de la LO 1/2015 que introdujo la imprudencia *menos grave* tampoco lo hace. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que lo han ido estableciendo. Partimos de que el comportamiento imprudente es aquel con el que no se quiere realizar el resultado típico, pero que finalmente se produce por la infracción de un deber de cuidado, esto es, por la inobservancia de un cuidado objetivamente debido para el desarrollo de una actividad social -fruto de una impericia, un descuido o un obrar arriesgado- que evidencia que el resultado de aquel hecho típico fuera, o al menos debiera ser, previsible *ex ante*, y que se hubiera podido evitar actuando según la norma de cuidado¹⁶¹.

La doctrina y jurisprudencia han establecido la diferencia entre las antiguas imprudencia *grave* y *leve* en el desvalor de acción, esto es, en la gravedad objetiva del comportamiento infractor de la norma de cuidado, esto es, en la gravedad objetiva del riesgo no permitido generado¹⁶². Ello se medirá con base en la importancia de la norma de cuidado infringida, en función de la valoración social del riesgo, según sean ámbitos que admiten ciertos grados de riesgo

¹⁶¹ Vid., sobre el concepto de delito imprudente, GIL GIL, A., "Artículo 12", en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo I. Parte General. Artículos 1-137*. Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 152-162; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., pp. 292-293; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal. Adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*. Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 433-440; y RAMOS TAPIA, I., "Delito de acción: la tipicidad (III)", en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (3ª edición). Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (3ª ed.), pp. 126-127.

¹⁶² Vid. CORCOY BIDASOLO, M., *El delito*, cit., pp. 367-368; DOVAL PAIS, A., "Homicidios", cit., p. 10; HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia*, cit., pp. 179-181; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General*, cit., p. 444; y TERRADILLOS BASOCO, J.Mª., "Homicidio y sus formas", en TERRADILLOS BASOCO, J.Mª. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I* (2ª ed.). Iustel, Madrid, 2016, p. 19.

permitido o no¹⁶³. Y también con el grado de probabilidad objetiva del resultado típico, el grado de previsibilidad individual de dicho resultado¹⁶⁴, la importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si el bien jurídico es más importante)¹⁶⁵ y la utilidad social derivada de la realización del riesgo según las circunstancias que se den. Así mismo, el objetivo deber de cuidado ha de subjetivarse conforme a los conocimientos, habilidades y capacidades especiales del autor con relación al contenido del concreto riesgo (una misma infracción puede ser más grave si la comete un sujeto con cualidades o habilidades especiales)¹⁶⁶.

En la práctica, la imprudencia *grave* se ha identificado con aquella con alta previsibilidad de lesión por suponer la omisión absoluta de las preocupaciones o medidas de cuidado debido en el desarrollo de una actividad o, al menos, las más elementales, que son exigidas a todas las personas, incluso a los menos diligentes. La imprudencia *leve* se identificaría con aquella que se aprecia en la infracción de una norma de cuidado debido no elemental, o en una infracción leve de una norma de cuidado elemental, siempre que sea una actividad no muy peligrosa o una actividad peligrosa respecto de la que se adoptan algunas medidas de control aunque insuficientes¹⁶⁷. Y ello sin obviar que el comportamiento imprudente de la víctima puede implicar, si contribuye de un modo causal en el resultado producido, una degradación de la imprudencia, pues resulta menos evitable el riesgo¹⁶⁸. Esta vieja conceptualización de la

¹⁶³ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 295.

¹⁶⁴ HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia*, cit., pp. 187-189.

¹⁶⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito*, cit., pp. 367; HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia*, cit., pp. 184-186; RAMOS TAPIA, I., "Delito", cit., p. 129; y TERRADILLOS BASOCO, J.M^a., "Homicidio", cit., p. 19. Vid. las SSTS 26/2010, de 25 de enero, 168/2008, de 29 de abril, y 2235/2001, de 30 de noviembre.

¹⁶⁶ Vid., sobre esta cuestión, DOVAL PAIS, A., "Homicidios", cit., p. 10; HAVA GARCÍA, E., "Responsabilidad", cit., pp. 15-19; y QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General*, cit., pp. 440-441.

¹⁶⁷ Vid. CORCOY BIDASOLO, M., "Homicidio y lesiones imprudentes cometidos con vehículos a motor o ciclomotor", en AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial. Estudios de Derecho Judicial*, 114. CGPJ, Madrid, 2007, pp. 96-105, o las importantes SSTS 464/2016, de 31 de mayo, 79/2013, de 8 de febrero, 186/2009, de 27 de febrero, 181/2009, de 23 de febrero, 282/2005, de 4 de marzo, 1111/2004, de 13 de octubre de 2004, de 30 de junio, 1763/2001, de 19 de diciembre; y 1166/1998, de 10 de octubre.

¹⁶⁸ Vid. CORCOY BIDASOLO, M., *El delito*, cit., pp. 176-177; y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho penal español. Parte General* (4^a edición). Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, p. 220. También la reciente SAP 488/2016, de 21 de septiembre (caso "Madrid Arena"), o la STS de 12 de julio 1989.

imprudencia debe ser el punto de partida para saber si la *menos grave* es una nueva categoría, entre las antiguas *grave* y *leve*, o si abarca las mismas infracciones que las de la anterior imprudencia *leve*.

El Preámbulo de la LO 1/2015 indica en su apartado XXXI que *“en cuanto al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que solo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave... así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves... Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil”*.

De estas palabras, parece que para el legislador de 2015 la imprudencia *menos grave* constituye una nueva categoría de imprudencia, un nuevo concepto que se sitúa entre la imprudencia *grave*, con más pena, y la *leve*, que se descriminaliza. Pero no precisa en qué punto entre ambas, aunque el párrafo transcrito efectúa una contradicción de la que se deduce una precisión. Primero señala que *“se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil”*. Parece entenderse que *“todos”* los casos de imprudencia *leve*. Pero a continuación indica que la nueva categorización de la imprudencia que se introduce en el Código Penal *“permitirá reconocer supuestos (algunos) de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal”*. Por tanto, no todos, lo que implica que algunos, y se ha de entender lógicamente los más graves, aún serán penalmente relevantes. Por tanto, aunque

no se diga, parece desprenderse la idea de que la imprudencia *menos grave* pasaría a abarcar los casos más graves de la antigua imprudencia *leve*.

Pero esta no es la única delimitación posible del concepto de imprudencia *menos grave* con respecto a la *grave* y la *leve*. Con la entrada en vigor de la reforma de 2015, la doctrina ha defendido todas las posibles delimitaciones. Serían éstas:

1) identificarla con la imprudencia *leve*, de modo que el cambio sería solo terminológico. Respondería al deseo de convertir las antiguas faltas en delitos leves¹⁶⁹;

2) al igual que el preámbulo de la LO 1/2015, identificarla con los supuestos más graves de la imprudencia *leve*, sin detraer ninguno de la *grave*¹⁷⁰, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría de imprudencia *leve* más beneficiosa para el reo en supuestos catalogados de imprudencia *leve* que deban ser reconducidos al orden civil;

3) identificarla con los casos menos graves de la imprudencia *grave*¹⁷¹, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría más beneficiosa para el reo en supuestos previamente catalogados de imprudencia *grave* y que pudieran encajar ahora en la *menos grave*, y en el hecho de que “todas” las imprudencias antes consideradas *leves* quedan descriminalizadas:

4) identificarla con una imprudencia intermedia entre la *grave* y la *leve* que abarcaría los casos menos graves de la primera y los más graves de la segunda¹⁷², con las repercusiones en el derecho transitorio apuntadas en las posibilidades anteriores¹⁷³.

¹⁶⁹ FRÍAS MARTÍNEZ, E., “Artículo 142”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*. Bosch. Barcelona, 2015, p. 273; y LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., “El nuevo”, cit., p. 1739.

¹⁷⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho penal*, cit., pp. 217-218.

¹⁷¹ DOVAL PAIS, A., “Homicidios”, cit., pp. 7-8.

¹⁷² LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., “El nuevo”, cit., p. 1740.

¹⁷³ Las soluciones 2) y 4) no implicarían una total desaparición de la vieja imprudencia *leve* del Código, y las 3) y 4) sí implicarían una modificación del contenido y alcance de la *grave*. En la jurisprudencia posterior al 1 de julio de 2015 se ven también pronunciamientos en todos estos sentidos. Vid., a modo de ejemplo, las SSAP de Almería 88/2017, de 6 de marzo, de Las Palmas 366/2016, de 25 de octubre, de Madrid 488/2016, de 21 de septiembre (caso “Madrid Arena”), de

Sin embargo, existen argumentos que, unidos a las palabras del Preámbulo de la LO 1/2015, y a la nueva adjetivación “*menos grave*” (en vez de *leve*) -que evidencia más intensidad en la infracción de la norma de cuidado¹⁷⁴-, instan a decantarse por que la imprudencia *menos grave* abarca los casos más graves de la antigua *leve*.

Uno tiene que ver con las diferencias de pena entre las viejas y nuevas figuras. Los nuevos delitos de homicidio y lesiones por imprudencia *menos grave* reflejan una importante agravación penológica. Se castigan con multa de 3 a 18 meses y de 3 a 12 meses, respectivamente. Con anterioridad, como faltas de homicidio y lesiones por imprudencia *leve*, con multa de 1 a 2 meses, y de 10 a 30 días. E incluso se amplía el límite superior de la pena de privación del derecho de conducir en el delito de homicidio por imprudencia *menos grave*, que pasa de 12 a 18 meses. Esta elevación de la pena, así como las más gravosas consecuencias que conlleva la comisión de delitos leves y no de faltas (en materia de prescripción, cancelación de antecedentes penales o punición de la tentativa), evidencian que la distinción entre imprudencia *menos grave* y *leve* no puede ser solo terminológica, y que la primera constituye una nueva categoría de imprudencia que debe exigir una infracción más reprochable de un deber de cuidado o que este deber sea de mayor relevancia que antes¹⁷⁵. Podría argumentarse que la agravación penológica responde no ya a la clase de imprudencia sino a mayor gravedad de los daños requeridos en los tipos. En el delito de lesiones, en la actualidad estos son más graves (los de los arts. 149 y 150 CP) que antes (cualquier lesión). Pero eso no ocurre en el delito de homicidio imprudente, en el que el resultado es el mismo en ambas regulaciones. La

Cáceres 13/2016, de 20 de enero, de Madrid 789/2015, de 7 de diciembre, de Almería 491/2015, de 29 de octubre, de Madrid 865/2015, de 19 de octubre, de Madrid 561/2015, de 4 de septiembre. También, las SSJP de lo Penal de Pamplona 279/2015, de 24 de septiembre, y de Valladolid 226/2014, de 2 de marzo de 2016.

¹⁷⁴ Vid. LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., “El nuevo”, cit., p. 1740.

¹⁷⁵ Así, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho penal*, cit., pp. 217-218; y LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., “El nuevo”, cit., p. 1740.

agravación debe responder, pues, a otro motivo, esto es, a la mayor relevancia de la infracción del deber de cuidado de la nueva categoría de imprudencia.

Además, con la reforma de 2015 la imprudencia *grave* no ha tenido alteración como categoría. Ni terminológicamente ni tampoco los delitos en los que se prevé han sufrido modificaciones de peso en cuanto a sus penas que pudieran reflejar un cambio en cuanto a su contenido. Por ello, parece oportuno seguir ciñéndola a la definición y alcance que ha venido teniendo hasta ahora en sede jurisprudencial y doctrinal.

Por último, cabe indicar que esta categorización de la imprudencia *menos grave* tiene trascendencia en materia de derecho transitorio, con respecto a casos sentenciados antes de la reforma como falta del art. 621 CP como imprudencias *leves* que, en apelación, tras la reforma de 2015, se declara que la imprudencia no es suficiente para ser considerada *menos grave*. Varias sentencias absuelven al ser la regulación nueva más favorable para el reo, pues tales casos quedarían relegados a la esfera civil¹⁷⁶. La Disposición Transitoria Cuarta de la LO 1/2015 señala que la tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al juicio de faltas. Por su parte, la tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley por hechos que resultan por ella despenalizados, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado. Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo a las responsabilidades civiles y costas. Esta específica previsión viene a recoger un tercer argumento en favor de la posición defendida. Como se ve solo precisa cómo seguir con la tramitación de procesos iniciados por falta antes de 2015, que lo eran por imprudencia *leve*, cuya apreciación haya podido cambiar o no con la reforma, por seguir siendo de imprudencia *leve* o haber mutado a *menos grave*. Pero no hay una disposición

¹⁷⁶ Vid. las SSAP de Palma de Mallorca 6/2017, de 25 de enero, de Madrid 212/2016, de 9 de mayo, de A Coruña 274/2015, de 31 de julio, y de Zamora 78/2015, de 7 de julio.

paralela respecto a procesos iniciados por imprudencias *graves* que eventualmente hayan podido cambiar de consideración ("*menos grave*") más favorable al reo. Se deduce, pues, que para el legislador ha cambiado solo la operatividad de la imprudencia *leve*.

Por todo, la solución más razonable es considerar que la imprudencia *menos grave* constituye un concepto nuevo que pasaría a abarcar los supuestos más graves de la antigua imprudencia *leve*. ¿Quizá la omisión de algunas, pero no todas, de las medidas elementales de control o cuidado?, ¿la de una única medida elemental de control junto con otras no elementales? Resulta una labor de determinación difícil pero trascendente, lo que demanda precisión por los jueces, que serán los que tendrán que hacerlo ante la ausencia de una definición de las clases de imprudencia en el Código.

Para esta labor, en el ámbito de la seguridad vial, en el que se produce el porcentaje más elevado de homicidios y lesiones imprudentes, se emitió el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial que tiene como fin conceptualizar y delimitar la novedosa imprudencia *menos grave*. En sus conclusiones insiste en que la imprudencia *grave* no sufre modificación. Rechaza que la imprudencia *menos grave* detraiga supuestos de ella¹⁷⁷. Y que la imprudencia *leve* constituye ahora un tercer escalón reservado para los ilícitos civiles encuadrados en la culpa extracontractual (art. 1902 CC)¹⁷⁸. Por su parte, la imprudencia *menos grave* "*es distinta de la anterior imprudencia leve... y de mayor cercanía a la grave, exigiendo la vulneración de deberes relevantes de cuidado, tratándose de un concepto autónomo*"¹⁷⁹. Si la *menos grave* es "*distinta*" y de mayor cercanía a la *grave* que la antigua *leve*, pero sin detraer ningún caso de la antigua *grave*, solo se puede concluir que la imprudencia *menos grave* vendría a recoger los casos más graves que antes abarcaba la *leve*.

Pero estas "*conclusiones*" del Dictamen no concilian con afirmaciones que efectúa con carácter previo. Indica que también es incorrecto decir que la imprudencia *menos grave* detraiga supuestos de la *leve* anterior, pues se trata de

¹⁷⁷ Dictamen 2/ 2016, pp. 64, 21 y 25.

¹⁷⁸ Dictamen 2/ 2016, p. 65.

¹⁷⁹ Dictamen 2/2016, pp. 64 y 21-22.

una categoría o concepto con vida propia, y distinto de la *leve*, sustituida, y de la *grave* que se mantiene idéntica¹⁸⁰. Alude a razones procedimentales. Señala que en el antiguo juicio de faltas “*se ventilaban cuestiones que tanto por la entidad de la imprudencia como del resarcimiento civil merecían... su reconducción al art. 1902 CC*”. Por ello, “*tanto antes como después del 1-7-2015 las acciones subsumibles en estos tipos son las mismas sin que se experimente reducción alguna del ámbito de aplicación de la norma. Lo que sucede, como se dijo, es que las praxis judiciales han conducido a que hechos merecedores del cauce procesal de diligencias previas y de una respuesta penal de conformidad con estos preceptos sean indebidamente derivados al juicio de faltas, hoy procedimiento por delito leve, e indebidamente calificados en el que hemos llamado segundo escalón en la graduación del injusto*”¹⁸¹. De estas palabras se deduce que la regulación de la imprudencia no ha cambiado, y que la nueva adjetivación solo trata de corregir esa desafortunada práctica judicial a través de la cual se ubicaban incorrectamente en el viejo escalón de la imprudencia *leve* supuestos que, ya antes de la reforma, merecían ser objeto de enjuiciamiento civil. No es que antes los casos de imprudencia se resolvieran penalmente como *grave* o *leve* en un 50%. Ya existía la vía civil. El adjetivo “*menos grave*” vendría a recalcar una mayor gravedad que se ya se debía de exigir al segundo escalón penal antes de 2015.

Alguna doctrina también se había referido a este proceder judicial con el que se canalizaban como faltas conductas que carecían de relevancia penal, pero como el Juez tomaba conciencia de esa situación en un momento en el que ya tenía oportunidad de resolver sobre el importe de la indemnización que debe pagarse a la víctima, optaba por calificar como falta cualquier ligera imprudencia que únicamente diese lugar a una levísima pena de multa, y resolver sobre el fondo de la cuestión: la responsabilidad civil¹⁸². El fin del uso de la vía penal era obtener un informe médico forense para cuantificar las lesiones que después serían indemnizadas por las aseguradoras, pues éstas y los perjudicados se arreglaban en el momento del juicio o, de ser la sentencia desestimatoria, se

¹⁸⁰ Dictamen 2/ 2016, p. 26.

¹⁸¹ Dictamen 2/ 2016, pp. 25-26.

¹⁸² Cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., “El nuevo”, cit., p. 1738.

comenzaba un nuevo periplo judicial en vía civil, en el que se buscarían las indemnizaciones con la aseguradora con el empleo del informe¹⁸³. Por arriba, la doctrina consideraba que el anterior modelo producía una degradación de las imprudencias, que casi habitualmente se calificaban como falta, debido a las elevadas penas con las que se castigaba la imprudencia *grave*¹⁸⁴, lo que implicaba relegar al juicio de faltas supuestos de acciones imprudentes de cierta gravedad¹⁸⁵. Quizá motivado por la benevolencia que los jueces mostraban en el ámbito de la circulación vial, al visualizarse ellos como posibles conductores infractores¹⁸⁶, y solían considerar como imprudencias *leves* lo que en esos otros contextos hubieren sido *graves*¹⁸⁷.

Pero, ¿se corrige esta praxis judicial con la novedosa triple estructuración de la imprudencia como *grave/menos grave/leve*? En parte sí. Por abajo, al no existir antes de 2015 en el ámbito civil una categoría de imprudencia con denominación específica, con nombre y apellidos, que debería de adjetivarse de un modo más leve que lo *leve*, existía una leve tendencia a enjuiciar por vía penal la mayor parte de casos de imprudencia, como primera opción, aunque no tuvieran una mínima relevancia y aunque el art. 1902 CC admitiese expresamente el castigo de conductas imprudentes¹⁸⁸. Con la reforma, con el envío ahora expreso de una específica imprudencia, adjetivada de *leve*, al ámbito civil, quizá se clarifique la existencia de ese espacio en dicho ámbito para comportamientos imprudentes. Ello quizá evite esa tendencia a usar el Derecho penal ante cualquier caso¹⁸⁹. Por arriba, la imprudencia *grave* no varía de contenido, pero el hecho de que los delitos por imprudencia *menos grave* reciban una pena bastante más grave que antes puede conseguir que casos de cierta gravedad reciban una pena más proporcionada a su gravedad que antes. La

¹⁸³ Vid. JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A.L., *La reforma*, cit., p. 210.

¹⁸⁴ Cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., "El nuevo", cit., p. 1738-1739.

¹⁸⁵ LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., "El nuevo", cit., p. 1739.

¹⁸⁶ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "La reforma", cit., pp. 285-286.

¹⁸⁷ Así, CORCOY BIDASOLO, M., "Homicidio", cit., pp. 80-82; y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial", en AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial*. Estudios de Derecho judicial, 114. CGPJ, Madrid, 2007, p. 333.

¹⁸⁸ LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., "El nuevo", cit., p. 1738.

¹⁸⁹ Con la nueva adjetivación queda ahora un espacio en el ámbito civil más claramente delimitado para casos de nula gravedad -los que antes eran injustamente enjuiciados en la vía penal y otros cuya remisión extrapenal era ya indubitada-.

reforma no invertiría la tendencia jurisprudencial de reenvío de casos graves al segundo escalón de la imprudencia, pero sí da a éste una respuesta penal algo más equilibrada (aunque la diferencia de penas entre la imprudencia *grave* y *menos grave* siga siendo importante).

Pero, aunque la nueva regulación pueda contribuir a reducir esta práctica judicial, y haya sido buscado por la reforma, los argumentos aportados *supra* instan a considerar que la nueva imprudencia ha variado en sentido material. El Preámbulo de la LO 1/2015 indica que “*se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil*”. “*Reconducir*” significa que algo que antes eran penal deja de serlo, al haber sido objeto de esa “*reconducción*”. Pero no toda imprudencia leve, ya habrá “*supuestos (por tanto, no todos) de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código*”. Ello unido a que la imprudencia *grave* no ha cambiado, y que sí han cambiado (aumentado) las penas de los delitos leves que ahora castigan la nueva imprudencia *menos grave*, evidencia un cambio que solo concilia con considerar que la nueva categoría de imprudencia abarca los casos más graves de la antigua imprudencia *leve*, esto es, exige una gravedad mayor que merezca la más elevada pena con la que se castiga ahora el escalón intermedio de imprudencia.

Hasta aquí se ha efectuado una delimitación de la imprudencia *menos grave* en abstracto. Otorgándole un espacio teórico entre la *grave* y la *leve*. En cuanto a la conceptualización de la imprudencia *menos grave*, el citado Dictamen 2/2016 la define como la realización de actos que impliquen cuantitativamente una vulneración de cierta significación o entidad de deberes de cuidado, más allá que su simple infracción, pero sin llegar a los niveles requeridos tradicionalmente a la *grave*. O cuando constatada esta última las circunstancias concurrentes o infracciones de la víctima obliguen a la desvaloración o degradación. La imprudencia *leve* atípica quedaría para infracciones del deber de cuidado que no revisten significación o relieve (meros despistes, descuidos o distracciones momentáneas, propias de una imprudencia inconsciente) o de deberes de cuidado en los que no exista un interés público relevante que tutelar¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Dictamen 2/ 2016, pp. 23-24. También, RAMOS TAPIA, I., “Delito”, cit., p. 129.

No obstante, aún nos movemos en un terreno “semi-abstracto”. ¿Qué es una vulneración “de cierta significación”, o que no llega a los “niveles” requeridos a la imprudencia *grave*? Por ello, es necesaria la emisión de Circulares o Dictámenes que orienten la valoración que se deba hacer de la imprudencia en ámbitos criminales concretos o en sentido global. Como el Dictamen 2/2016 que recoge pautas valorativas de la gravedad del hecho imprudente en el ámbito vial, con el fin de separar la aplicación de las categorías de imprudencia e impulsar la unificación de criterios de los Juzgados¹⁹¹. Como criterios o pautas generales señala: 1. Atender a los deberes de cuidado recogidos en la Ley de Seguridad Vial, y a su consideración como de carácter elemental o no; 2. Atender a la desaprobación de la conducta en la Ley de Seguridad Vial, esto es, como infracción muy grave, grave o leve; 3. Atender a la mayor o menor gravedad, entidad o significación de los riesgos generados con la conducción, para lo que habrá que atender a: a) la conducta objetiva en sí misma; b) la probabilidad de lesionar bienes jurídicos atendiendo a la densidad del tráfico y/o concurrencia de personas en el lugar; c) si la situación de riesgo es captada por el conductor; d) si el conductor tiene conocimientos particulares sobre el contenido del concreto riesgo; y e) las condiciones psicofísicas relacionadas con la fatiga, el sueño o el cansancio que sean constatables; y 4. Atender a si los resultados de muerte o lesiones son producto íntegro del riesgo generado por el conductor o si ha habido otros factores externos, como la autopuesta en peligro de la propia víctima que intermedian en la imputación objetiva del resultado a la acción. Estos criterios deben ser valorados de forma conjunta, acumulativa o alternativa, pudiendo enfatizarse la presencia de solo uno o alguno de ellos si tienen especial relevancia en el caso concreto. Luego recoge pautas concretas en relación ya con particulares conductas al volante que constituyen infracciones de tráfico (en materia de adelantamientos, excesos de velocidad, comportamientos ante señales o semáforos, preferencias de paso, condiciones técnicas del vehículo, estados de

¹⁹¹ Otros textos anteriores son la Instrucción 3/2006, de 3 de julio, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal para una efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con la circulación de vehículos a motor, y la Circular 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial, ambos de la Fiscalía General del Estado.

fatiga o sueño), para las que tiene en cuenta numerosos factores que puedan concurrir.

La valoración de la gravedad de la imprudencia deviene una cuestión compleja. El esfuerzo delimitador de los campos de acción de cada una de sus clases que pueda hacer, o haya hecho ya, un texto legal -como el Dictamen 2/2016- se ve abocado a una respuesta con tantos juicios valorativos que resulta tremendamente discrecional. Y si ya antes el margen de discrecionalidad era alto ahora es mayor, ya que las posibilidades de catalogación pasan de dos a tres tipos de imprudencia con nombre y apellidos. Los criterios de valoración de la gravedad de la imprudencia del Dictamen, por ejemplo, son lógicos y razonables. Pero las respuestas valorativas que ofrece para cada uno no son definitivas, sino susceptibles de interpretación. Así, por ejemplo, en atención a los deberes de prevención infringidos, si son básicos la imprudencia será *grave* pero si no lo son podrá ser *menos grave* o *leve*, sin establecer pauta para derivarlo hacia una u otra. Lo mismo ocurre con los criterios sobre prácticas concretas (adelantamientos, preferencias de paso, señales) que a veces sirven para excluir una imprudencia pero no resuelven sobre las otras dos, o aconsejan efectuar una "*ponderación circunstancial de cada caso*". Y hay criterios difíciles de precisar como el grado de captación del riesgo por el conductor o su cansancio. Sin olvidar que el Dictamen insta a efectuar una valoración interconectada de los criterios, incluso alternativa, pudiendo enfatizarse la presencia de uno u otro. Por tanto, el sistema resulta incierto, al ofrecer a los jueces muchas posibilidades interpretativas, a las que podrán ampararse sin excesivo problema para derivar el caso hacia una u otra vía jurisdiccional (incluso en orden a la idea preconcebida que pudieren tener).

Los jueces deben interpretar y delimitar los contornos de la nueva categoría de imprudencia, así como de la *grave* y la *leve*, reconduciendo las infracciones imprudentes al orden jurisdiccional que sea acorde con su gravedad, y aquellos criterios y pautas si se valoran de un modo comprometido y equilibrado, son más que nada, para una labor de valoración tan compleja. Por su parte, el Ministerio Fiscal debe asumir protagonismo y reconducir de oficio

las infracciones imprudentes al cauce procesal propio¹⁹², y evitar así que dicha tarea se vea condicionada por el hecho de que el perjudicado se aparte de la acción penal al ver satisfechas sus expectativas de cobro.

6. Bibliografía

- CORCOY BIDASOLO, M., “Homicidio y lesiones imprudentes cometidos con vehículos a motor o ciclomotor”, en AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial. Estudios de Derecho Judicial*, 114. CGPJ, Madrid, 2007, pp. 77-118.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. PPU. Barcelona, 1989.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”, en AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial*. Estudios de Derecho judicial, 114. CGPJ, Madrid, 2007, pp. 325-358.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho penal español. Parte General* (4ª edición). Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.
- DOVAL PAIS, A., “Homicidios y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 119, 2016, pp. 1-24.
- FARALDO CABANA, P., “La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº3, Barcelona, 2014, pp. 1-32.
- FRÍAS MARTÍNEZ, E., “Artículo 142”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*. Bosch. Barcelona, 2015, p. 273, pp. 271-273.
- GIL GIL, A., “Artículo 12”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo I. Parte General. Artículos 1-137*. Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 151-162.

¹⁹² Cfr. DOVAL PAIS, A., “Homicidios”, cit., p. 12.

- HAVA GARCÍA, E., "Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena", en *Indret*, Barcelona, abril 2017, pp. 1-36.
- HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia inconsciente*. Comares. Granada, 2002.
- JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A., *La reforma penal de 2015 (Análisis de las principales reformas introducidas en el Código penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*. Dykinson, Madrid, 2015.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A., "El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código penal", *Diario La Ley*, nº 8600, 8 septiembre 2015, pp. 1736-1743.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General* (10ª edición). Reppertor, Barcelona, 2016.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal. Adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*. Aranzadi, Navarra, 2015.
- RAMOS TAPIA, I., "Delito de acción: la tipicidad (III)", en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (3ª edición). Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 121-135.
- TERRADILLOS BASOCO, J.Mª., "Homicidio y sus formas", en TERRADILLOS BASOCO, J.Mª. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I* (2ª edición). Iustel, Madrid, 2016, pp. 15-36.

¿Todo es terrorismo? La reforma de la caracterización de los delitos de terrorismo tras la reforma de 2015

Inés Molina Álvarez

Doctoranda del Área de Derecho penal

Universidad Pública de Navarra

1. INTRODUCCIÓN

¿Qué pensaríamos si nos dijeran que podríamos ser castigados por visitar determinadas páginas web o por poseer documentos que, por su contenido, *pudieran ser idóneos para incitar* a la colaboración con los fines de una organización terrorista? ¿Y por difundir un mensaje que *resulte idóneo* para que otro cometa un delito de terrorismo? Quizás pensaríamos que nos están hablando de la legislación de un Estado totalitario o de unos crímenes sacados de la novela *1984* de Orwell. No obstante, estos tan solo son ejemplos de delitos de terrorismo actualmente vigentes en España.

El objeto de este trabajo es el análisis de uno de los cambios estrella de la reforma operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo: la modificación de la definición de qué es un delito terrorista y su consiguiente ampliación.

La LO 2/2015, lejos de intentar solucionar las muchas deficiencias que tenía la regulación antiterrorista anterior, supone la introducción de unos tipos mucho más severos, problemáticos y ambiguos, que difícilmente pueden ser compatibles con los principios limitadores del *ius puniendi* y con el respeto de derechos fundamentales tales como las libertades de expresión e información, ideológica y de desplazamiento.

Se trata de una legislación basada exclusivamente en criterios de seguridad, que amplía las conductas típicas a fases muy alejadas de la real puesta en peligro de bienes jurídicos. Así, se han convertido en delitos actos preparatorios, o, como

ya se ha indicado por algunos autores¹⁹³, se han tipificado actos preparatorios de otros actos preparatorios¹⁹⁴.

El legislador, en su afán por abarcar todos los supuestos posibles, ha promulgado una amalgama de tipos que denotan una deficiente técnica legislativa, y que, como señala GALÁN MUÑOZ, son redundantes y se solapan entre sí, circunstancia que pronostica graves y difícilmente resolubles problemas concursales¹⁹⁵.

2. LA NUEVA DEFINICIÓN

Como se ha dicho, una de las reformas más características de la LO 2/2015 es el cambio de definición de los delitos de terrorismo. La definición anterior ya tenía defectos, y así lo habían hecho saber al Estado español instituciones internacionales de derechos humanos¹⁹⁶. Ahora, manejamos una definición mucho más extensa y cuyas consecuencias prácticas todavía no conocemos (si bien ya han surgido algunos casos judiciales alarmantes en la materia¹⁹⁷). Lo que sí podemos afirmar es que los operadores jurídicos lo van a tener considerablemente difícil a la hora de interpretar algunos tipos, pues muchas conductas que no tienen relación alguna con lo que tradicionalmente consideraríamos terrorismo y que carecen de la suficiente lesividad, podrían encajar en lo descrito por los nuevos preceptos¹⁹⁸.

¹⁹³ Ampliamente sobre ello: ALONSO RIMO, en: ALONSO RIMO / CUERDA ARNAU / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, págs. 215-260 o BARBER BURUSCO, *Cuadernos de política criminal*, N° 116, 2015, págs. 33-74.

¹⁹⁴ Ejemplos de esto último serían los nuevos delitos de adoctrinamiento pasivo y auto-adoctrinamiento (art. 575.1 y 2 CP), el desplazamiento o establecimiento en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista (art. 575.3 CP) o la difusión de mensajes o consignas que tengan como finalidad o que resulten idóneos para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo (art. 579 CP).

¹⁹⁵ GALÁN MUÑOZ, *Revista de derecho penal y criminología*, N° 15, 2016, p. 134.

¹⁹⁶ SCHEININ, Martin, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Consejo de Derechos Humanos, 2008, págs. 7-8.

¹⁹⁷ Caso de los jóvenes de Alsasua, Cassandra Vera, Valtonyc, Pablo Hásel...

¹⁹⁸ Ejemplos de esto pueden encontrarse, entre otros, en: MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2017, págs. 779-780 o en CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, pág. 1943.

El legislador español no define explícitamente qué es terrorismo (nunca lo ha hecho), y la técnica que emplea para designar qué son delitos de terrorismo es la de enumerar una lista de delitos comunes que, cometidos con alguna de las finalidades previstas, se elevarán a la categoría de *terroristas*. De acuerdo con el Preámbulo de la LO 2/2015, la definición que se introduce se inspira en la contenida en la Decisión Marco 2002/475/JAI, modificada por la DM 2008/919/JAI¹⁹⁹ (y actualmente sustituida por la Directiva 2017/541, que mantiene la misma definición).

Según la doctrina penal y la jurisprudencia, tres son los elementos que debe reunir una acción para poder denominarla terrorista: que sea realizada con violencia o intimidación masiva, por una organización o grupo terrorista y que tenga una finalidad ulterior colectiva (generalmente de cambio del orden establecido). Es lo que, por ejemplo, CANCIO MELIÁ ha denominado “concepto nuclear de terrorismo”, frente al “concepto extensivo de terrorismo” que manejamos a partir de la aprobación de la LO 2/2015²⁰⁰.

La regulación del terrorismo en el CP siempre ha sido convulsa, sufriendo, desde 1995, reformas en los años 2000, 2003, 2010 y 2015. No obstante, estas

¹⁹⁹ “1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,
- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;

a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes; d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)”.

²⁰⁰ CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, págs. 1939-1940.

modificaciones, lejos de mejorar la ya vaga legislación en la materia, han ido difuminando los elementos que debieran caracterizar el terrorismo en un Estado de Derecho, hasta, en 2015, romper definitivamente con ellos, eliminando el elemento estructural y ampliando sobremanera los elementos material y subjetivo.

Así pues, veamos por partes la nueva definición contenida en el art. 573 CP.

2.1. Elemento material

La reforma de 2015 incluye en el art. 573 CP cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el CP, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, y los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater, cuando sean cometidos con las finalidades que seguidamente enuncia y que trataremos más adelante.

En la legislación anterior no se establecía esta lista de delitos, sino que, por un lado, se describían las organizaciones o grupos terroristas (los cuales, para serlo, debían tener por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, de acuerdo con el anterior art. 571). Era el art. 572 el que se ocupaba de los delitos de terrorismo, regulando como tales una serie de delitos comunes (estragos o incendios, contra la vida o la integridad física o contra la libertad) que fueran cometidos por los pertenecientes a o colaboradores con una organización o grupo terrorista.

La previsión de los delitos contra la vida o la integridad física, los estragos o los daños o los delitos contra la libertad no extrañan, en tanto que siempre han estado presentes en el acervo penal antiterrorista, por ser esas conductas las más utilizadas por los terroristas para realizar sus objetivos.

Sin embargo, sí destaca la previsión de conductas tales como los delitos contra la libertad sexual, el aborto o las lesiones al feto y los delitos informáticos.

Según el art. 573 bis, se impondrá pena de prisión de quince a veinte años si se causara el aborto del art. 144 (doloso), así como las lesiones tipificadas en los arts. 157 y 158 (tanto las dolosas como las imprudentes). Teniendo en cuenta que la pena para las lesiones imprudentes al feto es de tres a cinco meses de prisión o de multa de seis a diez meses, parece desproporcionado preverlas entre los delitos de terrorismo, además de incoherente en tanto que no se prevé como tal, por ejemplo, el aborto imprudente, que es sin duda más grave que las lesiones imprudentes al feto²⁰¹.

En cuanto a los delitos informáticos, su previsión se hace separadamente, en el punto 2 del precepto. La justificación podría estar en que se trata de delitos menos graves, frente a la exigencia contenida en el punto 1 del art. 573, que establece que “se considerarán delito de terrorismo cualquier delito grave (...)”. La inclusión de estos delitos, dadas las amplias finalidades actualmente vigentes, podrían significar la criminalización de conductas practicadas por movimientos de *hacktivismo* como terroristas²⁰².

Debe mencionarse también la previsión del punto 3 del artículo, la cual señala que “tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de delitos tipificados en este Capítulo”. El contenido de este precepto deja claro, así, que todos los delitos del Capítulo VII del Título XXII del Libro II tienen la naturaleza de terroristas²⁰³, incluso el enaltecimiento del terrorismo, con las implicaciones que ello presenta en materia de competencia de los Tribunales.

²⁰¹ OLMEDO CARDENETE, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema de derecho penal: parte especial: 2ª edición, revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, 2016, pág. 1424.

²⁰² Pone de relieve CANO PAÑOS los peligros que los delitos informáticos y de daños informáticos pueden suscitar, si se ponen en conexión con las nuevas finalidades terroristas, por ejemplo, con la prevista en el apartado 3º, “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una Organización Internacional”. Si un sujeto decide *hackear* los archivos informáticos de una Organización Internacional, desestabilizando su funcionamiento, su conducta podría ser plenamente subsumible en este precepto, convirtiendo una conducta en terrorista sin tener ninguna relación con dicho fenómeno (CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, pág. 916).

²⁰³ El depósito de armas (art. 574); el adoctrinamiento pasivo, autoadoctrinamiento y el desplazamiento o establecimiento en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista (art. 575); la financiación del terrorismo (art. 576); el enaltecimiento del

La inclusión en la lista de la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, resulta errónea, pues reciben un tratamiento específico más grave en el art. 574.1 CP, según señala acertadamente OLMEDO CARDENETE²⁰⁴.

Por último, merece una referencia el art. 573.4 bis CP. En él, se establece que el delito de desórdenes públicos, así como los delitos de rebelión y sedición, cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos, se castigarán con la pena superior en grado a las previstas para tales delitos²⁰⁵. Aun haciendo referencia expresa a la organización, el inciso “individualmente pero amparados en ellos”, deja todo el peso de la acusación en la probanza del elemento subjetivo, por lo que habrá que ser extremadamente cautelosos para no confundir la adhesión a determinadas ideas políticas con la comisión del delito “amparándose en una organización”. Podría catalogarse, en nuestra opinión, como otra manifestación más del derecho penal de autor.

2.2. Elemento estructural

La doctrina mayoritaria entiende que el injusto de los delitos de terrorismo se basa sustancialmente en el elemento estructural. Así, señala LAMARCA PÉREZ, solo puede imputarse a la organización terrorista el conjunto de las diferentes acciones violentas, pues es quien dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y da coherencia al modo de conseguirlo²⁰⁶. O, por su parte, GÓMEZ MARTÍN apunta que “la peligrosidad para los bienes jurídicos protegidos en los correspondientes delitos-fin que representan los delitos de terrorismo está determinada, muy significativamente, por un colectivo organizado que

terrorismo y la humillación a las víctimas (art. 578); la difusión de mensajes y consignas terroristas (art. 579); la colaboración con grupo u organización terrorista (art. 577); y, por supuesto, la pertenencia a grupo u organización terrorista (art. 572).

²⁰⁴ OLMEDO CARDENETE, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema de derecho penal: parte especial: 2ª edición, revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, 2016, pág. 1426.

²⁰⁵ En un primer momento, en la Proposición de Ley Orgánica que modificaría los delitos de terrorismo, se incluían los desórdenes públicos en el elenco de delitos comunes recogidos en el art. 573 CP. Afortunadamente, tras una serie de enmiendas, los desórdenes públicos salieron del precepto aludido, aunque su ubicación actual tampoco está exenta de peligros. Un análisis más amplio sobre este precepto puede encontrarse en CANO PAÑOS, en: *RGDP*, N°23, 2015, págs. 16-18 o en NÚÑEZ CASTAÑO, en: GONZÁLEZ CANO, *Integración europea y justicia penal*, 2018, págs. 259-262.

²⁰⁶ LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 35-36.

desarrolla su actividad de forma sistemática y que coordina de forma institucional las diferentes aportaciones individuales de sus miembros”²⁰⁷.

A pesar de lo defendido por la doctrina, la exigencia del elemento estructural sufrió ya en la reforma operada por la LO 7/2000 un importante varapalo, al modificarse el contenido del art. 577 CP para combatir de forma más eficaz el llamado “terrorismo urbano”²⁰⁸, introduciendo lo que se conoció en aquellos momentos como “terrorismo individual”.

Aunque parece difícil de entrada concebir cómo un sujeto aislado va a “subvertir el orden constitucional” o “alterar la paz pública”, la LO 7/2000 añadió a esas finalidades típicas la de “contribuir con esos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional”, por lo que resulta difícil sustraerse a la impresión de que el legislador perseguía más bien castigar una mera actitud subjetiva o evitar problemas de prueba en relación con la conexión de los autores con una organización²⁰⁹.

Con la LO 2/2015, se da otro paso adelante. Ahora, según el legislador²¹⁰ (y algunas Organizaciones Internacionales)²¹¹, la *nueva* amenaza terrorista –el

²⁰⁷ GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG / QUERALT, *La seguridad pública ante el Derecho penal*, 2010, pág. 76.

²⁰⁸ Según el Preámbulo de la LO 7/2000: “la experiencia demuestra que estas previsiones no están cumpliendo el objetivo perseguido. Por una parte, porque los sucesos de terrorismo urbano sólo vienen considerados como tales en el caso de que exista riesgo para la vida o la integridad física de las personas. (...) La nueva redacción del art. 577, partiendo de que, estas acciones no se limitan a dañar bienes materiales individuales o colectivos, sino que persiguen atemorizar a toda una población o colectivo para favorecer los fines terroristas, poniendo con ello en entredicho valores constitucionales (...)”.

²⁰⁹ CANCIO MELIÁ, *Jueces para la democracia*, N° 44, 2002, págs. 25-26.

²¹⁰ El Preámbulo reza: “La experiencia de la lucha contra el terrorismo en España nos ha permitido contar con una legislación penal eficaz en la respuesta al terrorismo protagonizado por grupos terroristas cohesionados alrededor de uno o varios líderes, con estructura orgánica clara, reparto de roles dentro de la organización y relaciones de jerarquía definidas y asumidas por los integrantes del grupo terrorista. (...) Es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Res. 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”.

²¹¹ Entre otros textos, podemos destacar: la Directiva (UE) 2017/541, que delcara: “la amenaza terrorista ha aumentado y se ha desarrollado rápidamente en los últimos años. Los denominados combatientes terroristas extranjeros viajan al extranjero con fines terroristas y los que regresan suponen una importante amenaza de seguridad para todos los Estados miembros. Además, la Unión y sus Estados se enfrentan a la creciente amenaza que representan las personas que, aunque permanecen dentro de Europa, reciben inspiración o instrucciones de grupos terroristas

yihadismo- no puede ser combatida con la legislación anterior (a pesar de que España contaba con una de las regulaciones antiterroristas más severas y completas de Europa).

Afirma el legislador que “es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional”. Sobre esto, apunta CANO PAÑOS que “se echa en falta en la reforma una alusión directa al fenómeno del terrorismo individual. Debería haberse incorporado un artículo que hiciese referencia explícita a aquellos sujetos que, sin pertenecer a una organización terrorista, cometieren alguno de los delitos tipificados en la Sección 2ª del Capítulo VII movidos por el elemento teleológico que tradicionalmente se asocia a la violencia terrorista”²¹². Si bien creemos que esto simplemente ocurre porque la intención del legislador es la de excluir ese elemento estructural y hacer posible, precisamente, el condenar a sujetos aislados más fácilmente, sin la dificultad de probar su conexión con un grupo u organización. Ahora todos los tipos (salvo que se diga lo contrario, es decir, que el delito solo podrá ser perpetrado por un grupo u organización) son susceptibles de ser cometidos por un sujeto aislado.

Todo ello sin perjuicio de, por supuesto, seguir regulando la pertenencia y la colaboración con organizaciones terroristas (arts. 572 y 577 CP).

situados en el extranjero. (...) Teniendo en cuenta la evolución de las amenazas terroristas para la UE y los Estados miembros y las obligaciones jurídicas que les incumben en virtud del Derecho internacional, procede aproximar en mayor medida la definición de delitos de terrorismo, de delitos relacionados con un grupo terrorista y de delitos relacionados con actividades terroristas, de modo que abarque de forma más exhaustiva las conductas asociadas, en particular, a los combatientes terroristas extranjeros y a la financiación del terrorismo”. Por su parte, el Consejo de Europa, en su Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Prevención del Terrorismo de 2015 manifiesta “su honda preocupación por la amenaza derivada de las personas que viajan al extranjero con objeto de cometer, contribuir a la comisión o participar en delitos de terrorismo, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines terroristas en el territorio de otro Estado”. Por último, podemos mencionar el la Res. 2178 del Consejo de Seguridad de la ONU que dice “*Observando con preocupación que la amenaza del terrorismo ha cobrado un carácter más difuso, con un incremento de los actos terroristas en diversas regiones del mundo, incluidos los motivados por la intolerancia o el extremismo (...)*”.

²¹² CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, pág. 912.

2.3. Elemento teleológico

También se modifica el elemento teleológico o subjetivo, que en la delincuencia terrorista del CP se había caracterizado por llevar a cabo determinados delitos comunes con dos finalidades: la “subversión del orden constitucional” o la “alteración grave de la paz pública”. Aunque problemáticas e indeterminadas, estas finalidades ya habían sido interpretadas por los tribunales y por la doctrina, acotando su significado. Ahora, la reforma de 2015 introduce dos finalidades nuevas (transponiendo al ordenamiento lo contenido en la ya mencionada DM 2002/475/JAI), y amplía el apartado 1º, en el que se contenía únicamente la “subversión del orden constitucional”. El actual art. 573 contiene por tanto cuatro finalidades, las cuales son enunciadas de una forma tan extremadamente vaga que olvidan las exigencias mínimas de seguridad jurídica y de taxatividad propias del Derecho penal de un Estado de Derecho.

Subvertir el orden constitucional

De acuerdo con el diccionario de la RAE, “subvertir” significa “cambiar o alterar, generalmente el orden establecido”. Por tanto, esta finalidad no puede ser por sí sola ilícita, pues en un Estado democrático no puede ser reprochable la voluntad de un sujeto de cambiar el sistema con el que no está de acuerdo. Son los medios del terrorismo los que lo convierten en delito, no sus fines²¹³.

El legislador en 2015 añade más contenido a este primer punto, señalando también como finalidad el “suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. Es sumamente resbaladiza la última previsión del apartado. Por ejemplo, los delitos de atentado o de desórdenes públicos cometidos en el trascurso de una protesta ciudadana podrían ser interpretados como terrorismo si la protesta tenía como fin, precisamente, el obligar a un poder público a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

²¹³ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo, estructura típica e injusto*, 2010, pág. 183.

Y ni siquiera tendríamos que acudir a casos hipotéticos, pues, como se ha señalado en otro lugar de este trabajo, ya se han judicializado supuestos de estas características²¹⁴.

Alteración grave de la paz pública

Esta finalidad ha sido siempre calificada como un concepto jurídico indeterminado. El Tribunal Constitucional, en su STC 199/1987, afirmó que “lo característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva. (...) [Se trata de] formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho”²¹⁵.

ASÚA BATARRITA opina que en relación con el terrorismo, la finalidad de “alterar la paz pública” puede delimitarse adecuadamente en su conexión con el efecto intimidante del método terrorista, y que más difícil resulta la clarificación de la finalidad alternativa “subversión del orden constitucional”, cuya dimensión política favorece una interpretación extensiva que aboque hacia el campo del Derecho penal de autor”²¹⁶. Y aunque es cierto que la primera

²¹⁴ El ejemplo más significativo es el Caso de los Jóvenes de Alsasua. El Ministerio Fiscal calificó los hechos acaecidos en una pelea en un bar de la localidad como constitutivos de: cuatro delitos de lesiones terroristas de los arts. 573, apartados 1-1^a, 2^a y 4^a y 3 del CP y art. 573 bis 1-4^a y 2 CP y dos delitos de amenazas terroristas de los arts. 573, apartados 1-1^a, 2^a y 4^a y 3 CP y art. 573 bis 1-4^a y 2 CP. Afortunadamente, la Audiencia Nacional no apreció en su SAN 17/2018, de 1 de junio, delitos de terrorismo, aunque sí impuso por estos hechos unas penas altísimas para delitos de atentado, desórdenes públicos, lesiones y amenazas.

Aunque no tan mediático, podemos mencionar otro caso similar, el de cuatro jóvenes acusados por desórdenes públicos terroristas durante los incidentes que se produjeron en el casco antiguo de Pamplona el 11 de marzo de 2017. El Ministerio Fiscal interesó la condena de los acusados como autores de un delito de desórdenes públicos terroristas de los arts. 573, 573 bis 4, 557.1 y 557 bis CP, solicitando la imposición a cada uno de ellos de la pena de siete años de prisión, inhabilitación absoluta y libertad vigilada por cinco años. Finalmente, la SAN 23/2018, de 1 de junio, no calificó los hechos como terrorismo, pero sí condenó a los cuatro acusados por desórdenes públicos. En su Sentencia, el Tribunal afirma que la interpretación de la Fiscalía era “desmesurada”, y asegura que “el actuar al amparo de una organización o grupo terrorista es mucho más que compartir determinados fines u objetivos”.

²¹⁵ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4^o.

²¹⁶ ASÚA BATARRITA, en: CANCIO MELIÁ / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, 2006, pág. 274.

finalidad podría ser aplicada por la simple apreciación de ciertas ideologías en la persona del acusado, en cuanto a la alteración de la paz pública la mayoría de la doctrina aboga por su supresión dada su indeterminación²¹⁷.

Se ha discutido doctrinalmente si paz y orden público son equiparables en este contexto²¹⁸. La jurisprudencia sí aprecia que existe una diferencia, y apunta que “tanto la doctrina científica como la jurisprudencia distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia, y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas²¹⁹.”

Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional

Se trata de un inciso novedoso, que incorpora al ordenamiento lo establecido en la DM de 2002. Y esa es la simple razón de su adición al elenco de finalidades, pues en nuestra opinión no añade nada nuevo, en tanto que un ataque terrorista a, por ejemplo, la sede de una Organización Internacional en España, cabría perfectamente en las finalidades tradicionales de subversión del orden constitucional o alteración de la paz pública.

²¹⁷ GEPC, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, 2008, págs. 25-26 o LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo, límites de su punición en un Estado democrático*, 2010, pág. 169.

²¹⁸ Así, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo, estructura típica e injusto*, 2010, pág. 185, señala que “en contra de algunos intentos de delimitación en doctrina y jurisprudencia, no parece que deba atribuirse relevancia material a que se haga uso del término ‘orden’ o ‘paz’”. Por su parte, ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos en memoria de José Lidón*, 2002, pág. 79, señala que “el orden público se refiere a la tranquilidad en el desenvolvimiento de las actividades ordinarias en los espacios públicos; la paz pública implica a las condiciones básicas generales para la convivencia ciudadana, a la seguridad en el ejercicio espontáneo de derechos y libertades sin temor por la vida propia”. En esta misma línea, LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo, límites de su punición en un Estado democrático*, 2010, págs. 178-179, “la paz se siente y perdura, tanto temporalmente, como espacialmente: los actos terroristas nos pueden afectar a todos en cualquier lugar y momento”.

²¹⁹ STS 987/2009, de 13 de octubre, FJ 2º.

Señala CAMPO MORENO que la utilización del verbo “desestabilizar” es adecuada, en tanto que el ámbito territorial de las OOII impediría que una actuación terrorista pudiera suprimir su funcionamiento completo²²⁰.

Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella

Es una finalidad de carácter muy amplio, que no es más que una derivación de la alteración grave de la paz pública. Y es que el terror no puede ser una finalidad del terrorismo, sino que es el instrumento que los terroristas precisamente utilizan para la consecución de sus propósitos ulteriores²²¹. La intimidación masiva o el terror suele ser el efecto de las actuaciones terroristas, pero su finalidad última siempre debe ser la del cambio del orden establecido (en cualquiera de sus manifestaciones, por ejemplo, la independencia de un territorio, la imposición de una religión, el cambio del sistema político, etc.), pues no existe organización terrorista alguna cuyo solo y exclusivo objetivo sea el infundir terror.

3. REFLEXIONES FINALES

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha señalado que “algunos Estados –entre ellos, España- han promulgado legislación nacional antiterrorista cuya formulación es general y contiene una definición de terrorismo que no es precisa y permite la aplicación arbitraria o discriminatoria por parte de las autoridades, o menoscaba de otro modo el disfrute de los derechos humanos. La definición imprecisa de un delito puede dar lugar a la penalización de una conducta inocente y a la ampliación de la conducta prohibida en la interpretación judicial”²²². Y a esa misma conclusión, desafortunadamente, podemos llegar tras el análisis de la nueva caracterización del terrorismo.

²²⁰ CAMPO MORENO, *Comentarios a la Reforma del Código Penal en Materia de Terrorismo: la L.O. 2/2015*, 2015, págs.45-46.

²²¹ En esta línea, TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N.º. 87, 2016, pág. 42: “la finalidad de provocar terror, si éste no constituye un medio para el logro de ulteriores objetivos políticos, no puede transformar, por sí sola, en terrorista lo que no lo es”.

²²² Informe de la OACNUDH sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Consejo de Derechos Humanos, 19 de diciembre de 2014.

Ya señaló el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo en 2008 que la definición contenida en el CP no satisfacía plenamente el requisito de legalidad. Nuestro legislador sin embargo, desoyendo estas críticas (y las de, por supuesto, la doctrina científica mayoritaria) y, lo que es más grave, no respetando los principios limitadores del *ius puniendi*, ha creado una caracterización que rompe con los elementos básicos que debiera reunir una conducta para ser considerada terrorista en un Estado de Derecho.

Además de formular un elenco de delitos comunes amplísimo, algunos de los cuales no tienen conexión alguna con la delincuencia terrorista, prescinde definitivamente del elemento estructural, que es precisamente el que hace que la conducta pueda tener una entidad tal como para considerar que subvierte el orden constitucional (o altera gravemente la paz pública). En palabras de CANCIO MELIÁ, solo un colectivo con suficiente densidad puede afectar al monopolio de violencia del Estado²²³. Como colofón, añade dos finalidades más, las cuales no tienen conexión con la subversión del orden democrático, que es, al fin y al cabo, lo que separa al terrorismo de otros delitos, la finalidad ulterior de cambio del orden establecido.

Aunque no podemos negar que el terrorismo constituye uno de los problemas más graves que afectan a nuestras sociedades, la forma de abordar esta cuestión en demasiadas ocasiones ha conducido a violaciones masivas de derechos humanos y a la restricción de libertades en *pro* de la “seguridad”. Nuestra legislación en materia de terrorismo (y la de otros Estados de la Unión Europea) presenta una cada vez más evidente tendencia hacia un Derecho penal de autor, al ofrecer a la sociedad una -falsa- sensación de seguridad con la aprobación de medidas que se encaminan a la inocuización de sujetos que representan un *riesgo* solo y exclusivamente por las ideas con las que comulgan.

Aunque siempre ha sido problemática, la legislación antiterrorista actual, no solo en lo que a su definición se refiere, sino en la formulación de otros preceptos,

²²³ CANCIO MELIÁ, “Terrorismo”, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, pág. 1939.

raya la inconstitucionalidad. Parece que los principios que deben limitar la acción punitiva del Estado han sido olvidados definitivamente por el legislador, mostrando una represión a ciertas ideologías y un celo punitivista sin precedentes.

No sabemos qué nos deparará el futuro, sin embargo la tendencia en este ámbito del Derecho penal siempre ha ido en expansión, por lo que quizás pronto podremos afirmar, sin género de dudas, que estamos ante el tan temido y denostado "Derecho penal del enemigo" (si es que no lo estamos ya).

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, Alberto, "La criminalización de la preparación delictiva a través de la Parte Especial del Código Penal. Especial referencia a los delitos de terrorismo", en: ALONSO RIMO, Alberto / CUERDA ARNAU, María Luisa / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 215-260.

ASÚA BATARRITA, Adela, "El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, 'finalidades terroristas' y conductas periféricas", en: CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, Buenos Aires, 2006, págs. 239-276.

ASÚA BATARRITA, Adela, "Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental", en: ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio, *Estudios jurídicos en memoria de José Lidón*, Universidad de Deusto, 2002, págs. 41-85.

BARBER BURUSCO, Soledad, "Del delito de 'difusión' o 'propaganda' terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios", *Cuadernos de política criminal*, N° 116, 2015, págs. 33-74.

CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la L.O. 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

CANCIO MELIÁ, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo

- en el Código penal español después de la LO 7/2000", *Jueces para la democracia*, N° 44, 2002, págs. 19-26.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "Terrorismo", en: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Coord.), *Memento Penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, págs. 1937-1960.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo, estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, 2010.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, "La reforma de los delitos de terrorismo", en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 905-951.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, "La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: cinco cuestiones fundamentales", *Revista General de Derecho Penal*, N° 23, 2015.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, "¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?: Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015", *Revista de Derecho penal y criminología*, N° 15, 2016, págs. 95-138.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "Notas para un concepto funcional de terrorismo", en: MIR PUIG, Santiago / QUERALT, Joan, *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Edisofer, Buenos Aires, 2010, págs. 59-88.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, 2008.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, "La definición del terrorismo", en: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 27-44.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo, límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Madrid, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Manual de Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, "Algunas consideraciones sobre la trasposición al Derecho penal español de la Directiva 2017/541/UE del Parlamento europeo y del Consejo, en materia de terrorismo: ¿una tarea necesaria?", en: GONZÁLEZ CANO, María Isabel, Integración europea y justicia penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 229-280.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo, "Capítulo 71. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO (VI): De las organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo", en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), Sistema de derecho penal: parte especial: 2ª edición, revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 1415-1447.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI", *Nuevo Foro Penal*, N.º. 87, 2016, págs. 18-59.

Cleptomanía e imputabilidad: Nuevas perspectivas conforme con los aportes de la Neurociencia

María Sánchez Vilanova

Investigadora postdoctoral

Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN: CLEPTOMANIA E IMPUTABILIDAD. UNA DIFÍCIL RELACIÓN

Los trastornos del control de los impulsos (TCI) tienen una escasa trascendencia médico-legal, dado que, a pesar de ser padecidos por un número relativamente elevado de personas, no conllevan frecuentemente la ejecución de conductas delictivas²²⁴. No obstante, una de sus modalidades más características, la cleptomanía, escapa a tal caracterización. Aunque su prevalencia es poco conocida, lo presentan, aproximadamente, el 5 % de los ladrones de tiendas, y en el ámbito penal es un trastorno a considerar, debido a su repercusión, como seguidamente veremos, en la imputabilidad.

La cleptomanía es una entidad psicopatológica que se ha englobado tradicionalmente dentro del espectro de los TCI. Nos encontramos ante un trastorno en el que el sujeto, de forma reiterada, fracasa en el intento de resistir los impulsos de robar objetos que no son utilizados de forma personal o destinados a fines lucrativos. Debemos prestar especial atención a este dato, ya

²²⁴ En este punto, conviene tener presente que las clasificaciones internacionales de los trastornos mentales (CIE y DSM), han regulado clásicamente como tipologías más características dentro de los TCI, la ludopatía, la piromanía, la cleptomanía, la tricotilomanía, y el trastorno explosivo intermitente. De estos, mientras unos suelen llevar al sujeto a cometer actos criminales (cleptomanía y piromanía), otros solamente en casos excepcionales (ludopatía y trastorno explosivo intermitente), mientras que la tricotilomanía nunca. De hecho, de acuerdo con DELGADO BUENO y RODRÍGUEZ MARTOS DAUER, su clasificación conjunta se debe a la similitud en sus características definitorias; el fracaso repetido en resistir un impulso a realizar algún acto dañino, debido al aumento de la activación emocional antes de la realización del acto en cuestión, y la experimentación de placer, gratificación o alivio después de cometer el mismo, siendo la conducta egosintónica.

que los objetos sustraídos no son necesarios para estas personas y habitualmente los desechan o regalan poco después de la comisión de los hechos²²⁵, siendo sus actuaciones fruto del siempre controvertido y cuestionado impulso irresistible. Efectivamente, es bien sabido que los TCI presentan una merma en la capacidad para reprimir o controlar los impulsos, pudiendo llevar incluso en ocasiones a realizar conductas en contra de la voluntad manifiesta del mismo sujeto. De etiología desconocida, es un trastorno con un patrón establecido a temprana edad, cuyo curso es crónico y que probablemente se manifiesta con más frecuencia en mujeres²²⁶, como en el análisis jurisprudencial efectuado tendremos ocasión de comprobar.

Adentrándonos en su estudio, conviene precisar que los afectados por este trastorno sufren una tensión o activación interior irresistible que les lleva a perpetrar pequeños hurtos, apreciándose, en efecto, una importante merma en su voluntad, a pesar de tener pleno conocimiento de lo que hacen²²⁷. De ahí que pueda afirmarse que dichos trastornos inciden en la imputabilidad, dada la severa limitación en la capacidad de inhibición que provocan en los sujetos que los padecen, pudiendo llevar, como veremos, a la apreciación de la eximente completa, incompleta o a la atenuante analógica, dependiendo de la intensidad del mismo en las facultades del enfermo y su relación con su actuación delictiva. Al margen de lo dicho, como seguidamente veremos, sobre estos no existe abundante jurisprudencia, especialmente del Tribunal Supremo (TS), dado sus actos constituyen infracciones que por su naturaleza y penología no llegan a casación.

A decir verdad, la aplicación de la eximente de anomalía en este trastorno es muy debatida. Posiblemente las controversias en la imputabilidad de personas con cleptomanía derivan de la propia complejidad de la categoría dogmática de la

²²⁵ IBÁÑEZ CUADRADO, A., y SAIZ RUIZ, J.: "Trastornos de los hábitos y del control de los impulsos", en *Tratado de Psiquiatría*, cap. 32, p. 579 – 602.

²²⁶ GISBERT CALABUIG, J.A., SÁNCHEZ BLANQUE, A. y CASTELLANO ARROYO, M.: "Neurosis", en GISBERT CALABUIG, J.A.: *Medicina Legal y Toxicología*, 6ª Edición, Masson, 2004, p. 1179.

²²⁷ HOMS SANZ DE LA GARZA, J.: *Avances en medicina legal: Ingeniería genética, alteraciones psíquicas y drogas*, J.M. Bosch, 1999, p. 53.

imputabilidad²²⁸. No se debe pasar por alto que esta es una de las figuras más controvertidas de la Teoría Jurídica del Delito²²⁹, y, como MARTÍNEZ GARAY²³⁰ destaca, aquella que en menor medida admite criterios exactos de determinación.

Debemos recordar que la realización de un simple hecho tipificado como delito no es suficiente para la exigencia de responsabilidad penal, ya que la misma exige la comprobación ex ante de la culpabilidad del sujeto, que, de acuerdo con COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN²³¹, es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico. Y una de las exigencias de la culpabilidad es la imputabilidad del sujeto, puesto que la misma requiere que el sujeto ostente una determinada madurez en base a unas condiciones biológicas y psíquicas que le permitan conocer la lesividad e ilicitud de su comportamiento, y dirigir su voluntad conforme a dicha comprensión.

Dejando al margen las polémicas doctrinales en relación a su sentido y alcance, y pasando a la regulación positiva, se debe tener en cuenta que el Código Penal (CP) de 1995 no se refiere en sentido positivo a la imputabilidad, sino que alude a la falta excepcional de ésta; esto es, contiene una regulación negativa en su artículo 20, declarando exentos de responsabilidad criminal, en su primer apartado, al que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o

²²⁸ Sin olvidar la complejidad que encierra la categoría general en la que se incardina, de la que hereda parte de su problemática: la culpabilidad. Esta categoría encierra un interminable debate en relación a su fundamento que enfrenta a aquellos que defienden una postura libre arbitrista, y aquellos que postulan necesidades preventivas. Para más información, consultar, entre muchos otros: COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 576; MORALES PRATS, F. (coordinador) y OTROS: *Comentarios al nuevo Código Penal*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 148; GIMBERNAT ORDEIG, E.: ¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 157; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 3ª

reimpr., Reppertor, Barcelona, 2006, p. 558; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., rev. y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 372, URRUELA MORA, A.: *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*, Comares, Bilbao-Granada, 2004, p. 156.

²²⁹ BLANCO LOZANO, C.: "El concepto penal de imputabilidad", en *La Ley*, 2002-1º, D-18, p. 1873.

²³⁰ MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 15.

²³¹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: p. 535.

actuar conforme a esa comprensión²³². Y desde esta redacción *ad sensu* contrario podemos extraer los requisitos exigibles en la imputabilidad; que el sujeto pueda comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a dicha comprensión. Esto es, un requisito cognoscitivo y otro volitivo o de determinación. Referente al primero, exige que la persona tenga la capacidad para valorar la licitud del hecho, mientras que el segundo refiere a la capacidad para actuar conforme a esa comprensión; es decir, a la capacidad del individuo para dirigir su voluntad conforme a las exigencias del Ordenamiento jurídico; capacidad que es la comprometida en TCI como la cleptomanía. Pero, si bien la imputabilidad requiere, como destaca MIR PUIG²³³, estos dos requisitos acuñados legalmente, esto es, la capacidad de entender que lo que hace es ilícito, y de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión, ambos requieren también determinados datos biológicos. No en balde, se acoge un criterio mixto, refrendado por la jurisprudencia del TS²³⁴, en el que no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del CP exige una causa biopatológica y un efecto psicológico: la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo²³⁵. Como nuestro alto tribunal expresa, es necesario poner en relación la alteración mental con el acto delictivo concreto²³⁶, dado que, en sede penal, "cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa

²³² En el segundo apartado regula el estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, y la alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que produzca una alteración grave de la conciencia de la realidad en el tercero. La minoría de edad, en cambio, la encontramos en el artículo 19 del CP.

²³³ MIR PUIG, S.: p. 556 - 557.

²³⁴ STS 1400/99 de 9 de octubre.

²³⁵ STS 314/2005, de 9 de marzo.

²³⁶ Entre otras: SSTS 437/2001, de 22 de marzo, 332/97 de 17 de marzo.

comprensión²³⁷ aquello a valorar. Además, junto con estos requisitos debemos añadir dos más conforme a la doctrina y jurisprudencia establecida; el padecimiento de esta anomalía o alteración psíquica por el sujeto en el momento en que ejecute la acción penal y la existencia de una relación “de causalidad” entre dicha anomalía y el hecho cometido²³⁸.

Finalmente, respecto del criterio cualitativo, se estima que para no complicar las cosas, todo informe pericial debería tener en sus conclusiones el diagnóstico en base a las clasificaciones internacionales de enfermedades mentales, la CIE o el DSM, no pudiéndose utilizar terminología que no esté enmarcada en estos códigos. Asimismo, teniendo en cuenta su mayor uso por nuestros tribunales, la cleptomanía debería de acuerdo con la quinta versión del DSM²³⁹. Más aún si se tiene en cuenta que la nueva versión del DSM representa una tímida apuesta por la regulación dimensional que, como en las conclusiones del presente artículo tendremos ocasión de comprobar, puede ser más idónea en la regulación de los trastornos mentales, especialmente en el terreno forense, donde más allá de la concreta categoría diagnóstica, aquello más importante es la afectación de la capacidad racional del sujeto de la que depende su imputabilidad y, por ende, responsabilidad penal.

II. ANÁLISIS DE LA CLEPTOMANIA DESDE LOS ÚLTIMOS AVANCES NEUROBIOLÓGICOS

La comorbilidad existente entre los TCI, los trastornos relacionados con sustancias (TRS) y los trastornos de la personalidad (TPs) son una constante de la práctica clínica y normalmente conlleva el cuestionamiento del carácter

²³⁷ STS 175/2008, de 14 de mayo.

²³⁸ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., AMOR ANDRÉS, P.J. y YUSTE GARCÍA, J.: “Atenuación de la **responsabilidad penal** en la **ludopatía**: Bases psicopatológicas”, en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 1, N° 0, 2000, p. 59 – 76.

²³⁹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION: *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-V)*, 2014. Podemos observar un interesante análisis de las modificaciones que el borrador del DSM-V, publicado el 19 de febrero de 2010 en la web de la APA, implicaba respecto de la regulación del DSM-IV en los trastornos de la personalidad (muchas de ellas finalmente descartadas en el manual finalmente aprobado) en: ESBEC, E. y ECHEBURRUA, E.: “La reformulación de los trastornos de la personalidad en el DSM-V”, en *Actas Esp Psiquiatría*, 39 (1), 2011, pp. 1-11.

independiente derivado de su clasificación como entidades separadas²⁴⁰. Sin duda, esta comorbilidad explicará, en parte, que los correlatos neurobiológicos de trastornos como la cleptomanía sean compartidos por los demás trastornos de estos grupos; particularidad de la que, posiblemente, se deriven las últimas apuestas por los enfoques dimensionales.

Conviene precisar que la cleptomanía presenta una elevada comorbilidad con el trastorno depresivo mayor, el trastorno obsesivo-compulsivo, el trastorno por estrés postraumático, la bulimia nerviosa y el trastorno de ansiedad generalizada. Ya de entrada se advierte que existen varios aspectos psicobiológicos comunes entre estos trastornos, destacando la dimensión impulsiva de la personalidad y determinados neurotransmisores, como el sistema serotoninérgico, como seguidamente abordaremos. La categorización de estos trastornos es controvertida pues entre los extremos de comorbilidad morbosa existen múltiples posibilidades intermedias. No obstante, lo cierto es que el tratamiento jurídico posible en estos casos es adecuado, teniendo en cuenta que permite la gradación en función de la gravedad de los síntomas y la afectación en las facultades del sujeto.

Las primeras hipótesis sobre la etiopatogenia de la cleptomanía fueron abordadas por autores psicoanalistas, por lo que el foco de atención fueron los factores psicodinámicos en la interpretación de este tipo de conducta. Desde que Stekel postulara que la cleptomanía era debida a la conversión en energía cinética de la energía sexual derivada de conflictos edípicos no resueltos, muchos autores han intentado dar una explicación a este problema basándose en la posible existencia de conflictos subyacentes. Y, aunque diferentes trabajos en el siglo XX intentaron sistematizar los hipotéticos perfiles psicológicos característicos de los pacientes: mujeres con poco grado de socialización²⁴¹, personalidades

²⁴⁰ CERVERA MARTÍNEZ, G., RUBIO VALLADOLID, G., HARO CORTÉS, G., BOLINCHES CLARAMONTES, F., DE VICENTE MANZANARO, P. y VALDERRAMA ZURIÁN, J.C.: "La comorbilidad entre los trastornos del control de los impulsos, los relacionados con el uso de sustancias y los de la personalidad", en *Trastornos Adictivos*, Vol. 03. Núm. 01. Enero 2001.

²⁴¹ SARASALO, E., BERGMAN, B. y TOTH, J.: "Personality traits and psychiatric and somatic morbidity among kleptomaniacs", en *Acta Psychiatr Scand*, 1996 Nov; 94 (5):358-64.

neuróticas²⁴², depresivas²⁴³, o psicopáticas, las sospechas de que el cuadro no constituía un único síndrome psicopatológico y de que las posibles causas eran múltiples ²⁴⁴ han ido cobrando cada vez más fuerza. De hecho, el modelo biopsicosocial²⁴⁵ ha abierto la puerta a aquel que incluye esta patología dentro de los llamados Trastornos del Espectro Afectivo junto a otros trastornos del control de los impulsos, trastornos afectivos, trastornos de ansiedad, y abuso de sustancias psicoactivas ²⁴⁶. Por otra parte, se han sucedido las descripciones de la aparición del cuadro debido a enfermedades somáticas²⁴⁷

De hecho, en muchas ocasiones se ha afirmado que la cleptomanía no representa un trastorno con entidad propia, siendo más bien una manifestación dentro del espectro de otro trastorno psiquiátrico, entre los que se han señalado fundamentalmente la depresión, los trastornos alimentarios, el trastorno obsesivo-compulsivo, y los trastornos adictivos. Uno de los autores que más han abordado el tema, como es McElroy²⁴⁸, considera que la cleptomanía está relacionada con el espectro de los trastornos afectivos. También se ha destacado la relación de la cleptomanía con el trastorno obsesivo-compulsivo, detectándose una mayor incidencia de este trastorno en los pacientes con cleptomanía y en sus

²⁴² GOSSLING, H.W. y ROSIN, J.: "Kleptomania before and after spontaneous subarachnoid hemorrhage. A neuropsychodynamic case report", en *Fortschr Neurol Psychiatr*, 1994 May;62 (5) :164-8.

²⁴³ FISHBAIN, D.A.: "Kleptomania as risk-taking behaviour in response to depression", en *Am J Psychother*, 1987 Oct;41 (4) :598-603.

²⁴⁴ CIERPKA, M.: "Psychodynamics of neurotically-induced kleptomania", en *Psychiatr Prax*, 1986 May;13 (3) :94-103.

²⁴⁵ GOLDMAN, M.J.: "Kleptomania: making sense of the nonsensical", en *Am J Psychiatry*, 1991 Aug;148 (8) :986-96.

²⁴⁶ McELROY S.L., KECK, P.E. Jr. y PHILLIPS, K.A.: 1995. McELROY S.L., HUDSON, J.I., POPE, H.G. Jr., KECK, P.E. Jr y AIZLEY H.G.: 1992. McELROY, S.L., POPE, H.G. Jr, HUDSON, J.I., KECK, P.E. Jr y WHITE, K.L.: "Kleptomania: a report of 20 cases", en *Am J Psychiatry* 1991 May; 148 (5):652-7. McELROY S.L., HUDSON, J.I., POPE, H.G. Jr. y KECK, y P.E. Jr.: "Kleptomania: clinical characteristics and associated psychopathology", en *Psychol Med*, 1991 Feb; 21 (1):93-108. POPE, H.G. Jr. y HUDSON, J.I.: "A supplemental interview for forms of "affective spectrum disorder", en *Int J Psychiatry Med*, 1991; 21 (3):205-32.

²⁴⁷ KATZENELLENBOGEN, J. y WASIK, A.: "Psychiatric-forensic case of kleptomania caused by endocrine secretions", en *Psychiatr Pol*, 1967 May-Jun; 1 (3):359-61. LAMOTE, H., TAN, K.L. y VERHOEVEN, W.M.: "Frontotemporal dementia in a young woman with apparent schizophrenia", en *Ned Tijdschr Geneesk*, 1998 Aug 29; 142 (35):1962-5.

²⁴⁸ McELROY S.L., HUDSON, J.I., POPE, H.G. Jr. y KECK, P.E. Jr.: 1991. McELROY S.L., KECK, P.E. Jr. y PHILLIPS, K.A.: 1995, en igual sentido: FISHBAIN, D.A., 1987; POPE, H.G. Jr. y HUDSON, J.I.: 1991.

familiares de primer grado²⁴⁹, o su asociación con trastornos alimentarios. En este sentido el mismo autor antes citado²⁵⁰ ha documentado la alta incidencia de trastornos alimentarios entre los pacientes cleptómanos y, de la misma manera, en pacientes con trastornos alimentarios se observan también muchas conductas cleptómanas. En efecto, el impulso irresistible para robar, y la excitación experimentada mientras se lleva a cabo la conducta se ha puesto en relación con las conductas adictivas²⁵¹.

Aunque la investigación sobre los factores biológicos implicados en la cleptomanía, como MURRAY²⁵² destaca, es muy escasa, lo cierto es que teniendo en cuenta la relación de la cleptomanía con otros TCI con los que comparte etiología, pueden extenderse los hallazgos respecto a éstos. Y los mimos apuntan hacia la existencia de un déficit serotoninérgico²⁵³, hecho que explicaría la mejoría de algunos de estos pacientes cuando se utilizan fármacos que mejoran la neurotransmisión a este nivel. De todos modos, conviene tener presente que la hiposerotonergia encontrada en los TCI, que ocasiona que haya una buena respuesta a los fármacos potenciadores de la serotonina (ISRS), no se presenta en todos los trastornos, ni en todos los pacientes del mismo tipo de trastorno, por lo que se sospecha que existe una heterogeneidad biológica en los TCI todavía no resuelta que en años venideros debe ser abordada.

En la actualidad los estudios sobre TCI se centran en la impulsividad²⁵⁴. La alteración neurobiológica más ampliamente encontrada en la literatura es el déficit serotoninérgico²⁵⁵, aunque, como decíamos, no hay estudios biológicos

²⁴⁹ McELROY, S.L., POPE, H.G. Jr, HUDSON, J.I., KECK, P.E. Jr y WHITE, K.L.: 1991; McELROY S.L., HUDSON, J.I., POPE, H.G. Jr. y KECK, P.E. Jr.: 1991.

²⁵⁰ McELROY S.L., HUDSON, J.I., POPE, H.G. Jr. y KECK, P.E. Jr.: 1991.

²⁵¹ McELROY S.L., HUDSON, J.I., POPE, H.G. Jr. y KECK, P.E. Jr.: 1991.

²⁵² MURRAY, J. B.: "Kleptomania: A Review of the Research", en *The Journal of Psychology: Interdisciplinary and Applied* 1992, 126: 131-7.

²⁵³ Aunque en la cleptomanía no se cuentan con datos, si en piromanía y ludopatía. Para más información; VIRKUNNEM, M., NUUTILA, A., GOODWIN, F.K. y LINNOILA, M.: "Cerebrospinal fluid monoamine metabolite levels in male arsonists", en *Arch Gen Psychiatry*. 1987 Mar; 44(3):241-7.

²⁵⁴ RONCERO, C., RODRÍGUEZ-URRUTIA, A., GRAU-LÓPEZ L. y CASAS, M.: 2009.

²⁵⁵ PALLANTI, S. y HOLLANDER, E.: "Pathological gambling", en HOLLANDER, E. (ed.) *Clinical Manual of Impulse Control Disorders*. Washington: American Psychiatric Publishing, 2006. ROS, S., DIEZ, B. y CASANOVA, N.: "Anticonvulsivantes en el tratamiento de la impulsividad", en *Actas Esp Psiquiatr*, 2008; 36 (Suppl. 3):46-62.

sobre la cleptomanía ni sobre la piromanía. En estudios recientes se describe que también existen alteraciones en otros sistemas de neurotransmisión²⁵⁶, como son la hiperactividad noradrenérgica, la disfunción dopaminérgica y colinérgica, un incremento de testosterona y endorfinas, una hipofunción del eje hipotálamo-hipofiso-suprarrenal, una hipofunción gabaérgica y una hiperfunción glutamatérgica²⁵⁷. Todo ello es concordante con la experiencia clínica, en la que fármacos como los antiepilépticos, sin acción serotoninérgica, también pueden modular las conductas impulsivas. Sin duda, parece evidente la participación de otros mecanismos neurobiológicos, junto con alteraciones genéticas y neuroanatómicas que podrían estar relacionadas con fragilidad neurológica congénita o postraumática²⁵⁸. En efecto, el tratamiento de estos trastornos es muy complejo, debido a las dificultades en esclarecer la etiopatogenia de las conductas impulsivas y la muy frecuente existencia de comorbilidad. De hecho, es probable que se trate de un conjunto de entidades relacionadas clínicamente entre sí pero con distinta base neurobiológica.

Sin duda, el avance en la investigación en neurociencias permitirá conocer los distintos mecanismos implicados en estos trastornos. Y evidentemente el Derecho deberá prestar atención. Por el momento, existe suficiente evidencia para afirmar que la función serotoninérgica está relacionada, por lo que se han usado fármacos con acción sobre este sistema, sin embargo habitualmente el tratamiento con estos medicamentos es insuficiente. Parece que otros sistemas de neurotransmisión también están implicados²⁵⁹. No obstante, lo cierto es que, teniendo en cuenta el éxito del tratamiento antidepresivo con Inhibidores Selectivos de la Recaptación de la Serotonina (ISRS), se postula que éste puede ser el neurotransmisor implicado principalmente en los trastornos del espectro afectivo y, más concretamente, en los trastornos del control de los impulsos. En efecto, este hecho podría explicar la asociación comórbida con patologías como

²⁵⁶ KALENSCHER, T., OHMANN, T. y GUNTURKUN, O.: "The neuroscience of impulsive and self-controlled decisions", en *Int J Psychophysiol*, 2006; 62(2):203-11.

²⁵⁷ ROS, S., DIEZ, B. y CASANOVA, N.: 2008.

²⁵⁸ ELLIOTT, F.A.: "Neurological findings in adult minimal brain dysfunction and the dyscontrol syndrome", en *J Nerv Ment Dis*, 1982; 170(11):680-7.

²⁵⁹ RONCERO, C., RODRÍGUEZ-URRUTIA, A., GRAU-LÓPEZ L. y CASAS, M.: 2009.

la piromanía²⁶⁰, o inclusive con la esquizofrenia²⁶¹, celotipia²⁶², u otros estados psicóticos²⁶³, basándose en la evidencia de que los fármacos antipsicóticos atípicos (clozapina, risperidona, y olanzapina) actúan, además de sobre receptores dopaminérgicos, en los serotoninérgicos. Sin olvidar también la relación de la cleptomanía con el alcoholismo, aunque más que centrada en el descontrol de la impulsividad, se caracteriza por la búsqueda de sensaciones, o patologías sexuales como el exhibicionismo²⁶⁴.

III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

En primer lugar, debemos destacar que no existe una doctrina consolidada por el Tribunal Supremo (TS) sobre la incidencia de la cleptomanía en la imputabilidad, posiblemente explicable, junto con la confusión vista en torno a esta categoría doctrinal, por el escaso número de supuestos que en este tribunal se ha tenido que pronunciar sobre la misma, teniendo en cuenta que es difícil que existan recursos de casación en estos casos, teniendo debido al escaso valor de lo sustraído²⁶⁵. No obstante, ya de entrada se debe tener claro que la cleptomanía puede ser considerada una patología psíquica incardinable en los términos “anomalía o alteración psíquica” y, si los hechos se producen durante el padecimiento del impulso, se puede aplicar tanto la eximente completa, como la incompleta o atenuante analógica, dependiendo de la afectación sobre la capacidad de actuar²⁶⁶.

²⁶⁰ PIERLOOT R.A., WELLENS, W. y HOUBEN, M.E.: “Elements of resistance to a combined medical and psychotherapeutic program in anorexia nervosa. An overview”, en *Psychother Psychosom*, 1975; 26(2):101-17.

²⁶¹ DE MONTJOYE, B.V., WAMBERGUE, D., LECAMP, M. y LAROME, A.: “Kleptomania and pyromania. Apropos of a case”, en *Ann Med Psychol* (Paris) 1992 Dec; 150 (10):734-8.

²⁶² CHONG, S.A.: “Schizophrenia and kleptomania: a case report. A biological link?” en *Ann Acad Med Singapore*, 1995 Nov; 24 (6):860-2.

²⁶³ RIKOVSKY, S., STROKY, H. y WIDERMANNNOVA, L.: “Kleptomania and pathic possession”, en *Cesk Psychiatr*, 1968 Oct; 64 (5):326-36. KYSHTOBAEVA, ZSH.: “Psychopathology and clinical picture of impulsive tendencies during schizophrenia”, en *Zh Nevropatol Psikhiatr* 1987; 87 (9):1383-7.

²⁶⁴ LEJOYEUX, M., FEUCHE, N., LOI, S., SOLOMON, J. y ADES J.: “Study of impulse-control disorders among alcohol-dependent patients”, en *J Clin Psychiatry*, 1999 May; 60 (5):302-5.

²⁶⁵ Así lo reconoce la SAP de Sevilla 697/2003, de 23 de diciembre.

²⁶⁶ URRUELA MORA, A.: 2004, p. 329.

Esto tal vez explique que no hayamos encontrado en nuestro estudio ni una sola sentencia del TS que reconozca la eximente completa de anomalía o alteración psíquica debido a una cleptomanía, aunque lo cierto es que hemos encontrado una escasa resolución de este tribunal en la que se dispensa un tratamiento adecuado a este trastorno, si bien se niega cualquier tipo de repercusión.

Tampoco las Audiencias Provinciales (AAPP) se suelen ocupar frecuentemente de tales casos. Y, cuando lo hacen, suelen negar la atenuación de responsabilidad en un trastorno que en ocasiones oculta a un simple ladrón habitual. No obstante, cabe destacar dos sentencias de AAPP en las que se ha apreciado esta eximente completa. En el primero de ello, la AP de Alicante²⁶⁷ reconoció este trastorno, junto con una ludopatía, como causante de la anulación de la capacidad volitiva de la acusada, teniendo en cuenta, seguramente, que la mujer en el momento de los hechos estaba sometida a tratamiento. También reconoce la eximente completa la AP de Sevilla²⁶⁸, efectuando además un interesante análisis del trastorno. La audiencia destaca como el impulso en cuestión llega de manera inesperada, sin planearlo previamente, y resulta irrefrenable para el enfermo, el cual aunque es consciente en todo momento de la antijuridicidad de su conducta, no es capaz de controlar su impulso, actuando en solitario. No obstante, conviene destacar que en este caso la acusada padecía un retraso mental leve; cuadro que explica, en parte, la apreciación de esta eximente completa en el robo de bisutería en unos grandes almacenes. De todos modos, resulta conveniente destacar las afirmaciones de la audiencia, entendiéndolo que, conforme con la caracterización de la cleptomanía que figura en las clasificaciones internacionales, el cleptómano no es penalmente imputable por los pequeños hurtos o robos que cometa bajo el impulso de su trastorno, como se produjo en ese caso, ya que en ese momento no era accesible a la motivación por la norma penal, dominado como está por un impulso que todos los autores describen como irresistible o irrefrenable de cometer la acción antijurídica para aliviar la tensión insoportable que padece.

²⁶⁷ SAP de Alicante 57/1998, de 2 febrero.

²⁶⁸ SAP de Sevilla 697/2003, de 23 de diciembre.

Por otro lado, también encontramos la aplicación de la eximente incompleta por algunas AAPP. Esta fue la apreciada por la SAP de Madrid 138/2003, de 7 de marzo, entendiendo que la cleptomanía que padecía la acusada solamente disminuía su capacidad volitiva, o la SAP de Barcelona de 30 de abril de 2001 en un caso en la que se ejemplifica la comorbilidad existente vista en este trastorno. Concretamente, la acusada padecía, junto a la cleptomanía, un trastorno mixto de la personalidad, depresión y politoxicofilia, entendiendo la audiencia que este coctel de trastornos le provocaron una limitación parcial de sus facultades volitivas.

En la misma línea, la AP de Huesca, en su sentencia 88/2001, de 16 de mayo, reconoció una disminución en las facultades mentales de la acusada, debido a la cleptomanía padecida ante una situación ansiosa, apreciando la circunstancia atenuante 6ª del artículo 21, en relación con la 1ª y con el 20.1.

No obstante, lo cierto es que en la mayoría de casos se deniega cualquier tipo de rebaja penal. Esta fue la respuesta en uno de los escasos casos en los que el TS se ha pronunciado al respecto. El TS, en su sentencia 569/2012 de 27 junio, entendió inapreciable la eximente del artículo 20.1 en relación a una supuesta cleptomanía teniendo en cuenta la premeditación que el acusado de los hechos, empleado de una asesoría jurídica, manifestó en un delito continuado de falsedad en documento mercantil.

En base al informe pericial médico aportado a juicio y las explicaciones ofrecidas por el perito, se estimó que no existía certeza suficiente para afirmar la existencia de cleptomanía en el acusado, ni que ésta tuviera intensidad suficiente como para anular o limitar las capacidades intelectivas y volitivas del mismo. En este sentido, el perito declaró que la cleptomanía era un trastorno de control de impulsos incompatible con la premeditación, puesto que se trata de un comportamiento impulsivo, no premeditado que no se produjo en este caso, ya que los hechos fueron fruto de una planificación. Y, como se destaca, la cleptomanía se caracteriza por las conductas reiteradas de ceder a los impulsos y

por la tensión, a veces intolerable, de sustraer objetos que no son obtenidos por su valor monetario o como ganancia o beneficio patrimonial.

Es destacable como esta misma sentencia se hace eco de que como desde el punto de vista de la fenomenología, no es descartado pensar que la cleptomanía sea tan solo una manifestación clínica concreta en la que subyace un trastorno obsesivo compulsivo. Y ello es así porque el verdadero trastorno de cleptomanía lleva aparejada la conciencia de que es un acto absurdo, sin sentido racional, tras el que se experimenta bienestar y liberación por la desaparición de la tensión, pero también autoreproches o ideas de culpa, es decir, con malestar clínico significativo. Además, destacó un aspecto particularmente relevante, como es que los delitos están en relación con la definición específica del trastorno; es decir, hurtos y robos de diversos objetos en tiendas cometidos de forma impulsiva, no debiéndose confundir este trastorno con los hurtos en tiendas para satisfacer caprichos, o la venta posterior de los artículos sustraídos para la supervivencia.

Apreciaron también la imputabilidad plena, negando cualquier tipo de repercusión, la SAP de Pontevedra 6/2002, de 22 de abril, en un robo en casa habitada a la que accede tras violentar la puerta de entrada con una pala, o la SAP de Madrid 345/2011 de 28 julio, ante un delito continuado de falsedad en documento mercantil, y la 10291/2014, de 25 noviembre. Casos en los que la relación del delito con el trastorno, exigible para apreciar una atenuación en la responsabilidad, es inexistente.

IV. REFLEXIONES FINALES

Del análisis efectuado se desprende que, al margen de las controversias meramente teóricas, la cleptomanía es un trastorno en el área de la impulsividad que impide al sujeto resistir a los impulsos de robar objetos, debido a una merma en el control de los impulsos. Ante esto, y siempre que el delito en cuestión consista en pequeños hurtos sin premeditación, los tribunales deberían valorar la posibilidad de aplicar tanto la eximente completa del art. 20.1 CP, como la semieximente del art. 21.1 CP en relación al anterior, y la atenuante analógica. Aplicaciones que, aunque hemos comprobado que se producen, las mismas son

escasas, teniendo en cuenta que en numerosas ocasiones se confunde este trastorno con las notas definitorias del simple delincuente común.

Sin duda, el avance en el campo neurocientífico, que empieza a despegar, puede ser útil en la validación de trastornos del control de los impulsos como la cleptomanía, permitiendo la distinción de aquellos sujetos que sufren esta patología de los delincuentes habituales. No obstante, no se debe desconocer que, como hemos visto, las últimas investigaciones apuntan a que muchas de las categorías diagnósticas imperantes en la actual nosología responden a una diferenciación artificial en la que intervienen las mismas bases neurobiológicas. Concretamente, se está demostrando como los TCI, TPs y TRS comparten etiología, cuyo punto central descansa en la impulsividad, por lo que no es descabellado pensar que en años venideros puedan quedar englobados en una configuración dimensional. De todos modos, lo cierto es que, al margen de estas discusiones doctrinales, en sede penal, más que una concreta etiqueta diagnóstica, aquello clave es la afectación de las capacidades cognitivas generales, teniendo en cuenta la fórmula mixta que nuestro CP acoge, y dicha afectación está siendo validada. Además, si atendemos a la gradación existente en nuestro Derecho, la responsabilidad jurídica puede ser verdaderamente ajustada, permitiendo su graduación atendiendo a las especiales características de cada supuesto en particular.

Si bien lo cierto es que, debido a su escasa trascendencia, no existe una doctrina consolidada del TS respecto a estos trastornos, parece que el tratamiento jurisprudencial de la cleptomanía, especialmente por parte de las AAPP, ha mejorado con los años, y su repercusión *a priori* resulta interesante; claro está, en los casos en los que se diferencian estos trastornos del delincuente habitual. Diferenciación verdaderamente complicada en la que, sin duda, los estudios neurobiológicos al respecto pueden ser verdaderamente útiles de ahora en adelante, mejorando la consideración que en general los tribunales mantienen respecto a estas controvertidas perturbaciones mentales.

En esta línea, como la sentencia anteriormente vista de la AP de Sevilla destacó, conforme con la caracterización de la cleptomanía que figura en las

clasificaciones internacionales, el cleptómano no es penalmente imputable por los pequeños hurtos o robos que cometa bajo el impulso de su trastorno, ya que en tales casos no es accesible a la motivación por la norma penal. El sujeto activo, a causa de su anomalía psíquica, aunque es capaz de comprender la ilicitud del hecho, no de actuar conforme a esa comprensión, pues no puede refrenar el impulso criminal que le domina a su pesar.

Sin embargo, se entiende que lo más frecuente será considerar una atenuación de responsabilidad, y solamente en supuestos de excepcional gravedad puede llegar a plantearse la apreciación de una eximente completa. En todo caso, en la totalidad de los supuestos se deberá acreditar pericialmente la afectación o la anulación absoluta o cuasi absoluta, según las circunstancias, de la capacidad de control del acusado que permita declarársele como semiimputable o inimputable, teniendo en cuenta la fórmula bio-psicológica que la legislación de nuestro país acoge.

BIBLIOGRAFÍA

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, Actualización de la codificación del DSM-5. Suplemento del manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales. Marzo 2014.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-III) 1980.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-V) 2014.

BLANCO LOZANO, C.: "El concepto penal de imputabilidad", en *La Ley*, 2002-1º, D-18.

CERVERA MARTÍNEZ, G., RUBIO VALLADOLID, G., HARO CORTÉS, G., BOLINCHES CLARAMONTES, F., DE VICENTE MANZANARO, P. y VALDERRAMA ZURIÁN, J.C.: "La comorbilidad entre los trastornos del control de los impulsos, los relacionados con el uso de sustancias y los de la personalidad", en *Trastornos Adictivos*, Vol. 03. Núm. 01. Enero 2001.

CHONG, S.A.: "Schizophrenia and kleptomania: a case report. A biological link?" en *Ann Acad Med Singapore*, 1995 Nov; 24 (6):860-2.

CIERPKA, M.: "Psychodynamics of neurotically-induced kleptomania", en *Psychiatr Prax*, 1986 May;13 (3) :94-103.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 576.

DE MONTJOYE, B.V., WAMBERGUE, D., LECAMP, M. y LAROME, A.: "Kleptomania and pyromania. Apropos of a case", en *Ann Med Psychol (Paris)* 1992 Dec; 150 (10):734-8.

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., AMOR ANDRÉS, P.J. y YUSTE GARCÍA, J.: "**Atenuación de la responsabilidad penal en la ludopatía: Bases psicopatológicas**", en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 1, Nº 0, 2000, p. 59 - 76.

ECHEBURÚA, E., SALABERRÍA, K. y CRUZ-SAEZ, M.: "Aportaciones y limitaciones del DSM-5 desde la Psicología Clínica", en *Terapia Psicológica*, 32(1), 2014.

ELLIOTT, F.A.: "Neurological findings in adult minimal brain dysfunction and the dyscontrol syndrome", en *J Nerv Ment Dis*, 1982; 170(11):680-7.

ESBEC, E. y ECHEBURRUA, E.: "La reformulación de los trastornos de la personalidad en el DSM-V", en *Actas Esp Psiquiatría*, 39 (1), 2011, pp. 1-11.

FISHBAIN, D.A.: "Kleptomania as risk-taking behaviour in response to depression", en *Am J Psychother*, 1987 Oct;41 (4) :598-603.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: ¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 157.

GISBERT CALABUIG, J.A., SÁNCHEZ BLANQUE, A. y CASTELLANO ARROYO, M.: "Neurosis", en GISBERT CALABUIG, J.A.: *Medicina Legal y Toxicología*, 6ª Edición, Masson, 2004, p. 1179.

GOLDMAN, M.J.: "Kleptomania: making sense of the nonsensical", en *Am J Psychiatry*, 1991 Aug;148 (8) :986-96.

GOSSLING, H.W. y ROSIN, J.: "Kleptomania before and after spontaneous subarachnoid hemorrhage. A neuropsychodynamic case report", en *Fortschr Neurol Psychiatr*, 1994 May;62 (5) :164-8.

HOMS SANZ DE LA GARZA, J.: *Avances en medicina legal: Ingeniería genética, alteraciones psíquicas y drogas*, J.M. Bosch, 1999, p. 53.

IBÁÑEZ CUADRADO, A., y SAIZ RUIZ, J.: "Trastornos de los hábitos y del control de los impulsos", en *Tratado de Psiquiatría*, cap. 32, p. 579 – 602.

KALENSCHER, T., OHMANN, T. y GUNTURKUN, O.: "The neuroscience of impulsive and self-controlled decisions", en *Int J Psychophysiol*, 2006; 62(2):203-11.

KATZENELLENBOGEN, J. y WASIK, A.: "Psychiatric-forensic case of kleptomania caused by endocrine secretions", en *Psychiatr Pol*, 1967 May-Jun; 1 (3):359-61.

KYSHTOBAEVA, ZSH.: "Psychopathology and clinical picture of impulsive tendencies during schizophrenia", en *Zh Nevropatol Psikhiatr* 1987; 87 (9):1383-7.

LAMOTE, H., TAN, K.L. y VERHOEVEN, W.M.: "Frontotemporal dementia in a young woman with apparent schizophrenia", en *Ned Tijdschr Geneesk*, 1998 Aug 29; 142 (35):1962-5.

LEJOYEUX, M., FEUCHE, N., LOI, S., SOLOMON, J. y ADES J.: "Study of impulse-control disorders among alcohol-dependent patients", en *J Clin Psychiatry*, 1999 May; 60 (5):302-5.

MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 15.

McELROY S.L., HUDSON, J.I., POPE, H.G. Jr. y KECK, y P.E. Jr.: "Kleptomania: clinical characteristics and associated psychopathology", en *Psychol Med*, 1991 Feb; 21 (1):93-108.

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 3ª reimpr., Reppertor, Barcelona, 2006, p. 558.

MORALES PRATS, F. (coordinador) y QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 148.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., rev. y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 372.

MURRAY, J. B.: "Kleptomania: A Review of the Research", en *The Journal of Psychology: Interdisciplinary and Applied* 1992, 126: 131-7.

PALLANTI, S. y HOLLANDER, E.: "Pathological gambling", en HOLLANDER, E. (ed.) *Clinical Manual of Impulse Control Disorders*. Washington: American Psychiatric Publishing, 2006.

PIERLOOT R.A., WELLENS, W. y HOUBEN, M.E.: "Elements of resistance to a combined medical and psychotherapeutic program in anorexia nervosa. An overview", en *Psychother Psychosom*, 1975; 26(2):101-17.

POPE, H.G. Jr. y HUDSON, J.I.: "A supplemental interview for forms of "affective spectrum disorder", en *Int J Psychiatry Med*, 1991; 21 (3):205-32.

RIKOVSKY, S., STROKY, H. y WIDERMANNNOVA, L.: "Kleptomania and pathic possession", en *Cesk Psychiatr*, 1968 Oct; 64 (5):326-36.

ROS, S., DIEZ, B. y CASANOVA, N.: "Anticonvulsivantes en el tratamiento de la impulsividad", en *Actas Esp Psiquiatr*, 2008; 36 (Suppl. 3):46-62.

SANTOS RUIZ, J.L. y SANZ RODRÍGUEZ, L.J.: *DSM-5: Novedades y Criterios Diagnósticos*, Centro Documentación de Estudios y Oposiciones, 2013.

SARASALO, E., BERGMAN, B. y TOTH, J.: "Personality traits and psychiatric and somatic morbidity among kleptomaniacs", en *Acta Psychiatr Scand*, 1996 Nov; 94 (5):358-64.

URRUELA MORA, A.: *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*, Comares, Bilbao-Granada, 2004, p. 156.

VIRKUNNEM, M., NUUTILA, A., GOODWIN, F.K. y LINNOILA, M.: "Cerebrospinal fluid monoamine metabolite levels in male arsonists", en *Arch Gen Psychiatry*. 1987 Mar; 44(3):241-7.

JURISPRUDENCIA

SAP de Alicante 57/1998, de 2 de febrero.

SAP de Barcelona de 30 de abril de 2001.

SAP de Huesca, 88/2001, de 16 de mayo.

SAP de Pontevedra, 6/2002, de 22 de abril.

SAP de Madrid, 138/2003, de 7 de marzo.

SAP de Sevilla 697/2003, de 23 de diciembre.

SAP de Sevilla 697/2003, de 23 de diciembre.

SAP de Madrid, 345/2011, de 28 de julio.

SAP de Madrid, 10291/2014, de 25 de noviembre.

STS 332/1997 de 17 de marzo.

STS 1400/1999 de 9 de octubre.

STS 437/2001, de 22 de marzo

STS 314/2005, de 9 de marzo.

STS 175/2008, de 14 de mayo.

STS 569/2012, de 27 de junio.

Crítica del delito urbanístico español: problemas de antijuricidad material y límites con el derecho administrativo sancionador

Antonio Cardona Barber

Doctor en Derecho Penal UAB

1. Cuestiones introductorias

En España, de antiguo, la doctrina constitucional es clara y pacífica: la configuración de los tipos penales atañe a la política criminal y, a la luz del principio de separación de poderes del Estado, es potestad exclusiva y discrecional del legislador²⁶⁹.

No obstante, el problema ha sido que, en ocasiones, las competencias en materia legislativa penal se han utilizado de forma descuidada y poco respetuosa con los principios de *última ratio* y proporcionalidad (cuestiones indefectibles del principio de legalidad). A mayor abundamiento, no pocas veces, el legislador penal ha posibilitado un cuerpo normativo contrario al principio de seguridad jurídica²⁷⁰, apostando por tipos penales confusos, abiertos y poco taxativos que, recurrentemente, han propiciado solapamientos normativos con las otras instancias del *ius puniendi*.

²⁶⁹ Por ejemplo, en el Fundamento Jurídico segundo del Auto 216/1996, de 18 de julio, el Tribunal Constitucional resolvió lo siguiente: «corresponde a la potestad exclusiva del legislador configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que se pretenden evitar y las penas con las que se intenta conseguirlo. De modo que en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la CE, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello de una plena libertad».

²⁷⁰ Lejos queda la visión de GUSTAV RADBRUCH cuando afirmaba, en su conocida *Filosofía del Derecho* que el objetivo primario del Derecho no era la Justicia, sino garantizar la Seguridad Jurídica. Pueden ampliarse estas cuestiones en Hans Welzel, «Derecho natural y positivismo jurídico», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2013.

Pues bien, mediante las siguientes páginas explicaré porqué creo que la actual redacción típica del delito urbanístico, al menos en su tipo básico, es un caso paradigmático de las críticas señaladas en los párrafos anteriores, y, porqué, a su luz, se ha cuestionado que el artículo 319.2 del Código penal cuente realmente con un sustrato de antijuridicidad material propio que lo diferencie de la mera infracción administrativa.

2. Sobre la justificación de la intervención penal en el campo del derecho urbanístico

Si bien la tutela normativa de la ordenación territorial está plenamente aceptada²⁷¹, todavía sigue vigente la discusión sobre si la protección del valor «ordenación del territorio» debe confiarse únicamente al potencial preventivo del Derecho administrativo sancionador, o, quizá, (al menos como modelo coadyuvante) cabe apoyarse también en el recurso del Derecho penal.

En este sentido, no cabe olvidarse que, en España, hasta el año 1995, el urbanismo y la ordenación territorial estaban tutelados únicamente a través de normas administrativas urbanísticas. No obstante, la inacabable lista de casos de infracciones urbanísticas existentes permitió argumentar entonces la insuficiencia del derecho administrativo sancionador y, con ello, a la luz de criterios de prevención general, se justificó el recurso de la pena de prisión²⁷².

²⁷¹ En este contexto, como destaca el Tribunal Supremo en su Sentencia 335/2009, de 6 de abril: «en el derecho actual nadie pone en duda que las leyes relativas a la materia de ordenación del territorio responden a una necesidad de los tiempos que vivimos, pues no sería concebible hoy un Estado de Derecho en el que estuviera permitido que cualquiera pudiera construir o realizar obras en cualquier clase de terreno conforme a su voluntad. El respeto de esas normas se encuentra en la línea de unos intereses públicos que han de tener prioridad sobre los meramente privados».

²⁷² En este sentido, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Ley que configuró por primera vez en nuestro sistema jurídico penal un delito protector de la ordenación territorial), señaló que: «se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; (...)».

En este contexto, sobre la conveniencia del recurso penal en el campo urbanístico, la doctrina está dividida. Así, una parte considera acertada la tipificación del delito urbanístico²⁷³, pero, otra, critica la protección penal del ordenamiento urbanístico, aludiendo, esencialmente, que con esta política criminal se está otorgando un papel expansivo e intervencionista al Derecho Penal, escenario contrario al principio de *ultima ratio* penal²⁷⁴. En este sentido, por ejemplo, MORILLAS CUEVA señala que la doctrina «se ha manifestado reacia a la utilización punitiva para la solución expansiva de estos supuestos relacionados con el urbanismo sobre el fundamento de un mayor protagonismo y reforzamiento de los mecanismos administrativos antes de acudir al Derecho penal²⁷⁵».

Personalmente mantengo una posición intermedia. A mi juicio, la causa real de la intolerable lista de casos de construcciones ilegales no se encontraba en el año 1995 (ni se encuentra hoy) en la presunta ineficacia de las instancias extrapenales,

²⁷³ Por ejemplo, se muestran favorables al recurso del Derecho penal en la tutela de la ordenación del territorio y el urbanismo: GARCÍAS PLANAS, G., *Delito Urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997; ACALE SÁNCHEZ, M., «Delitos contra la ordenación del territorio», en *Memento Práctico, Urbanismo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010; y, entre otros, POZUELO PÉREZ, L., «Notas sobre la denominada “expansión del derecho penal”: un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio» en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 9, 2003, pp. 24 y ss. También, algún autor justifica la intervención penal en la cuestión ordenación territorial a la luz del contenido de la Carta Europea de la Ordenación del Territorio elaborada durante la Conferencia de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio reunida en Torremolinos a finales de mayo del año 1983, así, por ejemplo: CABALLERO SALINAS, J.M., *Los delitos urbanísticos tras la reforma de la LO 5/2010*, Pamplona, Aranzadi, 2014, p. 49 y ss. Ahora bien, ciertamente, en esta Carta Europea, además de ofrecer una definición del concepto ordenación del territorio y urbanismo, se recomienda la protección, pero no exige que sean utilizados medios penales.

²⁷⁴ Incluso, algunos autores han tachado de *intervención demagógica* la del tipo urbanístico español: IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «El delito urbanístico. ¿Delito demagógico?», en *Actualidad Penal*, número 46, Madrid, 1998.

²⁷⁵ MORILLAS CUEVA, L., «Los delitos urbanísticos: una valoración entre dogmática y político criminal», en SUÁREZ LÓPEZ, J.M., (Cord.), *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 198. También de SILVA SÁNCHEZ podemos leer lo siguiente: «¿Qué juicio merece desde perspectivas político-criminales un precepto que sanciona con *penas privativas de libertad* a ciertos sujetos por llevar a cabo «una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección»? ¿Y qué decir del que realiza otro tanto con ciertos sujetos que «lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable»? A mi entender, dicho juicio ha de ser abiertamente negativo, tanto desde el punto de vista de las *garantías materiales* como desde el propio de las *garantías formales* del Derecho penal: SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal de la tutela de la ordenación del territorio» en DE LA MATA BARRANCO (editor), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, ed. Instituto Vasco de la Administración pública, 1998, p. 15.

sino que era (y es todavía hoy) causa directa de la desidia y falta de responsabilidad de las administraciones competentes en el cumplimiento ejecutivo de la normativa urbanística en su territorio, a saber: los entes locales²⁷⁶. Éstos han omitido sistemáticamente sus competencias inspectoras y sancionadoras urbanísticas y, con ello, han permitido la multiplicación de construcciones ilegales en su territorio²⁷⁷. De hecho, considero que la actuación decidida de los Ayuntamientos, sancionando y demoliendo las construcciones ilegales de su territorio, sería la mejor medida de prevención general, mucho más efectiva, sin duda, que el uso en este sector del Código Penal²⁷⁸.

En definitiva, considero que si los recursos administrativos fueran correctamente utilizados, al menos en la tutela de las actuaciones en suelos no especialmente

²⁷⁶ En su relación cabe traer a colación la noticia publicada en fecha 19 de julio de 2016 en el periódico «El País», la cual, con un ejemplo real viene a confirmar la opinión del autor, y cuyo titular señala: «Las investigaciones por delitos urbanísticos en Cádiz se triplican. La fiscalía alerta de la «desidia» de los Ayuntamientos para derribar casas ilegales»: http://politica.elpais.com/politica/2016/07/19/actualidad/1468926807_740333.html (enlace consultado en fecha 1 de septiembre de 2016).

²⁷⁷ En términos similares, QUINTERO OLIVARES señala que la correcta utilización de los medios administrativos podrían cumplir con el interés tutelar buscado en el tipo penal, señalado expresamente que el derecho administrativo «podría recurrir a instrumentos realmente suficientes si en verdad desea usarlos (leyes, capacidad reglamentaria y sancionadora, capacidad ejecutiva, actuación de la policía urbanística). Por lo tanto, y como principio teórico, resulta difícil comprender la facilidad con la que en la doctrina, incluyendo a la administrativista, se haya extendido la convicción de la inoperancia del derecho administrativo en materia urbanística, o, cuando menos, su incapacidad para proteger el suelo frente a la corrupción»: QUINTERO OLIVARES, G, «Urbanismo y corrupción en la Administración Local», en MORILLAS CUEVA, L., (director) *Urbanismo y corrupción política, (una visión penal, civil y administrativa)*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 26.

²⁷⁸ De hecho, los estudios comparados realizados en la materia han demostrado que el recurso penal en materia urbanística no es el único método posible, siendo éste un instrumento más proclive en los países latinos, a diferencia, por ejemplo, del sistema alemán, que recurre más ampliamente a la sanción administrativa: DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del derecho comparado», en DE LA MATA BARRANCO (ed) *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 209 y ss. También, entre otros, GORRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio, Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del artículo 319 CÓDIGO PENAL*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, en cuya página 47, haciendo un estudio comparado de los sistemas de Italia, Francia, Alemania y Austria, se señala que: «Las razones por las que no cabe hablar de la existencia de “modelos de protección penal de la ordenación del territorio” en otros países de nuestro entorno cultural y jurídico, son principalmente dos: la primera de ellas obedece a consideraciones valorativas, en tanto que de ninguna legislación penal extranjera puede deducirse un bien jurídico-penal idéntico al que en nuestro Derecho Penal se denomina «ordenación del territorio» ni en cuanto a su *nomen iuris*, ni desde el punto de vista del contenido material atribuible al valor jurídico tutelado en la regulación del artículo 319 C.P. (...) En segundo lugar, también son distintas las técnicas legislativas empleadas para articular la intervención penal en materia urbanística, puesto que en ninguno de los países seleccionados se tipifican ilícitos urbanísticos como delitos autónomos de la Parte Especial del Código Penal».

protegidos, el Derecho penal, en este sector de actividad, prácticamente no sería necesario²⁷⁹.

No obstante, el legislador penal puede (y debe) completar la tutela de los intereses protegidos en las normas administrativas, no solamente cuando se asuma que el derecho administrativo no sea suficiente (carácter subsidiario del principio de intervención mínima) sino, también, cuando éstos interés o valores quepan dentro del grupo de los más importantes y relevantes del sistema de convivencia (carácter fragmentario del principio de intervención mínima) y, en este contexto, entiendo perfectamente justificado el recurso del Derecho penal para reforzar la tutela de los suelos «más importantes» del sistema urbanístico, esto es, esencialmente: suelos que hayan sido reconocidos administrativamente de especial protección y suelos destinados a usos públicos (más allá de éstos el recurso penal sí desborda el principio de mínima intervención).

3. El problema de la cuestionada antijuricidad material del tipo urbanístico

Para que podamos entender superado el juicio de fragmentariedad del nuevo tipo penal debe poderse demostrar que en la nueva configuración típica se ofrece un grado de antijuricidad material propio, diferente en todo caso al de la mera infracción administrativa. Por ello, el legislador tiene la obligación de ser muy cuidadoso al tipificar delitos que vengan a reforzar en sede penal el campo de actuación del Derecho administrativo sancionador (como es el ejemplo concreto del delito urbanístico).

²⁷⁹ A mayor abundamiento, algún autor ha señalado expresamente que la pasividad administrativa ha tenido por efecto renunciar al sentido del principio de intervención mínima, algo que ha comportado la configuración de un Derecho penal *prima ratio* ajeno al postulado del principio de intervención mínima. Por ejemplo QUINTERO OLIVARES, señala que: «(...) en ocasiones la renuncia a cumplir con el principio de intervención mínima ha sido forzada por causas extrínsecas. Tal sucede con el fracaso de la Administración en sus tareas de control preventivo y sancionador, por ejemplo, en materia de disciplina urbanística. Curiosamente, aquellos países en los que la actividad constructora está eficazmente controlada por la Administración no han tenido la necesidad de tipificar delitos urbanísticos. Eso pone de manifiesto un fenómeno nuevo: que el derecho penal y el sistema judicial deba de actuar no porque la actuación administrativa sea insuficiente ante la gravedad de lo sucedido, sino porque esa Administración no quiere o no puede cumplir eficazmente con su cometido»: QUINTERO OLIVARES, G, *La Justicia Penal en España*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 35.

En este sentido, el delito urbanístico cuenta con dos supuestos de hecho diferenciados: un tipo básico, previsto en el segundo apartado del artículo 319 del Código penal y, un tipo cualificado, previsto en el primer apartado del precepto. Ambos tipos comparten todos los elementos típicos a excepción de la clase de suelo que protegen. En concreto, el tipo cualificado castiga a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. A su vez, el tipo básico castiga a los mismos sujetos (promotores, constructores o técnicos directores) cuando las obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables hayan sido levantadas en suelos clasificados como no urbanizables.

Pues bien, a mi juicio, el tipo cualificado del delito urbanístico sí presenta una «separación fragmentaria» respecto del sistema de protección urbanística utilizado en sede administrativa: éste interviene solamente cuando los suelos afectados por la actividad ilegal sean «los más importantes» del sistema social urbanístico. Formaría parte de esta tipología los lugares que el plan urbanístico ha decidido reservar como espacios públicos, o también el suelo dotacional municipal, como por ejemplo los suelos destinados a calles y caminos, parques y jardines, equipamientos comunitarios, bibliotecas, escuelas, etc. Asimismo, el segundo grupo de suelos incluidos en el tipo cualificado del delito son aquéllos que, explícitamente, hayan sido considerados de especial protección por su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural²⁸⁰.

Ahora bien, el tipo básico del precepto penal presenta mayores problemas de legitimidad, básicamente: en aquél no se distinguen las diferentes realidades administrativas posibles del suelo no urbanizable. En este contexto, algunas Comunidades autónomas permiten la clasificación como no urbanizables de

²⁸⁰ Ver MARTÍNEZ NIETO, A.: «La protección del paisaje en el Derecho español», en *Revista de Derecho Ambiental*, número 10, Murcia, 1993.

suelos que simplemente se han decidido dejar fuera (de momento) de los procedimientos de urbanización permitidos en el municipio. Este hecho permite la configuración del conocido comúnmente como suelo no urbanizable «ordinario», «genérico» o «común», el cual, se reserva de la urbanización sin que sobre él pese, o se reconozca, algún tipo de valor o consideración de especial protección²⁸¹.

Por ello, cuando en el artículo 319.2 Código penal se vincula la consumación del delito con la clasificación no urbanizable del suelo, se está avalando la condena penal de «todas» las construcciones no autorizables (sin ni siquiera atender a cuestiones volumétricas), que hayan sido levantadas en «todos» los tipos de suelos clasificados como «no urbanizables», esto es, no solamente aquellos suelos tributarios de una protección administrativa reforzada, como podrían ser aquéllos que contaran con un eventual interés de protección forestal o ganadero (valores, dicho sea de paso, no incluidos en la tipicidad del tipo cualificado), sino igualmente aquellos suelos no urbanizables «ordinarios» o «comunes», suelos que se reservan de la urbanización sin reconocerse en los mismos alguna consideración de especial protección o interés reforzado de reserva natural²⁸². Este punto me permite defender que el alcance punitivo del actual del delito urbanístico es contrario a los postulados del principio de mínima intervención penal.

²⁸¹ Por ejemplo, se permite el recurso del suelo no urbanizable común en las siguientes normas urbanísticas autonómicas: (i) Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (artículo 16). (ii) Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears (artículo 21). (iii) Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León (artículo 16). (iv) Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (artículo 31).

²⁸² A mayor abundamiento, la terminología urbanística utilizada en el tipo urbanístico no solamente abunda en una indeseable inseguridad jurídica sino que, además, constituye un importante problema exegético en el ámbito del Derecho penal, como es el de la conceptualización precisa del concepto suelo no urbanizable, el cual, depende al final del tipo de redacción utilizada en cada una de las normas autonómicas. En este contexto, debe señalarse que hay un número significativo de normas urbanísticas autonómicas que desprecian el término «no urbanizable» y apuestan por otras posibilidades conceptuales, como por ejemplo, el «suelo rústico» o el «suelo rural».

4. Límites del delito urbanístico con el derecho administrativo sancionador

La utilización del concepto administrativo suelo no urbanizable genérico como elemento justificante del delito no solamente permite criticar el tipo urbanístico penal a la luz del principio de *ultima ratio*, sino que, además, justifica su crítica en base a los principios de taxatividad y claridad, siempre necesarios para favorecer la obligada seguridad jurídica del ordenamiento jurídico punitivo.

En este contexto, cuando se da forma a la expansión de Derecho penal, tipificándose como delitos hechos ya descritos como infracciones administrativas, debe procurarse una redacción clara y taxativa de los nuevos tipos, utilizándose una fórmula que permita diferenciar claramente lo que está castigado en sede administrativa de lo que está castigado en sede penal. Pues bien, el actual tipo urbanístico es un ejemplo paradigmático de lo que no debería hacerse.

En este sentido, si se analiza el actual texto penal y se compara con los preceptos sancionadores administrativos vigentes en los distintos Códigos urbanísticos autonómicos, se resolverá que, actualmente, «exactamente la misma conducta», la construcción de una edificación no autorizable levantada en suelo no urbanizable, colma las dos instancias punitivas, sin que los textos legales ofrezcan algún tipo de separación o indicación interpretativa. Es más, si se analizan las consecuencias jurídicas vinculadas a los supuestos de hechos prohibidos se observará como, exactamente la misma conducta puede ventilarse con una multa (si el sujeto tiene la suerte de que su caso sea tramitado administrativamente) o, también, con la petición de hasta tres años de prisión (cuando el Ministerio Fiscal asuma la tipicidad de lo acontecido).

Por ejemplo, imaginemos el siguiente escenario: un sujeto es propietario, en suelo no urbanizable (no especialmente protegido), de una antigua masía catalana (edificio principal y tradicional de una explotación agrícola aislada). Aquella edificación está consolidada en el territorio y su uso es autorizable. Ahora bien, el propietario de esas tierras decide levantar una edificación anexa y accesoria a la masía principal, destinada a garaje, en la cual pretende aparcar sus automóviles. Esta segunda edificación, levantada en suelo no urbanizable,

resulta que no es autorizable. Pues bien, reveladoramente, si la anterior contravención urbanística (inventada pero posible) la resolvemos mediante el Código penal, el autor puede responder con una pena de prisión de hasta tres años. Ahora bien, si la misma infracción se resuelve con el Código urbanístico de la Comunidad autónoma de Cataluña, la infracción se clasificaría como «leve» y la consecuencia jurídica máxima no podría superar una multa de 3.000 euros²⁸³. Como se observa, la desproporción es más que evidente.

En definitiva, el actual tipo básico del delito urbanístico es la materialización penal de infracciones administrativas preexistentes²⁸⁴, utilizando en su redacción típica un supuesto de hecho prohibido que propicia un solapamiento normativo perfecto con el ordenamiento urbanístico sancionador. Ello es un problema que ha generado todo tipo de contingencias funcionales, en especial: confusiones normativas; alegatos sobre posibles errores de prohibición; eventuales problemas vinculados al principio del *non bis in ídem*; o, entre otros, debates exegéticos sobre el grado de ofensividad mínimo para poder considerar consumado el tipo penal²⁸⁵.

²⁸³ En concreto, en el artículo 215 de Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, se señala que, se considerarán «infracciones leves»: la vulneración del ordenamiento jurídico urbanístico en suelo no urbanizable, no sujeto a protección especial, cuando la infracción consista en la construcción de elementos auxiliares o complementarios de un uso o una edificación preexistentes legalmente implantados; y, el artículo 219 del mismo texto legal señala que: «Las infracciones urbanísticas leves se sancionarán con una multa de 300 a 3.000 euros».

²⁸⁴ De hecho, si mañana el delito urbanístico se borrara del Código penal, el sujeto que llevara a cabo una edificación, construcción o urbanización no autorizable en suelos protegidos sería autor de una infracción administrativa, siendo condenado al pago de una multa y, normalmente, sometido a la orden de demolición de lo ilegalmente construido.

²⁸⁵ De hecho, el delito urbanístico ha sido el protagonista de varios pronunciamientos jurisprudenciales sobre su nivel de antijuricidad material o, sobre la necesidad de determinar un umbral mínimo de relevancia penal de su tipo de injusto. Así, muy notable ha sido la importancia del principio de insignificancia penal en el enjuiciamiento de algunos delitos urbanísticos, principio según el cual, aunque nos encontremos ante conductas que formalmente pudieran colmar el tipo de injusto, sirviéndonos de una interpretación teleológica del bien jurídico protegido, podríamos determinar la atipicidad de aquélla por nula -o prácticamente nula- capacidad lesiva. Por citar algunos ejemplos jurisprudenciales reales, en procedimientos penales por presuntos delitos urbanísticos, donde se esgrime por parte del Tribunal el principio de insignificancia, puedo traer a colación, por ejemplo, los siguientes pronunciamientos: (i) SAP de Sevilla, 450/2008, de 29 de julio: «Coincidimos, ciertamente, en que ha de tratarse de una construcción mínimamente relevante o significativa, pues no cabría considerar delictivas intervenciones mínimas o insignificantes, aunque sean de material fijo». (ii) SAP de Madrid, 54/2012, de 13 de febrero: «El carácter colectivo o supraindividual del bien jurídico protegido, así como las connotaciones administrativas de su regulación dificultan la aplicación práctica del nuevo tipo penal y propician su interpretación restrictiva acudiendo a principios o criterios de

Por todo ello, tanto por razones vinculadas al principio de mínima intervención como, por razones alegables a la luz del principio de seguridad jurídica, parece razonable instar una revisión del tipo penal urbanístico que, en la medida de lo posible, solucione los problemas explicados a lo largo de este texto.

5. Conclusiones: propuesta de modificación legislativa del tipo básico del delito urbanístico

Por todo lo manifestado hasta aquí, considero que sería conveniente proponer al legislador una modificación parcial del tipo penal que, además de respetar el principio de intervención mínima, propiciara la separación material de las conductas infractoras administrativas de las subsumibles en normas penales.

Al objeto, planteo la siguiente propuesta de política criminal, según la cual, el segundo apartado del artículo 319 del Código Penal podría quedar redactado del siguiente modo:

«Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable que legal o administrativamente haya sido considerado de especial protección y no esté incluido en el apartado anterior».

Como puede observarse, la modificación legislativa propuesta pasaría por introducir un complemento normativo reforzado a la clasificación no urbanizable

exclusión punitiva ya asentados en la práctica jurisprudencial: antijuricidad formal y material; el riesgo permitido; el principio de insignificancia; (...)). (iii) SAP de Jaén, 40/2008, de 10 de abril: «El pronunciamiento impugnado se apoya fundamentalmente en dos pilares básicos partiendo del hecho probado no combatido de que lo que se realizaron fueron obras de rehabilitación y mantenimiento de una vivienda ya existente y atendiendo en definitiva a principios de exclusión punitiva como los de la distinción de antijuricidad formal y material, principio de insignificancia o intervención mínima del Derecho Penal».

penalmente típica, a saber, un especial valor del suelo por el cual «legal o administrativamente haya sido considerado de especial protección».

Dogmáticamente, esta propuesta de *lege ferenda* ofrecería los elementos objetivos suficientes para poder determinar el nivel de antijuricidad material del tipo básico del delito urbanístico. Asimismo, el resultado práctico de esta propuesta legislativa (en el campo de lo operativo-judicial) sería el siguiente:

(i) Si el sujeto realizara obras no autorizables en suelos especialmente protegidos estaríamos ante un delito del artículo 319 del Código Penal; si las construcciones se levantarán sobre espacios destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, a la luz de que estos espacios son los más protegidos y valorados, debería responder por el tipo cualificado del delito urbanístico.

(ii) Si las obras no autorizables se levantan sobre suelo «no urbanizable protegido», no incluido en los supuestos del tipo cualificado (como podrían ser los suelos no urbanizables por sus valores agrícolas, ganaderos, cinegéticos, forestales, etc.), el sujeto respondería por el tipo básico del delito urbanístico.

(iii) Si un sujeto realiza obras no autorizables en suelo «no urbanizable común» (suelo reservado de la urbanización pero sobre el cual no pesa ningún régimen de especial protección) su conducta sería atípica penalmente pero, ilícita administrativamente, siendo competentes por tanto los instrumentos de derecho administrativo sancionador.

(iv) Ahora bien, si para realizar las obras ilegales, en cualquier tipo de suelo, el particular ha contado con la connivencia del funcionario municipal (facilitando permisos ilegales, silenciando inspecciones obligatorias, etc.) ambos podrían responder por un delito de prevaricación urbanística o, en su caso, por alguno de los tipos de cohecho.

En definitiva, la modificación legislativa propuesta no propiciaría espacios de impunidad sobrevenida. El suelo y la ordenación territorial seguirían estando

protegidos penalmente. Sí se evitarían procedimientos penales contra aquellas edificaciones menos lesivas para el bien jurídico protegido, como son las edificaciones levantadas en suelos no urbanizables que no cuenten con ningún tipo de valor urbanístico especial, construcciones que, a la luz del carácter fragmentario del principio de intervención mínima, deberían quedar confiadas plenamente al campo del derecho administrativo sancionador.

Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, M., «Delitos contra la ordenación del territorio», en *Memento Práctico, Urbanismo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

ACALE SÁNCHEZ, M., «El artículo 319.2: edificación no autorizable en suelo no urbanizable», en DE LA MATA BARRANCO (cord.) *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, ed. Instituto Vasco de la Administración pública, 1998.

CABALLERO SALINAS, J,M, *Los delitos urbanísticos tras la reforma de la LO 5/2010*, Pamplona, Aranzadi, 2014.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del derecho comparado», en DE LA MATA BARRANCO (ed) *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DE LA MATA BARRANCO (editor), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, ed. Instituto Vasco de la Administración pública, 1998

GARCÍAS PLANAS, G., *Delito Urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.

GORRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio, Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del artículo 319 CÓDIGO PENAL*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

Hans Welzel, «Derecho natural y positivismo jurídico», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2013.

IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «El delito urbanístico. ¿Delito demagógico?», en *Actualidad Penal*, número 46, Madrid, 1998.

QUINTERO OLIVARES, G, *La Justicia Penal en España*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

QUINTERO OLIVARES, G, «Urbanismo y corrupción en la Administración Local», en MORILLAS CUEVA, L., (director) *Urbanismo y corrupción política, (una visión penal, civil y administrativa)*, Madrid, Dykinson, 2013.

MARTÍNEZ NIETO, A.: «La protección del paisaje en el Derecho español», en *Revista de Derecho Ambiental*, número 10, Murcia, 1993

MORILLAS CUEVA, L, «Los delitos urbanísticos: una valoración entre dogmática y político criminal», en, SUÁREZ LÓPEZ, J.M, (Cord.), *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Madrid, Dykinson, 2013.

POZUELO PÉREZ, L., «Notas sobre la denominada “expansión del derecho penal”: un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio» en, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 9, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal de la tutela de la ordenación del territorio» en DE LA MATA BARRANCO (editor), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, ed. Instituto Vasco de la Administración pública, 1998.

Delitos sexuales cometidos por menores mediante el telefono movil: sexting, sex-casting y pornografía infantil. Medidas de prevención

Susana Rocío García Ruíz
*Juez sustituta de los Juzgados de Málaga
y su Provincia*

I. INTRODUCCION

Resulta obvio que el uso de los teléfonos móviles junto con otro tipos de dispositivos por los menores, lo que se ha dado en llamar "Tecnologías de la Información y de la Comunicación", en adelante TICs, por parte de la infancia y de la adolescencia, les confiere una gran oportunidad de aprovechamiento para la información, la educación, en entretenimiento y la cultura, sin embargo no podemos olvidar de los riesgos que pueden derivarse de su inadecuado uso y de su abuso.²⁸⁶

Se estima a nivel nacional (España) que el 95% aprox. de los españoles tiene un dispositivo móvil, y que ronda la cantidad de 50 millones de tarjetas SIM para 47 millones de españoles (INE 2016).²⁸⁷

Los menores, en un alto porcentaje de usuarios de este tipo de dispositivos y cada vez a edades más tempranas, están accediendo a herramientas muy potentes como son este tipo de dispositivos pero utilizan con mucha mayor frecuencia el teléfono móvil para envío de mensajes (whatsapp, line, sms, mms, etc) y otros menesteres (internet, juegos pre-pago, música -tipo spotify-, GPS, etc) que para mantener conversaciones orales y en tiempo real. Así, un 22% de los menores envía mensajes cortos y otro tipo de acciones entre 1-2 días por semana, un 28% lo hace 3-4 cuatro días en el mismo periodo y, un 50% los envía a diario.²⁸⁸

²⁸⁶ EL SEXTING Y OTROS DELITOS COMETIDOS MEDIANTE TELÉFONOS MÓVILES Isabel Fernández Olmo Fiscal-Delegada de la Fiscalía de Menores de Málaga

²⁸⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE)

²⁸⁸ FERNANDEZ MURCIA ABRAHAM. La iniciación del menor a la infracción 2.0. Uso irresponsable de las TIC.

Conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores sitúa la edad punitiva de los mismos en los 14 años.²⁸⁹

La delincuencia juvenil en España constituye aproximadamente un 5% de todas las detenciones e imputaciones registradas, manteniéndose dicha cifra invariable desde 2011. Sin embargo, se observa en los últimos años un aumento de los delitos relacionados con la violencia filio-parental y aquellos cometidos a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Se produce un nuevo tipo de delincuencia asociada a la utilización de dispositivos que tienen acceso a internet y a las redes sociales, principalmente a través del teléfono móvil.

Tal es así, que de forma general la ciberdelincuencia está provocando un impacto cada vez mayor en nuestras sociedades, y aunque no existen datos fiables al respecto, la tendencia indica que irá en aumento el número y los tipos de ataques, así como el número de víctimas y daños económicos derivados.²⁹⁰

La Fiscalía General del Estado desde el año 2011 hasta el año 2017, en sus sucesivos informes anuales, se ha hecho eco de ello haciendo especial hincapié en los delitos cometidos o difundidos por vía informática recogiendo que el inicio en las nuevas tecnologías a edades cada vez más tempranas motiva que en este ámbito menudeen también los archivos por no alcanzar los autores los catorce años, insistiendo, una vez más, en la importancia de la labor de prevención y educación con los menores en este terreno.²⁹¹

Los delitos contra la libertad sexual se encuentran recogidos en el Libro II, Título VIII del Código Penal de 1995. Así dentro de los delitos contra la libertad sexual cometidos por menores:

- Delitos de pornografía infantil o personas con discapacidad cometidos a través de las TICs (art. 189) supuso un 8,48%.

²⁸⁹ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

²⁹⁰ The Internet Organised Crime Threat Assessment (Informe IOCTA 2014). <https://www.europol.europa.eu/iocta/2014//toc.html>.

²⁹¹ Memoria de la Fiscalía General del estado de 2017

- Acoso a menores de 16 años a través de las TICs (art. 183 ter) supuso un 1,22%.

-Cualquier otro delito contra la libertad sexual cometido a través de las TICs supuso un 0,9%.

Los menores de edad constituyen un porcentaje relativamente bajo de los ciberagresores (7,1%). En la Memoria de la Fiscalía e 2014 en relación a la tipología penal, un 11,8% de todas las detenciones e imputaciones realizadas en 2014 fueron por ciberdelitos sexuales, un 6,2% por delitos de acceso e interceptación ilícita y un 5,1% por delitos contra el honor. En el grupo formado por los menores de 14 a 17 años, estos porcentajes ascienden a un 29%,23 un 25% y un 8,3%, respectivamente, y constituyen los ciberdelitos que más cometen, junto con los de amenazas y coacciones, cuyo porcentaje no varía respecto a los ciberagresores adultos (27%).

Sin embargo hasta la fecha, dada la dificultad que entraña por la multitud de conductas no existen aun datos oficiales sobre las distintas formas de cibercriminalidad que implican a menores de edad, más allá de lo recogido en el párrafo anterior siendo necesario que existan parámetros comunes por las distintas administraciones, así como una unificación de doctrina y profesionales intervinientes con el fin de que dichas conductas estén plenamente definidas, y se puedan encajar penalmente aquellas susceptibles de reproche penal y sobre las que aun no se ha legislado.

El Ministerio del Interior en los últimos años cada año está aportando estadísticas sobre las distintas conductas, pero aun con muchas dudas al no estar plenamente definidas las mismas por la gran variedad de contenidos, comportamientos, motivaciones y medios que comprenden así como el desacuerdo doctrinal a la hora de establecer el límite punitivo de las mismas.

A continuación vamos a tratar de definir los tipos de conductas realizadas a través de los teléfonos móviles y otros dispositivos con acceso a internet y a las redes sociales, que se están produciendo y la relación de los mismos con los delitos contra la libertad sexual, conforme al bien jurídico a proteger.

II. SEXTING

Se define el sexting como la difusión o publicación de fotografías o videos de carácter sexual, producidos por el menor que los envía y utilizando para ello el teléfono móvil o cualquier otro dispositivo tecnológico. El contenido del video o la foto se genera voluntariamente por el menor, el delito consiste en el envío de esos datos sin consentimiento de la víctima. La palabra SEXTING proviene de la mezcla de términos ingleses que unen "Sex" (sexo) y "Texting" (envío de mensajes de texto vías SMS desde teléfonos móviles. También se usa en español sexteo, y sextear como verbo.

Para el profesor JORGE FERNÁNDEZ FLORES (Director de Pantallas Amigas) desglosa dicha conducta para poder comprender su contenido:

- El origen de la imagen: puede ser producida por el propio protagonista, por otras personas de forma consciente y consentida por aquel o, en último caso, robadas. Una cuestión paralela a considerar es si las imágenes eran preexistentes y entraron en el "circuito del sexting" provenientes de otras fuentes de acceso público, como Internet, o privado, como dispositivos de almacenamiento digital de información (pendrive, teléfono móvil, PDA...)
- El contenido de la imagen: en ocasiones no es fácil definir la carga sexual de una imagen y calificarla de inocente, atrevida, erótica o pornográfica.
- La identificabilidad: si la imagen permite o no identificar de forma inequívoca a la persona que en ella figura.
- La edad de quien protagoniza la imagen: en caso de anonimato, hay ocasiones en que no resulta fácil definir la minoría o mayoría de edad de quien aparece.
- La edad y circunstancias del resto de intervinientes: receptores, emisores y redistribuidores de la imagen.²⁹²

El sexting puede dar lugar a la producción, posesión y distribución de pornografía infantil a los delitos contra la intimidad por uso de datos personales

²⁹² FERNANDEZ FLORES JORGE, [Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles](#). INTECO, Orange, 2010

o revelación de secretos y a delitos contra la libertad sexual y corrupción de menores.

La doctrina no se pone de acuerdo en donde está el límite punitivo de dichas conductas cuando se trata de menores infractores, ya que las conductas de exploración sexual son consideradas legales en relación a aquellas que resultan abusivas e inapropiadas, que se dan en contextos agresivos o coercitivos o que implican pornografía infantil. Solo en estos casos podríamos hablar del *sexting* como una forma de violencia interpersonal en línea o un cibercrimen social, que bien podría ser, además, la antesala para otros cibercrímenes como el ciberacoso o el *online grooming*.

Desde el punto de vista victimológico los casos de sexting más nocivos son aquellos que se convierten en una cuestión de dominio público. La imagen robada o, por ejemplo, entregada en el seno de una pasada relación ya rota, comienza a circular, se extiende... incluso puede llegar a saltar a Internet. A la vista de ello, la víctima pasa a sentir una gran desprotección y vulneración de su intimidad y privacidad. Si, además, recibe burlas, comentarios lesivos u otro tipo de agresiones psicológicas, el sufrimiento puede ser insostenible.

Con la reforma operada por la **Ley Orgánica 2/2015** por la que se modifica el Código Penal, se introduce dicha conducta como delito, tipificándolo en el **artículo 197.7** de dicho cuerpo legal. Estas conductas suponen una grave vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, lo cual, puede constituir un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.7 del CP. Se castigan dos tipos de conductas:²⁹³

1. La del receptor inmediato o destinatario de la imagen o grabación, o que había protagonizado o sido parte de la captación o grabación del vídeo o imagen y difunde la imagen sin el consentimiento de la víctima.
2. La de los terceros receptores a los que se haya reenviado la imagen o grabación, y éstos a su vez las difunden a otros, sin consentimiento de la víctima.

²⁹³ CODIGO PENAL 1995

Además se establece un subtipo agravado para el caso de que "los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad.

Podemos distinguir dos tipos de actuaciones de sexting:

-Sexting activo: Es cuando el menor se realiza fotos a sí mismo en posturas sexys, provocativas o inapropiadas.

-Sexting pasivo. Si recibes contenidos sexuales de personas que conoces, de tu entorno o incluso de desconocidos.

III. GROOMING

Se trata de un acoso cometido por alguien (puede ser un menor o un mayor) que con una falsa identidad se gana la confianza del menor de 16 años, con la finalidad de obtener imágenes de contenido erótico y/o pornográfico, que se las manda por mensajería o por la red, encaminada finalmente a abusar sexualmente del menor, no dudando en coaccionar y amenazar al menor, con hacer llegar a sus círculos las imágenes que ha obtenido. De este modo, todo acto sexual con un menor de dieciséis años es un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Se trata de la realización de chantaje sexual por Internet. Esta conducta se castiga en el artículo 183 del Código Penal. Consiste en engañar a otro para conseguir imágenes comprometidas o pornográficas; y una vez obtenidas piden dinero a cambio de no mandarlas a contactos, familia, amigos.²⁹⁴

Dicha conducta igualmente tiene encaje en el art. 169 del Código Penal que recoge el delito de amenazas condicionales en su punto primero.

La profesora MENDOZA CALDERÓN sostiene que no es posible integrar las conductas de grooming dentro del contexto del acoso sexual,

²⁹⁴ MIRAVALLS CELIA. La responsabilidad penal de los menores: delitos y consecuencias. <http://www.agronewscastillayleon.com>

afirmando que “puede resultar notablemente complicado encauzar esta serie de comportamientos dentro de los delitos de acoso sexual tipificados en art. 184 CP”

²⁹⁵

Por lo tanto la clave es que en el ciberacoso o ciberbullying se trata de una situación en que acosador y víctima son niños, a diferencia de lo que ocurre en el grooming²⁹⁶

Cuando el infractor es un menor, en este caso las conductas que abarca este tipo son igualmente punitivas, pero teniendo en cuenta la edad del mismo pues, sólo si supera los 14 años será imputable, lo cual lleva a que queden impunes muchas conductas, pues se produce un anacronismo importante, ya que los menores acceden a las redes cada vez más pequeños siendo a partir de los 8 o 9 años cuando ya poseen teléfonos móviles en propiedad o usan de forma habitual el de sus padres. Ello lleva a la impunidad de muchas conductas, respondiendo los progenitores únicamente civilmente.

III. SEX-CASTING

Esta conducta está relacionada con el sexting, de hecho un sector de la doctrina la considera como una variedad de sexting con peculiaridades. Consiste en la grabación de contenidos sexuales a través de la webcam y su posterior difusión por email, redes sociales o cualquier otro canal de los que permiten actualmente las nuevas tecnologías. Consiste en la grabación de contenidos sexuales a través de la webcam y la posterior difusión por email o redes sociales.

IV. SEXTORSION

Este neologismo tiene su origen en el inglés **sextortion** que según definía la Wikipedia (a fecha de 24/08/2010) es una forma de explotación sexual en la

²⁹⁵ MENDOZA CALDERÓN, SILVIA. El Derecho Penal Frente a las Formas de Acoso a Menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting. 2014

²⁹⁶ INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, Guía legal sobre el Ciberbullying y grooming, en www.inteco.es, consultado el 18 de febrero de 2016, 3.

cual se chantajea a una persona por medio de una imagen de sí misma desnuda que ha compartido a través de Internet mediante sexting. La víctima es posteriormente coaccionada para tener relaciones sexuales con el/la chantajista, para producir pornografía u otras acciones.

Se trata de una forma de explotación sexual en la cual se chantajea a una persona por medio de una imagen de sí misma desnuda que ha compartido a través de Internet mediante sexting. La víctima es posteriormente coaccionada para tener relaciones sexuales con el/la chantajista, para producir pornografía u otras acciones.

La sextorsión puede ser:

- A menores de edad o a adultos.
- Por medio de imágenes obtenidas mediante webcam, email, mensajería instantánea, teléfonos u otros dispositivos móviles: es decir, por todos los medios que sirven para realizar sexting.
- Por medio de imágenes obtenidas en el contexto de una relación sentimental.
- Con objeto de un abuso sexual, una explotación pornográfica para uso privado, para redes pedófilas o comercial, una extorsión económica o cualquier otro tipo de coacción.
- Puntual o continuada.
- Realizada por conocidos, ex-amantes o personas desconocidas.²⁹⁷

No existe un tipo penal propio como tal, sino que debe reconducirse a otros tipos penales como la extorsión o el chantaje, según el caso concreto. Puede y debe reconducirse a tipos penales ya existentes, y será el caso concreto el que profile el tipo al que más se ajusta la conducta delictiva.²⁹⁸

Dicho delito al carecer de tipo propio se puede encardinar en el art. 172 del CP como una coacción, ya que en realidad el nuevo tipo penal del art. 197.7 CP no castiga la extorsión en estos casos, lo que obliga a utilizar otros tipos

²⁹⁷ PANTALLAS AMIGAS. Sextorsion. www.sextorsion.es

²⁹⁸ MONTIEL JUAN, IRENE. Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra

penales donde tenga cabida esta coacción, que lo es, para conseguir un actuar de la víctima bajo la amenaza de la difusión de las imágenes. El “modus operandi” de esta forma de actuar es que quien practica este delito consigue (con consentimiento o no) fotos o videos de su víctima en una situación de índole sexual o erótica. Después le hace saber que tiene esos archivos y la amenaza con darlos a conocer a sus padres, amigos o en páginas web, si no hace otras acciones a cambio, como producir más imágenes o tener relaciones sexuales con el extorsionador. Es decir, que el fin es el abuso sexual o la obtención de pornografía para uso privado o comercial.

Como antes hemos reflejado, la sextorsión puede darse en el ámbito de la violencia doméstica y de género cuando él o ella, teniendo imágenes de la pareja, y habiéndose separado o divorciado, o en trance de ello, amenaza a su pareja o ex pareja con la difusión de las imágenes si, por ejemplo, no accede a sus pretensiones, que pueden ser de muy distinto signo, desde exigir que siga con él o ella, o cualesquiera otras. Pero, como se ha expuesto, esta conducta no encuentra acomodo en el tipo penal ahora analizado, sino más bien en el de las coacciones del art. 172.1 CP.²⁹⁹

V. PORNOGRAFIA INFANTIL

El Código Penal recoge en el art. 189 de Código Penal, se considera pornografía infantil toda imagen o vídeo en cuya elaboración se haya utilizado a un/a menor de 18 años. Existe cierta imprecisión en cuanto al criterio para definir una imagen de contenido pornográfico, ya que no basta con que el menor esté desnudo sino que depende de los actos que realice el menor en dicha imagen. El Consejo de Europa considera pornografía infantil a cualquier material audiovisual en el que se utilice a un menor en un contexto sexual, independientemente de lo que esté haciendo. Las Naciones Unidas también participan en el debate, aportando la siguiente definición: cualquier

²⁹⁹ Los delitos contra la intimidad tras la reforma 1/2015 de 30 de marzo del Código Penal. Especial consideración al delito sexting AUTOR: JULIO VÍRSEDA DE ANDRÉS TUTORA: PATRICIA TAPIA BALLESTEROS Grado en Derecho Facultad de Segovia UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

representación, por cualquier medio que fuera, de un niño o una niña involucrado/a en actividades sexuales explícitas reales o simuladas, o cualquier representación de partes sexuales de un niño o niña con propósitos primordialmente sexuales.

También conocida como “virtual morphing” y consiste en una serie de conductas o técnicas en las que realmente no se utiliza al menor sino que se abusa de su imagen o de su voz manipulándola con técnicas informáticas y artificios técnicos. Este tipo de delitos puede dar lugar a otros delitos relacionados e igual o más graves aun, como amenazas, chantaje o extorsión.³⁰⁰

El sexting y la pornografía infantil están muy relacionados. Muchas redes y foros de pornografía infantil se nutren de imágenes inicialmente sacadas por los propios menores, que acaban en manos de gente que comercia con ellas o las intercambia.

VI. PREVENCIÓN

Con el fin de prevenir y erradicar las conductas, anteriormente definidas, se hace necesario en primer lugar delimitar por todas las partes intervinientes en la educación de los menores: progenitores, educadores, colegios y demás interlocutores sociales, los límites en la utilización de los dispositivos móviles

En segundo lugar, no menos importante, es el acceso a la información sobre las redes sociales y el peligro que conlleva el uso de móviles y demás dispositivos. Ciertamente es que los progenitores carecemos en muchos casos de formación suficiente sobre las nuevas tecnologías y que nuestros hijos (nativos digitales, como se ha venido en llamar), desde que nacen están en constante aprendizaje de todo lo que les rodea, por lo que les es más fácil acceder al mundo digital. Por ello, los padres deben aprender a conocer los riesgos derivados de su utilización debiendo formarse sobre ello, por el bien de sus hijos.

³⁰⁰ SDFSFSDFS

Establecer medios de control parental es importantísimo, así como tener buena comunicación con los hijos explicándole que conductas están bien y cuales están mal, debido al desconocimiento generalizado que existe.

De forma específica se puede ayudar previniendo a los menores de la siguiente forma:

1. Tener cuidado con las fotografías que subes y nunca manejes ninguna comprometedoras
2. No grabes imágenes comprometidas ni desnudos
3. Pedir ayuda a una persona adulta en caso de problemas
4. Usa contraseñas seguras, protégelas y cámbialas de vez en cuando.
5. Tener precaución con las personas nuevas que contactas en la Red. Ten especial cuidado con los contactos que agregas.
6. No facilitar fotos ni videos a desconocidos.
7. Establecer programas de educación en las aulas en relación a dichos delitos.
8. Conocimiento de las conductas ilícitas y las penas aplicables como medidas disuasorias.

VII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, entiendo que nos encontramos en una sociedad que avanza de forma tan acelerada, existiendo una descompensación entre el avance científico y tecnológico con el avance de los individuos, lo que lleva a falta de conocimiento y por ende a que se produzcan desde la falta de preparación ante lo que nos rodea. La obsolescencia en la era digital es casi inmediata por que el avance es vertiginoso lo que conlleva graves peligros para los menores que son lo que más disfrutan de las nuevas tecnologías y a los que menos le cuesta acceder a las mismas.

Para evitar la impunidad en la red a través de legislación específica en los diferentes ámbitos que definan las conductas ilícitas y se castiguen de forma adecuada. por tanto se trata de una tarea multidisciplinar en la que deben estar

presentes las administraciones y los individuos para evitar la impunidad por un lado y por otro el desconocimiento sobre que está bien y que está mal.

Existe un gran número de conductas que no se denuncian por desconocimiento, lo que provoca la existencia una cifra negra de cibercriminalidad que no se estudia, siendo necesario realizar estudios de campo con el fin de establecer números reales que permitan determinar la gravedad real de la incidencia de dichos hechos la sociedad y así poder actuar en consecuencia. Las estadísticas aportadas por la Administración no son suficientes debiendo ampliarse y estudiar más en detalle con el fin de establecer políticas de prevención y eliminación, especialmente cuando se trata de menores infractores y menores víctimas.

Por último, del estudio realizado se concluye, que los delitos sexuales en las conductas descritas no se encuentran bien delimitados ni incardinados, por lo que se hace necesario incluir nuevos delitos dentro de dicho Título VIII del Libro II del Código Penal adaptado a los nuevos delitos cometidos a través de las redes sociales cometidos por dispositivos móviles como el teléfono, puesto que en la actualidad se encuadran en otro tipo de delitos de menor gravedad, cuando en su mayoría hay implicaciones de tipo sexual. Por todo ello se hace necesaria la creación de nuevos subtipos dentro de los delitos contra la libertad sexual, puesto que se ha podido demostrar a través del estudio, que la libertad sexual de los menores queda en la mayoría de los casos seriamente comprometida y conculcada.

BIBLIOGRAFIA

- AFTAB PARRY . Internet con los Menores Riesgos. 2005
- AFTAB PARRY . Cyberbullying. Guía para madres, padres y personal docente, 2006.
- AGUSTINA, J. R. (2010). «¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting». [artículo

en línea]. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N.º 12-11, págs. 11:4, 11:6 y 11:34.

- AGUSTINA, J. R.; GÓMEZ-DURÁN, E. L. (2012). «Sexting: Research criteria of a globalised social phenomenon». [artículo en línea]. Archives of Sexual Behaviour, n.º. 41, págs. 1325 -1328.

- BARTRINA, M. J. (2012). «Análisis y abordaje del acoso entre iguales mediante el uso de las nuevas tecnologías. Justicia Juvenil y adolescentes en la Era Digital». [artículo en línea]. Catalunya: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, págs. 12 y ss.

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. (2017). Memoria 2017. Madrid: Centro de estudios jurídicos. Ministerio de Justicia.

- FLORES JORGE. Violencia Sexual en Internet. Conócela, combátela. Guía básica para profesionales que trabajan con jóvenes y adolescentes. 2011

- FLORES JORGE, Uso Seguro y Saludable de Internet. Guía para docentes y educadores, 2014

- MENDOZA CALDERÓN, SILVIA. El Derecho Penal Frente a las Formas de Acoso a Menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting. 2014

- MIRÓ LLINARES, Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito, Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 16, 2013.

- MONTERO AROCA Juan, y otros. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, 2015

- MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal: Parte Especial. Tirant lo Blanch , 2015

- SILVA SÁNCHEZ, Jesus/PASTOR MUÑOZ, Nuria .El Nuevo Código Penal. Comentarios a La reforma . La Ley, 2012,

- TEJERINA OFELIA y FLORES JORGE. Guía para la gente legal de Internet, 2009. Actualización 2014.

- VIVES ANTON, Tomas S y otros. El Derecho Penal, Parte Especial. Tirant Lo Blanch, 2015

PAGINAS WEB

- Página web de elderecho.com
- Pagina web de la revista Iberley
- Página web de Wolster Kluwer
- Pagina web Aranzadi
- Pagina web noticiasjuridicas.com
- [/www.europol.europa.eu/iocta/2014//toc.html](http://www.europol.europa.eu/iocta/2014//toc.html).

El valor de la jurisprudencia penal en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Miguel Ángel Morales Hernández

Becario de Investigación del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para la Formación del Profesorado Universitario (FPU).

Universidad de Granada.

1. INTRODUCCIÓN: LA PREOCUPACIÓN QUE SUSCITA EL HECHO DE QUE EXISTA UN DESACUERDO EN EL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN A LA CONCRETA ESTRUCTURA DEL DELITO CORPORATIVO INHERENTE A LA PERSONA JURÍDICA

El ordenamiento jurídico español no considera a la jurisprudencia como «fuente formal del derecho penal» al existir, en este ámbito, una expresa reserva de ley³⁰¹. No obstante, pese a ello, ningún operador jurídico duda del trascendental papel que ésta juega a la hora de interpretar las normas penales³⁰², dada la imprecisión y generalidad con que nuestro legislador redacta las mismas. Esto, de no ser esto así, provocaría una aplicación rígida del derecho, ocasionándose con ello profundas lesiones del sentimiento de justicia en los ciudadanos³⁰³. En definitiva,

³⁰¹ COBO DEL ROSAL, M. Las fuentes directas de producción del derecho penal. En: COBO DEL ROSAL, M (coord.). *Sinopsis de derecho penal: parte general: Libro de estudio*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 70. Explica, este autor que el «desarrollo del principio de legalidad, y la necesidad de reserva absoluta de Ley *orgánica* en materia penal por la vía de la interpretación de los arts. 25 y 81.1 de la CE, gozan de primacía en el sentido de que poseen una *autónoma* capacidad innovadora del ordenamiento jurídico y son además jurisdiccionalmente vinculantes al juez que inexorablemente debe aplicarlas salvo que incurra en un delito (art. 448 CP, modalidad del delito de prevaricación)» Del mismo modo, el máximo garante de la Constitución, esto es, el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 151/1997 ha establecido que en un sistema como el español, en el que rige la reserva de ley, el principio de legalidad imposibilita «que el derecho pueda ser creado por los jueces».

³⁰² ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas Ediciones, 2006, p. 148. Explica este prestigioso penalista que «el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación».

³⁰³ CARNELITTI, F. *La certezza del diritto.*, en *Revista di diritto civile*, XX, 1943, pp. 81 y ss. Considera este autor, acertadamente, que es necesario evitar que se produzca en la práctica una aplicación

«de lo que se trata es de que el Tribunal Supremo (o el tribunal superior que sea competente por razón de la materia) sienta jurisprudencia acerca de cómo debe interpretarse la ley, allí donde éste pueda ser entendida razonablemente en más de una manera»³⁰⁴.

A raíz de la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2010³⁰⁵, el derecho penal español admitió la responsabilidad penal, también en el ámbito de las personas jurídicas, cuestión ésta, sobre la que nuestro Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de manifestarse en diversas ocasiones³⁰⁶, realizando una serie de consideraciones generales³⁰⁷.

De esta manera, este órgano jurisdiccional ha reconocido expresamente que estas entidades pueden incurrir en lo que, expresamente ha denominado, un «delito corporativo» que se caracteriza por contar con sus propios elementos que difieren de los que se exigen a las personas físicas³⁰⁸. Ahora bien, en necesario señalar que,

rígida del derecho, puesto que, de ser así, se podría ocasionar profundas lesiones del sentimiento de justicia en los ciudadanos.

³⁰⁴ FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas, 2002, p. 154.

³⁰⁵ Modificación operada a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁰⁶ Especialmente relevantes sobre este ámbito resultan la STS núm. 514/2015, de 2 de septiembre de 2015; la STS núm. 154/2016, de 29 de febrero de 2016; y la STS núm. 221/2016, de 16 de marzo de 2016.

³⁰⁷ Así, existe unanimidad en el seno del Tribunal Supremo acerca de la vigencia de los principios esenciales del Derecho Penal también en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuestión ésta, a la que ha hecho referencia la STS núm., 514/2015, de 2 de septiembre, Fundamento de Derecho Tercero, entre otras muchas. Tampoco existe controversia alguna entre los magistrados acerca del modelo de autorresponsabilidad aceptado para las personas jurídicas, rechazando por completo todo modelo de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por un hecho que no le sea propio, cuestión ésta que ha sido tratada, entre otras muchas, por la STS núm. 154/2016, de 29 de febrero, afirmándose en su Fundamento de Derecho Octavo que, esto tiene que ser así, puesto que la adopción de un modelo de responsabilidad vicarial supondría que, para las personas jurídicas, no regirían principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal tales como la exclusión de la responsabilidad objetiva o automática y la no responsabilidad por el hecho ajeno.

³⁰⁸ Vid, en este sentido, el Fundamento de Derecho Quinto de la STS núm. 221/2016, de 16 de marzo de 2016, que establece que «la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un delito previo por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, (...) es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez Instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad». El Alto Tribunal reconoce, de esta manera, la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.

desde la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2016, los magistrados que componen este órgano jurisdiccional han manifestado posturas contrapuestas acerca de cuál ha de ser la concreta estructura de esta clase de delito³⁰⁹. Y es que, mientras la sentencia mayoritaria parece identificar el tipo objetivo de la responsabilidad de las personas jurídicas con la cultura de cumplimiento de la persona jurídica³¹⁰, una serie de magistrados consideran, por el contrario, que la tipicidad del delito viene sustentada por las dos primeras letras del primer apartado del art. 31 bis CP, expresándolo, de este modo, en un voto particular incluido en la citada sentencia³¹¹.

La jurisprudencia, como ya hemos advertido, tiene en nuestro derecho penal una esencial función de unificación, debiendo, además, la misma, complementar a la ley penal que por su propia naturaleza es imprecisa, abstracta y genérica. Es precisamente este motivo, el que ocasiona que la discusión existente en seno del propio Tribunal Supremo al que hemos hecho referencia, tenga una especial transcendencia jurídica y genere preocupación a los distintos operadores jurídicos. Y es que se argumenta, acertadamente, en primer lugar, que resulta imprescindible desarrollar también una teoría jurídica del delito en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, a imagen y semejanza de la desarrollada de forma exitosa para las personas físicas, permita una aplicación razonable y predecible de las normas penales existentes en este ámbito, con objeto de garantizar una igualdad en la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales. Pero es que, además, en segundo lugar, esta labor resulta totalmente necesaria porque, en función de cómo este órgano jurisdiccional estructure el del denominado «delito corporativo», los efectos jurídicos pueden sustancialmente variar, teniendo algunos de ellos una especial importancia.

³⁰⁹ Esta cuestión se plantea en el Voto Particular de la STS núm. 154/2016, de 29 de febrero de 2016, también conocida como «La Bisiesta».

³¹⁰ Fundamento de Derecho Octavo de la primera sentencia contenida en la STS núm. 154/2016, de 29 de febrero.

³¹¹ Concretamente vid., en este sentido, Fundamento Jurídico Segundo del Voto Particular contenido en la STS núm. 154/2016, de 29 de febrero.

2. EL TRANSCENDENTAL VALOR NORMATIVO DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN EL ÁMBITO PENAL.

El principio de legalidad, que se expresa a través del aforismo «*nullum crimen nulla poena sine lege*» ocupa un lugar preeminente en nuestro derecho penal, al constituir un trascendental límite al poder punitivo del estado³¹². Este principio se encuentra enunciado, por una parte, en el artículo 2. 1 CP, que dispone que no se puede castigar a una persona por un delito con pena que no se encuentre prevista por una ley anterior a su perpetración, y, por otra parte, en el artículo 4 CP, que prevé que las leyes penales no se pueden aplicar a casos distintos a los comprendidos en ellas.

En virtud de lo anterior, los tipos penales deben ser lo más precisos posibles en aras de evitar una redacción que admita interpretaciones diversas. No obstante, el principio de legalidad lo que implica realmente es previsibilidad³¹³, puesto que tal y como afirma FERRERES COMELLA, «resulta inevitable, que los preceptos penales sean imprecisos en algún grado, con la consecuencia de que el juez tendrá un cierto margen a la hora de calificar penalmente las conductas y concretar la sanción»³¹⁴. Y es que se ha de partir de la base, tal y como explica VIDALES RODRÍGUEZ, de que «la certeza absoluta es imposible y, en contra de los que quiera pensarse, la solución no pasa por una formulación casuística, exhaustiva y pormenorizada que, además, de farragosa, produciría inevitables lagunas punitivas»³¹⁵.

³¹² COBO DEL ROSAL, M. Principios informativos del derecho penal en un estado social y democrático de derecho. En: COBO DEL ROSAL, M (coord.). *Sinopsis de derecho penal: parte general: Libro de estudio*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 38. El papel que desempeña este principio en nuestro derecho penal está fuera de toda duda, y así lo afirma este penalista cuando sostiene que «ni los jueces ni el gobierno pueden crear delitos, ni tampoco penas, esto sólo puede hacerlo la Ley penal, y nada más que la Ley».

³¹³ Afirmación, ésta, contenida en diversas sentencias de nuestro máximo órgano jurisdiccional. Vid, en este sentido, el Fundamento Jurídico Séptimo de la STC núm. 137/1997, de 21 de julio de 1997.

³¹⁴ FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Op. cit., p. 153

³¹⁵ VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Jurisprudencia Penal y libertad: crítica de algunas disfunciones recientes*. En Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico, núm. 12, p. 233, Vid., también, en este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. Principios del Derecho Penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del derecho penal. En LAZCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.) *Introducción al derecho penal*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 73 quien argumenta, con criterio, que una exhaustividad en la descripción del tipo penal, «puede acarrear inconvenientes

El principio de seguridad jurídica tiene su origen, pues, en el principio de legalidad y adquiere una trascendental importancia en el ámbito del derecho penal, puesto que, tal y como sostiene RODRÍGUEZ MOURULLO, «los efectos de la inseguridad jurídica en general se acentúan cuando la misma se refiere al ordenamiento sancionador y, aún más, cuando se refiere al ordenamiento penal», concluyendo este autor a este respecto, con criterio, que «no hay peor inseguridad jurídica que la referida al Derecho Penal»³¹⁶.

Efectivamente, el principio de legalidad exige la determinación de las conductas penalmente relevantes, exigiéndose al legislador que las conductas y penas no sean indeterminados ya que éste tiene el deber de describirlas con precisión³¹⁷. La anterior afirmación significa que supondría una vulneración del mismo, la utilización de preceptos que necesiten de complementación o el empleo de tipos penales abiertos³¹⁸, al subvertir ello la separación de poderes y dejar al juzgador «convertido en el legislador del caso concreto encomendándole la tarea de fijar los límites de la intervención penal, además de amenazar seriamente el derecho a la igualdad en aplicación de la ley»³¹⁹. Por otro lado, el empleo de conceptos

importantes para los fines de protección del Derecho Penal: por una parte, el precepto penal puede ser demasiado extenso y farragoso y con ello, poco comunicativo; por otra parte (...), la excesiva concreción (...) supone el riesgo de dejarse en el tintero, fuera del tipo penal, supuestos que deberían estar incluidos conforme a la intención protectora que guiaba la norma».

³¹⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 22-23. Afirma igualmente este autor aquí que, la seguridad respecto al Derecho no es otra cosa que la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los comportamientos de los ciudadanos. Sin seguridad jurídica no hay ni puede haber fluidez en el funcionamiento de la sociedad» (p. 22).

³¹⁷ COBO DEL ROSAL, M. Principios informativos del derecho penal en un estado social y democrático de derecho. Op. cit., p. 39. Afirma este autor, a este respecto, que «la Ley, debe determinar todas las características de la conducta sancionable, no pudiendo remitir su concreción a otras fuentes o normas de rango inferior al de la Ley o, menos aún, directamente, al propio juez». Vid, asimismo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. Principios del Derecho Penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del derecho penal. En: *Introducción al derecho penal*. Op. cit., p. 73, quien defiende que «un segundo postulado del principio de legalidad la constituye el mandato de determinación: exige al legislador que los delitos y las penas no sean indeterminados; que los describa con precisión».

³¹⁸ COBO DEL ROSAL, M. Principios informativos del derecho penal en un estado social y democrático de derecho. Op. cit., pp. 39-40. Indica este penalista que «contravienen el principio de legalidad en su dimensión y exigencia de *taxatividad*, los denominados tipos penales abiertos o necesitados de complementación, en los que se atribuye la concreción jurídico-penal de las conductas al Poder judicial, a través de cláusulas valorativas que exigen una decisión judicial de cierre del tipo, sustitutoria de la rigidez de la formulación típica».

³¹⁹ VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Jurisprudencia Penal y libertad: crítica de algunas disfunciones recientes*. Op. cit., p. 233

jurídicos indeterminados, sí que constituiría una práctica jurídica legítima, siempre que se respete, eso sí, «los valores de la democracia y la seguridad jurídica que informan el principio de legalidad»³²⁰.

No obstante, la exigencia de tipos penales taxativos no significa que la jurisprudencia no juegue un transcendental papel en nuestro ordenamiento jurídico. Y es que, tal y como afirma FERRERES COMELLA, «una norma penal puede ser más o menos taxativa, pero siempre deberá regular un hecho abstracto (un caso genérico) y nunca un supuesto concreto (un caso individual)»³²¹. Es por este motivo, por lo que en nuestro ordenamiento jurídico adquiere necesariamente una función complementaria de la jurisprudencia³²², reconocido así expresamente en el artículo 1. 6 del Código Civil al expresarse, aquí, que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Y es que el poder judicial se caracteriza por ostentar la denominada reserva de jurisdicción, consagrada en el artículo 117. 2 CE, pudiéndose afirmar en virtud de ella que «por muy densa que sea la legislación, seguirá siendo el juez el único encargado de subsumir el hecho concreto en la legislación»³²³. Así es, la jurisprudencia que emana de nuestro órgano jurisdiccional ostenta un esencial valor normativo, proporcionando previsibilidad en la aplicación de las normas penales y, por tanto, seguridad jurídica, y garantizando, además, una cierta igualdad en la aplicación de la ley³²⁴.

³²⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*. Op. cit., p. 45. Advierte este autor, no obstante, que el no respeto a estos transcendentales valores supondría una conculcación del principio de legalidad (p. 26).

³²¹ FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Op. cit., p. 40.

³²² Vid, en este sentido, VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Jurisprudencia Penal y libertad: crítica de algunas disfunciones recientes*. Op. cit., p. 235. Explica este autor aquí que «no puede conocerse la ley prescindiendo de su aplicación y, de esta forma, asume el papel de complemento del ordenamiento que le asigna el apartado sexto del artículo primero del Código civil».

³²³ FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Op. cit., pp. 40- 41.

³²⁴ RAMOS TAPIA, M. I. Tema 5. Límites al poder punitivo del Estado (II). En: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, M.R (coord.). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 129. Se explica aquí que la jurisprudencia tiene como función interpretar la ley, no la de crear Derecho al margen de la misma.

No obstante, lo cierto es que, en esta fundamental labor de interpretación que realizan los jueces y tribunal de nuestro país, no puede existir una libertad absoluta para interpretar la ley penal, puesto que de ser esto así, se pondría en verdadero peligro la propia seguridad jurídica, el propio principio de igualdad e incluso la unidad del Derecho. Con objeto de intentar mitigar este tipo de situaciones, surgen en nuestro ordenamiento jurídico importantes límites a la labor interpretativa de los jueces. Esto ocurre para el supuesto en que aprecie una aplicación analógica o extensiva de una norma penal, y para el caso en que se abandone un precedente consolidado.

En primer lugar, en relación con la prohibición de la analogía, no se aceptan las interpretaciones extensivas en contra del reo³²⁵. En palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ: «no sólo no puede el juez penal considerar el delito de los que no está previsto como tal en la Ley, no contemplar tampoco agravaciones alegales sino que ni siquiera puede el juez penal penar o agravar una conducta que no está descrita como punible o agravable en la norma penal pero que es parecida, análoga en su desvalor a las que sí lo están»³²⁶. Y es que, en definitiva, «la interpretación de un precepto que excede de su tenor literal afecta seriamente el principio de legalidad»³²⁷.

En segundo lugar, otro límite lo constituye el abandono del precedente consolidado, esto es, la variación de un precedente consolidado en el caso de que perjudique al reo³²⁸. A este respecto, hay que señalar, que el sistema de precedentes de “civil law” que rige en el derecho español³²⁹, dista mucho del sistema del “common

³²⁵ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Op. cit., p. 147. Respecto a esta cuestión, este autor afirma que «La prohibición de la analogía (...) plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía creadora de Derecho, que está prohibida».

³²⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. Principios del Derecho Penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del derecho penal. En: *Introducción al derecho penal*. Op. cit., p. 75.

³²⁷ VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Jurisprudencia Penal y libertad: crítica de algunas disfunciones recientes*. Op. cit., p. 237.

³²⁸ *Ibíd.*, p. 235.

³²⁹ FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Op. cit., pp. 213-223. Explica este autor, aquí, que en el conjunto de países donde rige el *civil law*, las decisiones de los jueces y tribunales que sientan precedentes se leen con cierta independencia del caso, extrayéndose de la decisión una regla relativamente abstracta y lo que hace la jurisprudencia es basarse en ella, sin demasiadas matizaciones.

law”, en donde su sistema de precedentes se caracteriza por anudar una determinada solución jurídica a un determinado supuesto de hecho³³⁰.

Por otro lado, para que la jurisprudencia cumpla de forma satisfactoria esta función de complemento a la ley penal, resulta imprescindible que la misma tenga un carácter vinculante, tanto en una dimensión vertical como horizontal³³¹.

- De un lado, la dimensión vertical del valor normativo de la jurisprudencia conlleva que los tribunales de inferior rango ajusten sus decisiones conforme los criterios que han sido sentados fijados por los tribunales superiores, lográndose esto a través de un necesario sistema de recursos³³², puesto que, tal y como sostiene DE OTTO, «el que la función jurisdiccional se atribuya a una pluralidad de jueces no es en absoluto requisito o exigencia de la función misma, sino algo debido a razones puramente prácticas y cuyos perniciosos efectos sobre la seguridad jurídica, la igualdad y la unidad del derecho quieren corregirse mediante la organización en grados, que permite la revisión y unificación y de este modo aproxima el sistema de jurisdicción disperso al ideal del juez único»³³³.
- De otro lado, la dimensión horizontal del valor normativo de la jurisprudencia implica una cierta estabilidad de esos criterios por parte del tribunal de rango superior, garantizándose de esta manera, la igualdad en la aplicación del Derecho, puesto que «todas las personas que realicen unos mismos hechos serán tratadas de igual modo por el Tribunal competente para resolver, pues éste aplicará la ley con arreglo a una misma tesis interpretativa»³³⁴. Y es que, efectivamente, se consigue de esta manera no incurrir en contradicciones. Sin

³³⁰ *Ibíd.*, pp. 213-223. Aclara este autor, aquí, que se lo que se trata es de extraer a través de un análisis pormenorizado de los rasgos de un determinado caso, una regla general denominada *ratio decidendi*.

³³¹ De esta manera lo ha manifestado la doctrina mayoritariamente. Vid, en este sentido, JAEN VALLEJO, M. *El valor de la Jurisprudencia Penal*. En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 622, Parte Comentario, 2004, p. 4. Vid, también, RAMOS TAPIA, M. I. Tema 5. Límites al poder punitivo del Estado (II). En: *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*. 3ª ed. Op. cit., p. 129.

³³² Esto se consigue en el sistema penal español fundamentalmente a través del recurso de casación. En este sentido, el artículo 849. 1 LECrim prevé el denominado recurso de casación por infracción de ley para el supuesto en que se pretenda anular resoluciones que contradigan la interpretación que una determinada ley haya realizado el Tribunal Supremo.

³³³ DE OTTO, I. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 301.

³³⁴ FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Op. cit., p. 172

embargo, esto no implica, que este órgano jurisdiccional no pueda modificar sus decisiones en un futuro, siempre que este cambio tenga vocación de permanencia, sea razonable y se haya razonado³³⁵.

En definitiva, podemos concluir de lo expuesto con anterioridad, que el principio de legalidad penal, y a través de él, el valor de la seguridad jurídica vincula de forma diferente al legislador y al juez³³⁶. Y es que, al primero, le impone el deber de describir las conductas con precisión, mientras que, al segundo, se le impone la obligación de aplicarla en los términos de la ley penal, no estándosele permitido castigar fuera de las previsiones legislativas. No obstante, se le permite al juzgador interpretar las normas penales, de tal forma que lleve a cabo una función de complemento y unificación. Y es, precisamente, este motivo, el que genera que exista una preocupación por parte de los operadores jurídicos respecto de las discrepancias existentes en cuanto a cuál ha de ser la concreta estructura del delito corporativo en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas. Es por ello, por lo que se ve como una primordial necesidad, que el Tribunal Supremo culmine con rapidez la tarea que tiene encomendada de elaborar una teoría jurídica del delito para el ámbito de las personas jurídicas. Y es que está en juego, precisamente, el evitar que los jueces y tribunales caigan en contradicciones y se lesione, de esta manera, el principio de igualdad en la aplicación de la ley³³⁷.

³³⁵ Vid., en este sentido, las SSTC núm. 49/1982, de 14 de julio de 1982, y núm. 193/2001, de 1 de octubre de 2001.

³³⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*. Op. cit., p. 26. Así lo expresa este autor en esta obra cuando afirma que «el principio de legalidad penal y, a través de él, el valor de la seguridad jurídica, vinculan de modo diferente al legislador y al juez».

³³⁷ RAMOS TAPIA, M. I. Lección 4. Límites al poder punitivo del Estado (II). En: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, M.R (coord.) *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. 3ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 68. Explica, aquí, esta autora, el papel tan relevante que juega la jurisprudencia ««para garantizar la coherencia en la interpretación de las normas penales evitando divergencias interpretativas respecto a una misma norma penal que, aunque sean razonables y motivadas, supondrían una quiebra del derecho a la seguridad jurídica y del principio de igualdad en la aplicación de la ley»».

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE PODRÍA PROVOCAR LA DECISIÓN QUE, RESPECTO A LA CONCRETA ESTRUCTURA DEL DELITO CORPORATIVO, FINALMENTE TERMINE ADOPTANDO EL TRIBUNAL SUPREMO

La labor de unificación que tiene encomendada el Tribunal Supremo permite explicar el por qué **en función de cómo este órgano jurisdiccional configure el modelo del denominado «delito corporativo», los efectos o consecuencias jurídicas pueden variar.** Como ya hemos hecho referencia, existe discrepancias entre los magistrados del Tribunal Supremo acerca de esta cuestión, defendiendo una mayoría de ellos que la cultura de cumplimiento de la persona jurídica constituye el tipo objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Frente a este planteamiento se expresan el resto de magistrados del Tribunal Supremo.

Vamos a estudiar, a continuación, el por qué ésta no es una cuestión baladí, examinando tres ámbitos que pueden resultar especialmente afectados:

- **En primer lugar, un efecto importante se produciría en relación a los hechos probados en la sentencia.** A este respecto cabe señalar que, la doctrina -acertadamente- ha manifestado que, si se admitiera la hipótesis de la sentencia mayoritaria, se exigiría que el defecto de organización se incluyera como acreditado en los hechos probados del fallo. La consecuencia de no hacerse de ese modo, sería la absolución³³⁸.
- **Un segundo efecto, sobre el que hay que prestar especial atención, es de naturaleza procesal,** y está relacionada con la acreditación de determinados elementos por las partes del proceso. En este sentido, si tal y como se defiende en la sentencia mayoritaria, se considerará que la tipicidad del delito está conformada por el defecto de organización o la cultura de cumplimiento, le correspondería a la acusación probar la inexistencia de tales elementos pudiéndose no llegar a abrir la causa penal o quedar ésta sobreseída de forma

³³⁸ Vid., en este sentido, AGUDO FERNÁNDEZ, E; JAÉN VALLEJO, M; PERRINO PÉREZ, A.L. Capítulo IV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia. En *Derecho penal de las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2016, p.169.

prematura en caso de no ser capaz de demostrarlos³³⁹. Sin embargo, la situación variaría sustancialmente, si tal y como argumenta el Voto Particular de la referida sentencia, el tipo está configurado por el hecho de conexión, según lo establecido en los apartados a) y b) del art. 31 bis CP, num. 1³⁴⁰. Y es que, en este último caso, la consecuencia sería la de que le correspondería a la acusación demostrar estos elementos, pero no asumiría «un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada»³⁴¹ y, en consecuencia, le correspondería, a la empresa, acreditar la concurrencia de los instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito.

- En tercer lugar, resulta muy llamativo el hecho de que incluso se podría llegar a producir una eventual vulneración del principio de legalidad, en función del modelo que el Tribunal Supremo finalmente termine adoptando. Efectivamente, plantean de manera razonable los magistrados del Tribunal Supremo firmantes del Voto Particular, la enorme dificultad de compatibilidad con el requerimiento de certeza propio de la tipicidad penal, de un elemento como es la «ausencia de cultura de respeto del derecho» entendida «como fuente de inspiración de la actuación de sus estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran³⁴²». Y es que, evidentemente, la garantía de

³³⁹ DEL ROSAL BLASCO, B. *Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 Y 221/2016 y sobre la circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado*. En Diario la Ley, núm. 8732, Sección Doctrina, 1 de abril de 2016, p. 3

³⁴⁰ A favor de esta teoría se posiciona ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Teorías Jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión*. En Cuadernos de Política Criminal, núm. 121, Época II, Sección de Estudios Penales, mayo 2017, pp. 23-25. Vid, en este mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (a propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, de 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)*. En La Ley Penal, núm. 119, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, marzo-Abril 2016, p. 5.

³⁴¹ Afirmación contenida en el Fundamento Jurídico Segundo del Voto Particular contenido en la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero de 2016. Vid., a este respecto, GOMEZ-JARA DÍEZ, C. *El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora*. En Diario La Ley, núm. 8724, Sección Documento on-line, 17 de marzo de 2016., p.12. Explica este autor, aquí, que «ese resultado no sólo constituye una suerte de probatio diabólica al tener que probar un elemento negativo y ser de más fácil prueba por la defensa, sino que, además, no se compadece con la larga tradición jurisprudencial del Alto Tribunal que asigna la carga probatoria de las eximentes a quien las aduce».

³⁴² Afirmación ésta contenida en el Fundamento Jurídico Curto del Voto Particular incluido en la STS núm. 154/2016, de 29 de febrero de 2016.

lex certa intrínseca al principio de legalidad -que implica la necesidad de determinación del supuesto de hecho prevista por la norma penal- podría verse cuestionada en el supuesto de que se admita que la cultura de cumplimiento -o el defecto de organización-, es el elemento del tipo objetivo del delito corporativo.

4. CONCLUSION

Nuestro Tribunal Supremo tiene encomendada una esencial función de unificación cuya finalidad es la de evitar las posibles discrepancias interpretativas que, respecto de una determinada cuestión de transcendencia jurídica, se puedan llegar a ocasionar por decisiones contradictorias de órganos jurisdiccionales inferiores. En este sentido, la importancia de la jurisprudencia emanada de este tribunal está fuera de toda duda, dado el esencial valor normativo que la misma posee y el carácter complementario que, respecto de la norma penal, ostenta. Y todo ello, a pesar del no reconocimiento de la misma como fuente «formal» en nuestro ordenamiento jurídico.

Resulta evidente, que los tipos penales no pueden llegar a ser los suficientemente precisos como para sancionar todos aquellos comportamientos penalmente relevantes, surgiendo, así, la necesidad de que los jueces y tribunales, a través de las resoluciones que dictan, complementen las normas penales, todo ello, insistimos, con objeto de evitar lagunas de impunidad.

De esta manera, a través de las resoluciones que de manera reiterada van emanando de él, el Alto Tribunal va realizando esta función que constitucionalmente tiene confiada y que no es otra que, de unificar la interpretación de las normas penales, teniendo como únicos límites a la hora de realizar esta tarea, el respeto al principio de legalidad y la prohibición de la analogía.

Las posiciones contrapuestas existentes en el Tribunal Supremo en relación con cuál ha de ser la concreta estructura del delito corporativo no contribuye, de ninguna de las maneras, a alcanzar una elemental igualdad en la aplicación del derecho en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas. En relación

a este extremo, el hecho de que exista esta discrepancia en este órgano jurisdiccional ha generado un gran incertidumbre y preocupación entre los distintos operadores jurídicos. Y es que, tal y como se ha puesto de manifiesto en este trabajo de investigación, las decisiones que nuestro máximo órgano jurisdiccional vaya a ir adoptando en un futuro, en este ámbito, van a erigirse como un elemento clave a la hora de elaborar una necesaria teoría jurídica del delito por medio de la cual se alcance este fin. De esta manera, no sólo se evitaría que se produjeran sentencias contradictorias respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas -hecho que repercute de forma muy negativa a una seguridad jurídica que debe estar presente, en todo momento, en nuestro ordenamiento jurídico- sino que, como hemos advertido, el optar por un modelo u otro tiene importantes efectos y consecuencias jurídicas, especialmente en relación a la carga probatoria. A este respecto, cabe destacar que cuestiones tales como qué elementos tiene que acreditar una y otra parte procesal o cuáles son los hechos que tienen que aparecer acreditados en la sentencia, son aspectos que pueden resultar especialmente afectados en relación a esta materia, tal y como hemos tenido ocasión de observar.

Nuestro máximo órgano jurisdiccional debería, por tanto, ser especialmente cauteloso a la hora de llevar a cabo esta trascendental tarea que ahora le corresponde llevar a cabo. Y es que está en juego, nada más y nada menos, que el propio principio de legalidad, eje vertebrador del derecho penal en nuestro ordenamiento jurídico.

5. BIBLIOGRAFÍA.

- AGUDO FERNÁNDEZ, E; JAÉN VALLEJO, M; PERRINO PÉREZ, A.L. Capítulo IV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia. En *Derecho penal de las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2016.
- CARNELITTI, F. *La certezza del diritto*. En *Revista di diritto civile*, XX, 1943.

- COBO DEL ROSAL, M. Las fuentes directas de producción del derecho penal. En: COBO DEL ROSAL, M (coord.). *Sinopsis de derecho penal: parte general: Libro de estudio*. Madrid: Dykinson, 2011.
- COBO DEL ROSAL, M. Principios informativos del derecho penal en un estado social y democrático de derecho. En: COBO DEL ROSAL, M (coord.). *Sinopsis de derecho penal: parte general: Libro de estudio*. Madrid: Dykinson, 2011.
- DE OTTO, I. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.
- DEL ROSAL BLASCO, B. *Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre la SSTS 154/2016 Y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado*. En *Diario la Ley*, núm. 8732, Sección Doctrina, 1 de abril de 2016.
- FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas, 2002.
- GOMEZ-JARA DÍEZ, C. *EL pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora*. En *Diario La Ley*, núm. 8724, Sección Documento on-line, 17 de marzo de 2016.
- JAEN VALLEJO, M. *El valor de la Jurisprudencia Penal*. En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 622, Parte Comentario, 2004.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. Principios del Derecho Penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del derecho penal. En LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A (coord.). *Introducción al derecho penal. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas*, 2011.
- RAMOS TAPIA, M. I. Lección 4. Límites al poder punitivo del Estado (II). En: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, M.R (coord.) *Lecciones de Derecho penal. Parte General. 3ª ed.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.
- RAMOS TAPIA, M. I. Tema 5. Límites al poder punitivo del Estado (II). En: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (dir.). y MORENO-TORRES HERRERA, M.R (coord.). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 2002.
- ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas Ediciones, 2006.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Jurisprudencia Penal y libertad: crítica de algunas disfunciones recientes*. En *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 12, 2012.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (a propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, de 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)*. En *La Ley Penal*, núm. 119, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Marzo-Abril 2016.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Teorías Jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión*. En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 121, Época II, Sección de Estudios Penales, mayo 2017.

Financiación ilegal de los partidos políticos

Bartolomé Torralbo Muñoz

Universidad de Córdoba

La financiación de los partidos políticos y la corrupción son dos elementos que están estrechamente conectados. La regulación española ha optado por un modelo mixto de financiación de los partidos, en principio adecuado para combatir la financiación irregular y la corrupción. Pero es innegable que el sistema de financiación actual no ha puesto fin a la creciente lista de casos de corrupción conectados con la financiación de los partidos. Es por esto que considero oportuno analizar las posibles causas criminológicas que favorecen el hecho de que los partidos se financien ilegalmente, lo que en última instancia da lugar a la aparición de comportamientos corruptos.

Los escándalos de corrupción han afectado a gran parte de los partidos políticos que han formado parte de nuestra todavía joven democracia. Se puede afirmar que dentro de estos casos encontramos diversas formas de obtener recursos ilegalmente, de las que vamos a destacar tres³⁴³:

- La más común es a través de comisiones que se obtienen por la adjudicación de contratos. Se adjudica un contrato a una determinada empresa por parte de una administración que está controlada por el partido. El partido recibe financiación en forma de comisiones a cambio de dicha adjudicación.
- Un segundo medio de financiación irregular sería el desvío de fondos desde empresas cuyos propietarios o directivos son de confianza del partido. A veces estos fondos provienen directamente de subvenciones públicas.

³⁴³ MALEM SEÑA, J.F. (2000). Op. Cit. Pp. 26-34.

- Finalmente destacar el endeudamiento con entidades de crédito y posterior condonación de las deudas³⁴⁴. Esta práctica era legal y muy habitual hasta la reciente reforma de LOFPP en el 2015 donde se prohibieron estos comportamientos. Siendo positiva su prohibición, no se encuentra entre los comportamientos castigados por el tipo penal del 304 bis. Esto puede encontrar su explicación en el todavía elevado endeudamiento de los partidos políticos tradicionales, si bien es cierto que la tendencia en estos últimos años ha sido la de reducir los niveles de deuda.

Es necesario reflexionar acerca de las posibles causas criminológicas que están detrás de que los partidos se financien ilegalmente, ya que este es el origen de muchas tramas de corrupción. Solo a través del análisis de las mismas podemos hallar soluciones eficaces a la financiación ilegal. La doctrina³⁴⁵ destaca, en primer lugar, el nivel de gasto de los partidos, en continuo ascenso en todos los sistemas democráticos modernos. En segundo lugar, el nivel de afiliación, con una tendencia a la baja en general en el panorama internacional, pero que es sin duda un mal endémico de nuestro sistema de partidos desde su origen. Otro aspecto que merece análisis es la transparencia, fundamental tanto para detectar como para evitar prácticas corruptas. Finalmente, trataré la discrecionalidad y la falta de control en algunos sectores de la actividad administrativa, especialmente a nivel local, que favorecen el que se puedan producir acuerdos ilegales en los que la contraprestación es la financiación ilegal del partido.

1.1. El nivel de gasto de los partidos

Los partidos se han convertido en grandes estructuras que afrontan continuos procesos electorales, pudiendo afirmar que viven en un constante estado de campaña electoral. Esto ha llevado a un aumento exponencial tanto del gasto electoral como ordinario de los partidos, lo que supone que necesiten tener

³⁴⁴ ARIÑO ORTIZ, G. (2009). Op. Cit. Pp. 57-59

³⁴⁵ OLAIZOLA NOGALES, I. (2014). *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. Pp. 99 ss.

acceso a unos recursos de los que no disponen. En consecuencia los partidos se ven obligados a endeudarse quedando, por ende, condicionados por esta deuda³⁴⁶.

Especialmente elevado es el gasto en campaña electoral, donde los partidos se convierten en empresas de publicidad intentando vender un producto, su candidato. Grandes campañas publicitarias u ostentosos mítines son algunos de los gastos más elevados que afrontan los partidos, junto con los organizadores de campaña (lo cual incluye la organización de eventos o la realización de estudios sociológicos), que pueden llegar a cobrar altos salarios. Por tanto, los partidos tienen que afrontar un nivel de gasto desproporcionado con respecto a sus ingresos³⁴⁷, activando esto mecanismos de financiación que pasan primero por el endeudamiento para acabar finalmente en la obtención de recursos por vías irregulares e ilegales.

Es necesario limitar los gastos electorales, acortando las campañas, asegurando que los partidos tienen espacios gratuitos y equitativos en los medios de comunicación o reduciendo el tamaño y la ostentividad de los mítines políticos³⁴⁸ entre otras posibles medidas. Muchos son los aspectos en las campañas electorales que pueden verse recortados sin que esto suponga un deterioro de nuestros procesos democráticos. Además, se conseguiría frenar esta escalada propagandística, dando pasos también en pro de la igualdad entre las distintas formaciones políticas. A este control y recorte de los gastos electorales habría que sumarle un mayor control de los gastos ordinarios de los partidos. Como ya hemos visto, estos no están legalmente limitados y, por lo tanto, los partidos usan esta vía para camuflar gastos electorales, sobrepasando así los límites establecidos por la LOREG.

El sistema español de limitación de los gastos electorales es necesario pero tiene algunos defectos que provocan que acabe no siendo efectivo. En primer lugar, la determinación del concepto de gasto electoral. La LOREG establece qué es gasto

³⁴⁶ ARIÑO ORTIZ, G. (2009). Op. Cit. Pp. 40-42

³⁴⁷ FERNÁNDEZ MARUGÁN, F. (2013). "La financiación de los partidos políticos: otra mirada." In: *Temas para el debate*, (223), 23-26.

³⁴⁸ OLAIZOLA NOGALES, I. (2014). Op. Cit. Pág. 103

electoral a través de un criterio temporal, un criterio demasiado abierto que favorece el ocultamiento de gastos electorales. Pero el aspecto más importante que resta eficacia al sistema de control de gasto deriva de la dualidad normativa en la materia. Como ya he mencionado, la LOFPP no limita ni controla los gastos de los partidos en su actividad ordinaria. Si a esto le añadimos los gastos que los partidos realizan a través de las fundaciones o entidades vinculadas a los mismos, encontramos que el control de los gastos es muy ineficiente.

Este control del gasto es de suma importancia ya que puede ayudar tanto a prevenir como a detectar prácticas corruptas. Un ejemplo serían aquellos casos en los que el apoyo económico irregular por parte de una empresa no se hace directamente en términos monetarios, sino a través de la organización de eventos del partido que finalmente nunca llegan a cobrarse o se cobran a precios muy por debajo del valor de mercado. Este tipo de tratos de favor son difíciles de detectar en este momento ya que no existe un control del gasto de los partidos políticos verdaderamente exhaustivo.

En definitiva, el elevadísimo nivel de gasto que afrontan los partidos políticos, unido a la falta de control de dónde invierten sus recursos, hacen que ésta sea una de las causas criminológicas más importantes detrás de la aparición de prácticas corruptas relacionadas con su financiación.

1.2. La afiliación

Los partidos políticos en España han tenido, desde su origen, un número de afiliados muy bajo. Según un informe del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) publicado el 28 de mayo de 2009, España era en ese momento el país de Europa donde los partidos tenían un menor número de afiliados, situación que no ha mejorado en la actualidad. Esto es un síntoma de la desconexión existente entre los partidos y su electorado, y como consecuencia de este desapego de la ciudadanía con respecto de los partidos, esta fuente de financiación tiene una importancia mínima en las cuentas de las distintas formaciones.

Esto hace que se pierdan ciertos beneficios que trae consigo esta fuente de financiación como pueden ser el mayor acercamiento entre los partidos y la sociedad, que hace que la clase política se interese más por los problemas de la ciudadanía o la mejora en la democracia interna del partido, ya que es una financiación de bajo importe, pero de base amplia (o ese es el objetivo), permitiendo a los afiliados tener más voz. Además, si el grosor del presupuesto de los partidos viniese de los ciudadanos se controlaría más el gasto dentro de los mismos³⁴⁹.

Sin embargo, a las élites de los partidos puede no interesarles un aumento en la afiliación³⁵⁰. En España encontramos unos partidos altamente jerarquizados, partidos *catch-all*, en los que un excesivo crecimiento de la afiliación puede suponer un aumento en la dificultad a la hora de controlar el partido. Esta jerarquización que se produce en los partidos *catch-all*, donde sus dirigentes tienen un control casi total a la hora de asignar cargos, diseñar listas, etc. favorece las prácticas corruptas, ya que se lleva la influencia del partido directamente a la administración a través de los cargos electos que formen parte del mismo, por lo que particulares pueden buscar obtener un trato de favor de la administración a través de donaciones al partido.

La justificación al problema de la afiliación se encuentra en el origen de los partidos políticos españoles. Se saltaron la etapa de partido de masas en los que son característicos los altos índices de afiliación e identificación partidista, además de una movilización y participación intensa de los afiliados. Se pasó directamente a un formato catch-all, cuya base se fundamenta en el capital financiero y no en el capital humano. Las élites del partido son las que controlan los recursos y como estos no proceden, en su mayor parte, de las bases de partido, se produce un distanciamiento entre las bases y el aparato del partido. Esta excesiva independencia y control absoluto sobre el devenir del partido que tienen las élites del mismo, cuyo origen está en la baja afiliación, es sin una de las causas tras la corrupción y la financiación ilegal.

³⁴⁹ PÉREZ FRANCESCH, J. L. (2009). Op. Cit. Pp. 251-253

³⁵⁰ ARANDA ÁLVAREZ, E. (2013). "Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno." In: *Cuadernos Manuel Giménez Abad*", (5), 214-229.

1.3. La transparencia

Siendo cierto que la reforma de 2015 supuso un avance importante en el ámbito de la transparencia y la publicidad de las cuentas de los partidos, obligándoles a publicar mucha más información y de manera más clara en sus páginas web, esta sigue siendo una de las grandes áreas donde mejorar.

Tal y como refleja la incesante aparición de casos de corrupción relacionados con la financiación ilegal de los partidos, las reglas de financiación son generalmente incumplidas por todos ellos, y esto es algo que podemos trasladar a otros países y sistemas³⁵¹. A las prácticas de financiación ilegal debemos añadir las de financiación irregular, que son aquellas apartadas de los fines últimos del sistema de financiación. Es decir, casos en los que las aportaciones privadas se hagan formalmente conforme a la legalidad, pero se realicen con otros objetivos de fondo, como los de ganar influencia en el partido o condicionar una determinada decisión política. Para detectar y tener en cuenta estas prácticas por parte de la ciudadanía es fundamental la transparencia.

Un mayor nivel de transparencia en el sistema de financiación de los partidos políticos permite a la sociedad tener una mayor capacidad de control de su actuación y, por lo tanto, del proceso político, reforzando la legitimidad democrática del sistema. Cuanta más información tenga la ciudadanía sobre la procedencia y el destino de los recursos de los partidos políticos, de más elementos de juicio dispondrá para valorar a los partidos y sus candidatos. Y no solo esto, también podrá valorar si el proceso es justo y si verdaderamente hay una igualdad de oportunidades entre los distintos partidos en lo referente a los recursos.

Al conocer los ingresos del partido, se podrá saber las donaciones que recibe y, en caso de que el donante reciba algún trato de favor, esta información será fácilmente detectable. En consecuencia, los ciudadanos podrán tenerlo en consideración a la hora de determinar el sentido de su voto. La clase política en ocasiones deja en manos de la ciudadanía la depuración de las responsabilidades

³⁵¹ 351 SANTANO, A. C. (2016). Op. Cit. Pp. 86-92

políticas en lo referente a casos de corrupción u a otras prácticas menos graves, pero igualmente irregulares. Esto no puede ser efectivo si la ciudadanía no dispone de toda la información para poder formarse una opinión fundamentada. Con un sistema más transparente, donde la información sea accesible y comprensible, los procesos electorales se potenciarían como sistema de control político.

Al aumento del control de la financiación y de la información en manos de la ciudadanía, hay que añadir el hecho de que un sistema más transparente tanto en los ingresos como en los gastos es un importante elemento disuasorio contra la corrupción, ya que aumenta considerablemente las posibilidades de que estas prácticas de financiación ilegal acaben expuestas.

En los sistemas con preponderancia de la financiación pública como el nuestro suelen darse dos características que favorecen la financiación ilegal e irregular. Por un lado, encontramos límites estrictos a las donaciones privadas y, por otro, unos mecanismos de control y transparencia deficitarios. Esto hace que los partidos puedan establecer fácilmente sistemas de financiación paralelos no registrados en las cuentas del partido, manteniendo un alto nivel de opacidad en las donaciones que entran por el sistema reglamentario. Quizás sería más adecuado elevar la posibilidad de obtención de recursos privados, pero haciendo previamente públicas la identidad de los lobbies y grupos de presión que hacen las donaciones, para que así la ciudadanía las pueda valorar a la hora de decidir a quién votar. Hoy en día los grupos de presión funcionan en España a espaldas de la sociedad, mientras que, por ejemplo, en la Unión Europea, su identidad es de dominio público.

La falta de transparencia es un factor corruptor; la todavía escasa publicidad y claridad de las cuentas internas de los partidos suponen un caldo de cultivo para que las formaciones busquen o acepten recursos privados más allá de lo permitido o que desvíen recursos públicos para fines particulares. Un sistema de sanciones, tanto administrativas como penales, nunca será eficaz sin las necesarias medidas de transparencia y publicidad que permitan detectar este tipo de prácticas. Estas

medidas no son más que el último paso que es completamente ineficaz sin un sistema de detección de las irregularidades que sea verdaderamente efectivo.

1.4. La discrecionalidad y falta de control de la actividad administrativa

La mayor parte de la financiación ilegal que reciben los partidos proviene de empresas que buscan obtener privilegios, ya sea a largo plazo, creando un buen clima y una relación más cercana entre la empresa y el partido, o para un tema concreto, como puede ser una adjudicación de un contrato o la regulación de una materia en un determinado sentido. No podemos olvidar que son los órganos centrales de los partidos los que deciden quienes van en las listas y por tanto tienen una influencia directa en los candidatos, determinando sus posibilidades de acceder a un cargo político. La relación entre el partido y los cargos políticos es evidente, convirtiéndose la financiación de los partidos en una importante puerta de entrada a ganar influencia en los distintos niveles de la administración. A estos cargos políticos hay que añadir el elevado número de puestos de libre designación y personal eventual de confianza que existe dentro de las administraciones, estableciendo otro punto de conexión directa entre los partidos y la Administración.

Si a estas características de los partidos y su relación con la Administración le añadimos que hay sectores de la actividad administrativa donde existe un alto nivel de discrecionalidad y un bajo nivel de control, tenemos el marco idóneo para que se produzcan prácticas corruptas y de financiación ilegal de los partidos políticos. Olaizola Nogales³⁵² destaca dos ámbitos donde esta discrecionalidad y falta de control se hacen especialmente notorias, como son el urbanístico y la contratación pública.

a) Ámbito urbanístico

El ámbito urbanístico reúne las notas idóneas para que aparezcan comportamientos corruptos. Hay un alto nivel de discrecionalidad en las

³⁵² OLAIZOLA NOGALES, I. (2014). Op. Cit. Pp.116-130

decisiones, monopolizadas principalmente por los Ayuntamientos, y el nivel de control y la rendición de cuentas son bajos³⁵³.

El legislador, tanto nacional como autonómico, no puede determinar el uso y la clasificación de todo el territorio nacional, como tampoco puede establecer unas reglas rígidas aplicables a todos los territorios, ya que el desarrollo urbanístico debe adaptarse a las necesidades de cada población. Por lo tanto, son los Ayuntamientos los que deciden sobre la política urbanística, con un margen de actuación muy amplio, a través de los planes de ordenación.

Otro elemento característico del ámbito urbanístico es la complejidad normativa debida a la existencia de numerosas normas procedentes de distintos niveles de la administración. Encontramos la ley estatal del suelo, las diferentes leyes urbanísticas autonómicas, los reglamentos que las desarrollan, las leyes sectoriales y los anteriormente mencionados planes de ordenación locales. Esto produce una cierta incertidumbre e inseguridad jurídica al no saber cuál es la normativa aplicable, derivando la excesiva regulación en una suerte de desregularización del sector³⁵⁴. Esto provoca un aumento de la discrecionalidad de los procesos que en algunos casos se podrían catalogar incluso de arbitrarios.

Los Ayuntamientos, a través de los planes de ordenación, determinan la clasificación y uso de los terrenos, aunque en ocasiones lo hacen de forma demasiado genérica lo que les da una excesiva libertad de actuación³⁵⁵. Esto abre la posibilidad a que se generen plusvalías, principalmente cuando terrenos no urbanizables pasan a ser urbanizables por decisión del Ayuntamiento. Cuando se están realizando los planeamientos urbanísticos, en su fase de elaboración, son muy importantes los Convenios Urbanísticos. En estos convenios se negocia entre el Ayuntamiento y el propietario del terreno que se va a calificar cuestiones relativas al aprovechamiento del suelo o cesiones del propietario al Ayuntamiento entre otros aspectos. Es un campo con bastante libertad en la

³⁵³ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. (2008) Boom urbanístico y corrupción política en España. In: *Mediterráneo económico*, vol. 14. Pp. 264.

³⁵⁴ ERICE MARTÍNEZ, E. (2008) "Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del derecho penal." In: *Cuadernos penales Jose María Lidón* nº5. Pág. 69.

³⁵⁵ OLAIZOLA NOGALES, I. (2008) "Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística. In: *Cuadernos penales Jose María Lidón* nº5. Pp. 125-126

negociación entre la administración y los particulares, convirtiéndolo en un territorio propicio para la aparición de prácticas corruptas. Un promotor de vivienda puede comprometerse a hacer cesiones al Ayuntamiento para que se recalifique o aumente la edificabilidad de su terreno, provocando cambios en los planes de ordenación. Además, estos Convenios Urbanísticos tienen un bajo nivel de control por parte de la oposición ya que solo tienen acceso a ellos una vez ya han sido cerrados. Si bien es cierto que estos convenios están regulados en La Ley del Suelo estatal 8/2007, el margen de negociación es muy amplio y abre una puerta a prácticas corruptas³⁵⁶.

También debemos tener en cuenta el hecho de que los Ayuntamientos asumen numerosos servicios pero su financiación es muy escasa. Es a través de su política urbanística donde encuentran una importante fuente de financiación, lo que les lleva a usarla con motivos distintos al del óptimo crecimiento de la ciudad o el pueblo de que se trate. Entre los ingresos de este ámbito encontramos los impuestos de construcciones, las licencias urbanísticas y las sanciones y multas. Estos ingresos pueden financiar la actividad corriente del Ayuntamiento. Se incluye la venta o arrendamiento de terrenos propiedad del Ayuntamiento, que a pesar de deber estar destinados a la construcción de infraestructuras y viviendas de protección oficial, también se han destinado a la caja general del mismo.

Se puede apreciar un déficit en la financiación de los Ayuntamiento que ha sido suplida con estos ingresos del ámbito urbanístico. Esto ha derivado en muchas ocasiones en un empobrecimiento del municipio, ya que el desarrollo de la población se ha hecho sin tener en cuenta criterios de sostenibilidad y medio ambiente. A esta deficiente financiación se une el elevado nivel de gasto que han tenido muchos Ayuntamientos, cayendo en excesos desde el nivel salarial hasta la organización de eventos y fiestas populares. Esto ha generado un alto

³⁵⁶ PRIETO DEL PINO, A.M. (2008). "Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la costa del sol." In: *Cuadernos penales Jose María Lidón* nº5. Pág. 102.

endeudamiento³⁵⁷ de los Ayuntamientos, situación que hace aumentar la probabilidad de aparición de prácticas corruptas.

Como ya he señalado más arriba, un aspecto fundamental es la ausencia de controles, algo que sin duda encontramos en este ámbito. El control interno está en manos del Secretario del Ayuntamiento y del Interventor del gasto, cargos que se unen en la figura del Secretario en los municipios pequeños. Esto no tendría que suponer un déficit per se, pero en muchas ocasiones este cargo se cubre por el sistema de libre designación³⁵⁸. El hecho de que sea un cargo de confianza disminuye las posibilidades de control efectivo de prácticas ilegales.

También es llamativo como los Ayuntamientos muestran cierta pasividad ante las ilegalidades urbanísticas. Incluso con denuncias interpuestas, son mucho más comunes las legalizaciones a posteriori de las construcciones ilegales que su derribo³⁵⁹. En unos casos la justificación es no dejar a una familia sin su única vivienda y, en otros, el interés económico que puede representar para la zona una determinada construcción en principio ilegal, como pueden ser hoteles o segundas residencias.

En lo que respecta al control externo, el ejercido tanto por el Tribunal de Cuentas como por los distintos tribunales ordinarios es lento y poco efectivo. El Tribunal de Cuentas lleva tiempo denunciado que las cuentas públicas en el ámbito local carecen de transparencia y no son remitidas al Tribunal para su examen. Igualmente los informes que finalmente emite el Tribunal llegan pasados largos periodos de tiempo resultando, en última instancia, ineficaces. Los tribunales contencioso-administrativos son muy lentos. Además en este ámbito es habitual que no haya un perjudicado directo, por lo que las actuaciones ilegales no llegan a recurrirse. En lo que respecta a las instancias penales, solo deben intervenir cuando exista delito, algo que en principio debe ser excepcional³⁶⁰ y no puede formar parte de un control continuo de la actividad de la Administración.

³⁵⁷ OLAIZOLA NOGALES, I. (2008). Op. Cit. Pp. 133-135

³⁵⁸ OLAIZOLA NOGALES, I. (2014). Op. Cit. Pág. 122.

³⁵⁹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. (2008) Boom urbanístico y corrupción política en España. In: *Mediterráneo económico*, vol. 14. Pág. 269

³⁶⁰ *Ibid.*

Por último mencionar la alta tolerancia de la ciudadanía en este terreno³⁶¹, donde salvo algunas plataformas ecologistas y ciudadanas, se considera el deterioro del medio ambiente un mal menor ante la generación de riqueza y de puestos de trabajo. Este descontrol urbanístico supone un coste muy alto a largo plazo, ya que el desarrollo no se hace conforme a criterios de sostenibilidad y disponibilidad de recursos. La situación en España de la política urbanística trae consigo un desarrollo desordenado y con mucho riesgo de aparición de prácticas corruptas ante la ya analizada alta discrecionalidad y bajo nivel de control en la toma de decisiones.

b) Contratación pública

Los procesos de contratación pública comparten con el ámbito urbanístico la amplia discrecionalidad y el bajo nivel de control que favorecen la corrupción. En estos casos es frecuente que se establezcan comisiones a cambio de la adjudicación de contratos que van a parar directamente a las arcas del partido.

Los contratos públicos, regulados por la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, son un acuerdo de voluntades entre un particular y la Administración. Esta Ley determina que los principios que deben regir la contratación pública son la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y la obligación de asegurar una eficiente utilización de los fondos.

En la práctica se producen una serie de prácticas ilícitas³⁶² que quebrantan estos principios, y estas están directamente relacionadas con el cobro de comisiones y la financiación ilegal de los partidos políticos. Uno de los casos más habituales es el de las modificaciones en los contratos durante su ejecución. El contrato se adjudica a la oferta más barata, pero la empresa que hizo esta oferta sabía que tendría que hacer modificaciones posteriores aumentando el coste, alterando de esta forma la libre competencia. Esta adjudicación, en principio limpia, supone

³⁶¹Ibid.

³⁶² Véase OLAIZOLA NOGALES, I. (2014). Op. Cit. Pp. 126-130.

una práctica fraudulenta que acaba generando altísimos costes para la administración. Estos acuerdos, que llegaron a ser habituales en la época del “boom” inmobiliario, fueron regulados en el 2011 en la Ley de Economía Sostenible que modificaba la LCSP. La nueva regulación determinaba que en el caso de que los sobrecostes introducidos durante la ejecución del contrato superasen el 10% del coste habría que volver a licitar, abriendo de nuevo el contrato a concurso. De esta manera se aseguraba una mayor eficiencia de la adjudicación ya que las empresas buscarían ser más precisas en sus ofertas. Además, se evitaban los procesos de negociación bilateral con escasa transparencia que suponían la aprobación de los sobrecostes donde surgían todo tipo de prácticas corruptas.

Esta no es la única práctica ilícita que encontramos. Es común la creación de una demanda de bienes que no responde a la realidad de las necesidades de la ciudadanía, sino a la contraprestación recibida por el partido en forma de comisiones. Esto no solo supone la financiación ilegal del partido, sino que también supone un deterioro de los servicios públicos y un gasto innecesario de recursos. También se dan supuestos en los que los requisitos exigidos por la administración están predeterminados para favorecer a una determinada empresa, previo pago de comisiones, y no van en relación directa con el contrato en concurso. Finalmente, mencionar otra de las prácticas más habituales, el fraccionamiento de los contratos para poder adjudicarlos directamente a cualquier empresario al pasar a ser contratos menores. Este tipo de contratos solo requieren la aprobación del gasto y su posterior justificación sin ni si quiera llegar a existir un concurso. Buscan agilizar los procedimientos para necesidades de corto plazo y de bajo coste, pero con el fraccionamiento fraudulento el objetivo es evitar los requisitos de libre concurrencia y publicidad³⁶³ establecidos en la ley.

Estos son algunos de los supuestos en los que empresarios y algunos miembros de la administración buscan eludir la libre competencia en búsqueda del beneficio mutuo. Esto es posible por las características ya mencionadas de este

³⁶³ CAMPOS MONGE, M.C.E. (2007). “CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN (Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)” In: *Revista de ciencias Jurídicas*. nº112. Pág. 208.

sector, la amplia discrecionalidad, el monopolio en la toma de decisiones por parte del ayuntamiento y el bajo nivel de control. Estos elementos en la contratación hacen que sea posible que algunos políticos ofrezcan un trato preferente a cambio de financiación y viceversa, siendo necesario regular esta materia para evitar futuras corruptelas.

1.5. Conclusiones.

Estas son las principales causas criminológicas detrás de la financiación ilegal de los partidos políticos. Estamos ante un fenómeno complejo, por lo que la solución no pasa, o no sólo, por la tipificación del delito de financiación ilegal de los partidos políticos. Siendo la tipificación probablemente necesaria, este problema se debe atajar desde la reforma del sistema de financiación de los partidos políticos en su conjunto, mientras que el Derecho Penal debe reservarse a las conductas más graves relacionadas con este fenómeno.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA ÁLVAREZ, E. (2013). "Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno." In: Cuadernos Manuel Giménez Abad", (5)

ARIÑO ORTIZ, G. (2009). La financiación de los partidos políticos. Documentos del Foro de la Sociedad Civil. Nº1.

CAMPOS MONGE, M.C.E. (2007). "CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN (Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)" In: Revista de ciencias Jurídicas. nº112.

ERICE MARTÍNEZ, E. (2008) "Prevaricaciones urbanísticas: accesoriidad y subsidiariedad del derecho penal." In: Cuadernos penales Jose María Lidón nº5.

FERNÁNDEZ MARUGÁN, F. (2013). "La financiación de los partidos políticos: otra mirada." In: Temas para el debate, (223)

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. (2008) Boom urbanístico y corrupción política en España. In: Mediterráneo económico, vol. 14.

MALEM SEÑA, J.F. (2000). "La corrupción política." In: Jueces para la democracia, (37), 26-34.

OLAIZOLA NOGALES, I. (2008) "Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística. In: Cuadernos penales Jose María Lidón nº5.

OLAIZOLA NOGALES, I. (2014). La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia

PÉREZ FRANCESCH, J. L. (2009). "La financiación de los partidos políticos en España. Consideraciones a partir de los informes del Tribunal de Cuentas y de la nueva Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio". In: Papers: revista de sociología, (92).

PRIETO DEL PINO, A.M. (2008). "Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la costa del sol." In: Cuadernos penales Jose María Lidón nº5.

SANTANO, A. C. (2016). La Financiación de los partidos políticos en España. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

La multidisciplinariedad de las Ciencias Jurídicas: una reflexión interdisciplinar sobre el futuro de la edición genética alimentaria ante el principio de precaución

Ekain Payán Ellacuria*

Investigador predoctoral, G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Departamento de Derecho Público, Universidad del País Vasco UPV/EHU

1. Introducción

Antes de introducir al lector en la exposición propiamente dicha de este trabajo, y dado que el presente artículo se encuadra en el marco del II Congreso sobre Ciencias Jurídicas³⁶⁴, se considera conveniente subrayar la importancia que tiene esta disciplina, así como la interrelación de la misma con otras áreas de conocimiento, especialmente, aquellas vinculadas, directa o indirectamente, a las Ciencias Sociales y Humanas. Difícilmente puede concebirse de otra manera, en atención a la esencia y razón de ser del Derecho. Correlativamente, el legislador deberá atender a la bioética, la filosofía y la moral, materias de magnitud capital para la consecución de amplios consensos democráticos y legitimidad social que amparen su implementación y permanencia en el tiempo.

Lo anterior enlaza íntimamente con el grado de aceptación de la edición genética, y que, fruto de los incesantes avances, unidos a las esperanzadoras aplicaciones que lleva aparejadas, está generando ya un encendido debate. Una vertiente significativa viene representada por la herramienta *CRISPR-Cas9*, cuyo estudio

* Dirección de correspondencia: ekain.payan@ehu.eus. Al autor le gustaría aprovechar esta oportunidad para agradecer el apoyo a la Convocatoria de Contratación para la Formación de Personal Investigador en la UPV/EHU (2016), promovida por el Vicerrectorado de Investigación de la UPV/EHU, en la realización de este trabajo.

³⁶⁴ “Conviene hablar más que de ciencia jurídica de ciencias jurídicas, esto es, distintas disciplinas que con enfoques diversos reflexionan sobre su objeto de estudio que es el derecho, un objeto de estudio también difícilmente aprehensible, porque (...) no sólo está constituido por normas, sino por hechos, valores, procedimientos argumentativos, ideologías, instituciones, etcétera”. CÁRDENAS GRACIA J., *Introducción al estudio del derecho*, Universidad Nacional de Autónoma de México (UNAM) - Nostra Ed., S.A., México D.F., México, 2009, p. 67.

se ha venido centrando, con mayor dedicación, en la curación de patologías graves e incompatibles con la vida y la dignidad humana; empero, la limitación del Convenio de Oviedo³⁶⁵, junto con los riesgos éticos y técnicos para la salud y seguridad de las personas a causa del todavía incipiente estado del arte, dificultan su traslación a ensayos clínicos.

Como consecuencia de lo anterior, y a pesar del prometedor recorrido terapéutico que se le intuye, su aplicabilidad inmediata no parece pasar por los seres humanos, sino por mejorar el rendimiento de la industria alimentaria. Así, y a través de la modificación genética, al conocerse la composición genómica de las plantas, no solo pueden eliminarse o inactivarse genes (letras) que incidan en una mayor vulnerabilidad de los cultivos ante plagas endémicas, virus e infecciones –aumentando su resistencia inmunológica frente a enfermedades y sequías, cada vez más comunes y devastadoras debido al cambio climático y al calentamiento global³⁶⁶–, sino que podrá acelerarse y aumentar su producción, a la vez que se optimizan las propiedades nutricionales deseadas por los consumidores finales (léase champiñones con un ennegrecimiento más tardío tras su corte en láminas³⁶⁷, tomates de color rosado³⁶⁸...).

³⁶⁵ Artículo 13. Intervenciones sobre el genoma humano: “Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia”. Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1997 (Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997), BOE Núm. 251, de 20 de octubre de 1999. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁶⁶ ZHAO, C. / LIU, B. / PIAO, S., *et. al.*, “Temperature increase reduces global yields of major crops in four independent estimates”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, No. 35, Vol. 114, August 2017. Disponible en: <http://www.pnas.org/content/pnas/114/35/9326.full.pdf> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁶⁷ *Vid.* la respuesta del U.S. Department of Agriculture (USDA) a la consulta planteada por el investigador Yinong YANG, de la Pennsylvania State University, por la que aprobó la producción de estos champiñones sin las complejas, costosas y largas ataduras procedimentales aplicadas a los transgénicos. Disponible en: https://www.aphis.usda.gov/biotechnology/downloads/reg_loi/15-321-01_air_response_signed.pdf [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁶⁸ DENG, L. / WANG, H. / SUN, C. / LI, Q. / JIANG, H. / DU, L. / LI, C-B. / LI, C., “Efficient generation of pink-fruited tomatoes using CRISPR/Cas9 system”, *Journal of Genetics and Genomics*, No. 1, Vol. 45, January 2018. Disponible en:

En este sentido, y sin ánimo de ser exhaustivo en este apartado, no deben ignorarse tres argumentos de enjundia que harían plausible su admisibilidad: por un lado, la sobrepoblación mundial, ya que, para el año 2050, se estima la convivencia de, aproximadamente, 9.000 millones de personas³⁶⁹ en la Tierra, quienes precisarán de un mayor número de víveres para su subsistencia; por otro, la existencia de refugiados económicos, de la mano de la creciente crisis migratoria –que también es, y lo será con aún mayor crudeza, medio ambiental–, que se ha convertido ya en un problema multinivel que afecta al conjunto de la humanidad; y, en tercer lugar y último lugar, la evolución –que ha contribuido a la paulatina desaparición de algunas especies– y las mutaciones espontáneas de los organismos vivos, aderezada por la influencia del ser humano en la agricultura, y todo lo cual ha alterado ya los procesos naturales³⁷⁰.

Por todo lo antedicho, el tema que se abordará dispone de un marcado carácter multidisciplinar, pretendiéndose la realización de un estudio normativo comparado, que permita diferenciar los Organismos Genéticamente Modificados (en adelante, OMG) de los transgénicos, haciendo para ello especial hincapié en el reciente fallo del Alto Tribunal comunitario sobre este particular.

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1673852717301789?via%3Dihub> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁶⁹ Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). En palabras del Profesor Sophien KAMOUN, del Laboratorio Sainsbury de Norwich, Reino Unido, “Eso es como agregar otra China a la población global de hoy”. Disponible en: <http://www.chilebio.cl/2017/05/25/crispr-la-tecnica-de-edicion-genica-que-puede-ayudar-a-alimentar-al-mundo/> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁷⁰ Así lo atestigua el hecho de que “Estas técnicas han permitido obtener más de 3.000 variedades de frutas y hortalizas que desde hace decenios están en nuestros mercados”. CASACUBERTA, J. M., “La UE puede dañar a su sector agronómico al equipar CRISPR con los transgénicos”, *Sinc*, julio 2018. Disponible en: <https://www.agenciasinc.es/Opinion/La-UE-puede-danar-a-su-sector-agronomico-al-equiparar-CRISPR-con-los-transgenicos> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

2. Aproximación al concepto de *CRISPR-Cas9* y a la Directiva 2001/18/EC

Dentro de los editores genéticos –entre los que se encuentran las *ZFN* y las *TALEN*– sobresale por su precisión, bajo coste³⁷¹ y facilidad *CRISPR-Cas9*, cuyo origen se remonta a hace tan solo un cuarto de siglo, cuando el microbiólogo español Francis MOJICA se percató de la hasta entonces inobservada repetición de unas secuencias en el ADN de determinadas bacterias.

Su importancia radica en la autosuficiencia de estos microorganismos para repeler enfermedades víricas³⁷²; de ahí que se quisiera extrapolar su capacidad defensiva al resto de seres vivos. El logro de este hito se atribuye a los grupos de investigación encabezados por Emmanuelle CHARPENTIER y Jennifer Anne DOUDNA, quienes, en el año 2012, descubrieron que la endonucleasa *Cas9*, unida a *CRISPR*, permitía la edición de cualquier genoma³⁷³. En cuanto a su *modus operandi*, *CRISPR* puede equipararse gráficamente con una diana, que delimita el ámbito de actuación, para que, de la mano de *Cas9*, duplique, elimine, inserte, invierta, reordene o sustituya secuencias de ADN con suma eficiencia en la zona anteriormente fijada. Tras el corte, las células se encargan de regenerar rápidamente los tejidos alterados –aunque desigualmente, lo que se traduce en un exiguo conocimiento sobre los sistemas de reparación como principal *handicap*–. Esto es lo que se conoce en el argot popular como “tijeras moleculares” o “corta pega genético”.

Para encontrar la ley aplicable a la modificación genética en el medio ambiente, debe acudir a la Directiva sobre los OGM³⁷⁴. A la luz de la misma, se estipula

³⁷¹ “(...) mientras que la utilización de las meganucleasas necesitan 4-5 años de trabajo y un coste de 6.000 € para llevar a cabo una investigación de edición, las ZF nucleasas implican un costo 30.000 €, las TALEN implican un tiempo de 3-4 meses y un costo de 10.000 €, con la CRISPRCas9 se necesitan solamente 2-3 semanas de trabajo y un coste de 20-30 €”. LACADENA, J.-R., “Genética y Humanismo. Edición genómica: ciencia y ética”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, Núm. 3, 2017, p. 3.

³⁷² MOJICA, F. J. M. / JUEZ, G. / RODRÍGUEZ-VALERA, F., “Transcription at different salinities of *Haloferax mediterranei* sequences adjacent to partially modified PstI sites”, *Molecular Microbiology*, No. 3, Vol. 9, August 1993, pp. 613-621.

³⁷³ JINEK, M. / CHYLINSKI, K. / FONFARA, I. / HAUER, M. / DOUDNA, J.A. / CHARPENTIER, E., “A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity”, *Science*, Vol. 337, August 2012, pp. 816-821.

³⁷⁴ **Diario Oficial n° L 106 de 17/04/2001 p. 0001 - 0039. Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva**

cuál es la calificación jurídica de los OGM³⁷⁵ –cuya regulación excluye expresamente la mutagénesis³⁷⁶–.

Asimismo, la Directiva establece, en el territorio de la Unión Europea (en adelante, UE) dos procedimientos administrativos diferenciados –si bien comparten algunas notas– según se trate de la autorización de liberación intencional³⁷⁷, o de comercialización³⁷⁸ de los OGM como productos o componentes de productos, contando este último supuesto con requisitos más exigentes. En síntesis, en el primer caso, deberá realizarse, previamente a su autorización y plan de seguimiento, una evaluación del riesgo ambiental, así como de aquellos efectos negativos que puedan afectar a la salud humana. En el segundo, el trámite se iniciará cursando una notificación dirigida a la autoridad nacional competente³⁷⁹, que, en caso de otorgar su beneplácito, continuará con su etiquetado, trazabilidad, seguimiento y tratamiento.

90/220/CEE del Consejo. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0018> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁷⁵ Artículo 2.2) de la Directiva 2001/18/CE: “(...) el organismo, con excepción de los seres humanos, cuyo material genético haya sido modificado de una manera que no se produce naturalmente en el apareamiento ni en la recombinación natural;”.

³⁷⁶ *Vid.* las exenciones del artículo 3.1 aplicadas a los organismos obtenidos mediante las técnicas de modificación genética, enumeradas en el Anexo I B. Su causa de justificación reside en el considerando 17, en el que se anuncia lo siguiente: “La presente Directiva no debe aplicarse a los organismos obtenidos mediante determinadas técnicas de modificación genética que han venido siendo utilizadas convencionalmente en varios usos y de los que se dispone de una amplia experiencia de utilización segura”. Parece, pues, que el precepto ambiciona, en sintonía con los principio de cautela (precaución), caso por caso y paso a paso, a los que se alude constantemente, hacer referencia solamente a la mutagénesis tradicional, es decir, a la exposición de semillas a irradiaciones o radiación ionizante y a los agentes químicos, habituales, desde, al menos, 1942 (en este sentido, *vid.* BELLO GUTIÉRREZ, J. / LÓPEZ DE CERAIN SALSAMENDI, A., *Fundamentos de Ciencia Toxicológica*, Ed. Díaz de Santos, S.A., Madrid, España, 2001, pp. 127 y ss.).

³⁷⁷ Artículo 2.3) de la Directiva 2001/18/CE: “liberación intencional, cualquier introducción deliberada en el medio ambiente de un OMG o de una combinación de OMG para la cual no se empleen medidas específicas de confinamiento con el fin de limitar su contacto con el conjunto de la población y el medio ambiente y proporcionar a éstos un elevado nivel de seguridad;”. Sobre su procedimiento, *vid.* artículos 5-11 de la Directiva.

³⁷⁸ Artículo 2.4) de la Directiva: “comercialización, el suministro o la facilitación a terceros, a título oneroso o gratuito;”. Su procedimiento se articula entre los artículos 12-24 del mismo texto legal.

³⁷⁹ En el caso de España, las autorizaciones de competencia de la Administración General del Estado serán concedidas por el Consejo Interministerial de Organismos Modificados Genéticamente (CIOMG), en coordinación con la Comisión Nacional de Bioseguridad (CNB), que informará sobre las solicitudes de autorización correspondientes a OGM. Para ello, se estará a lo dispuesto –además de a la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio ambiente y Desarrollo Humano de 1992 y al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica de 2000–, en la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de los organismos modificados genéticamente (BOE Núm. 100, de 26 de abril de 2003). Disponible en:

3. Europa, apeada de la carrera biotecnológica: análisis de la STJUE (Gran Sala), de 25 de julio de 2018, Asunto C-528/18

Admitida la demanda presentada el 12 de marzo de 2015 por un sindicato y ocho asociaciones de ecologistas franceses –*Confédération paysanne* y otros– contra el Primer Ministro galo y su Ministro de Agricultura, Agroalimentación y Silvicultura, en un litigio por la producción de variedades de colza tolerantes a los herbicidas, el Consejo de Estado (*Conseil d'État*) de aquel país decidió suspender el procedimiento y planteó cuatro cuestiones prejudiciales al TJUE sobre cuál debía ser el sentido de la interpretación de los nuevos procedimientos de mutagénesis la luz del Derecho de la UE. Antes de conocer su resolución, el Abogado General del TJUE, Michal BOBEK³⁸⁰, avanzó el pasado 18 de enero de 2018 que los organismos creados mediante edición genética deberían ser considerados OGM obtenidos mediante mutagénesis, ya que no incorporan ADN externo (transgénesis), pero que, al estar exenta esta técnica, no se le aplicaría la Directiva sobre OGM.

Pues bien, la STJUE de 25 de julio entiende que las nuevas técnicas de mutagénesis –como *CRISPR-Cas9*– deben tratarse como OGM al haberse modificado el material genético de forma artificial³⁸¹ y no tratarse de un listado

<https://www.boe.es/boe/dias/2003/04/26/pdfs/A16214-16223.pdf> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018]. Para lo no incluido en esta ley, *vid.*, junto a sus posteriores modificaciones, el Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General para el Desarrollo y Ejecución de la Ley 9/2003 (BOE Núm. 27, de 31 de enero de 2004). Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2004/01/31/pdfs/A04171-04216.pdf> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁸⁰“(…) el Abogado General no ve ningún motivo derivado de la obligación general de actualizar la normativa (potenciada en el presente asunto por el principio de cautela) que pueda afectar a la validez de la exención de la mutagénesis”. Disponible en: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-01/cp180004es.pdf> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁸¹ Considerando 29: “Por otro lado, dado que, como se desprende de la resolución de remisión, dichas técnicas o métodos conllevan, en algunos supuestos, recurrir a agentes mutágenos químicos o físicos y, en otros supuestos, recurrir a la ingeniería genética, esas técnicas o métodos modifican el material genético de un organismo de una manera que no se produce naturalmente, en el sentido de dicha disposición”. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd16d781e355104c9c8e74c0a768cd4f26.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyOax10?text=&docid=204387&pageIndex=0&dclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=324029> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

*numerus clausus*³⁸², por todo lo que coincide en este primer punto³⁸³. Sus fundamentos van incluso más allá, al equiparar el estatus de estos organismos al de los transgénicos³⁸⁴ y, por ende, entendiéndolos no incluidos en la exención del artículo 3.1, en relación al Anexo I B³⁸⁵. No obstante, en relación a la mutagénesis convencional y segura, faculta a los Estados miembros a definir su régimen jurídico, siempre de acuerdo con las obligaciones comunitarias³⁸⁶.

En suma, la sentencia supone la entera y legal sujeción de *CRISPR-Cas9* a la Directiva, con las dificultades que ello entrañará para su cultivo, inmediata comercialización y venta al público. Esto colisiona frontalmente con la aprobación de la edición genómica en EE.UU.³⁸⁷, así como con los dictámenes de algunos países europeos como los Países Bajos, Reino Unido y Suecia, proclives

³⁸² Considerando 35: “Por un lado, resulta relevante indicar que, como se desprende de la expresión entre otras, que figura en la primera frase de la parte 1 del Anexo I A de la Directiva 2001/18, la lista de las técnicas de modificación genética que contiene esta parte no es exhaustiva. Por lo tanto, no puede considerarse que esta lista excluya aquellas otras técnicas de modificación genética que no estén explícitamente mencionadas en ella”.

³⁸³ Considerando 38 de la Sentencia: “Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el artículo 2, punto 2 de la Directiva 2001/18 debe interpretarse en el sentido de que los organismos obtenidos mediante técnicas o métodos de mutagénesis constituyen OMG en el sentido de esta disposición”.

³⁸⁴ Considerando 48: “(...) los riesgos que entraña la utilización de tales técnicas o métodos nuevos de mutagénesis podrían resultar similares a los derivados de la producción y de la difusión de OMG mediante transgénesis. De los datos de los que dispone el Tribunal de Justicia se desprende, por un lado, que la modificación directa del material genético de un organismo mediante mutagénesis permite obtener los mismos efectos que la introducción de un gen extraño en dicho organismo y, por otro lado, que el desarrollo de estas técnicas o métodos nuevos permite producir variedades modificadas genéticamente a un ritmo y en proporciones que no pueden compararse con las resultantes de la aplicación de métodos convencionales de mutagénesis aleatoria”.

³⁸⁵ Considerando 77: “Como se ha concluido en el apartado 54 de la presente sentencia, los organismos obtenidos mediante técnicas o métodos de mutagénesis que no han venido siendo utilizados convencionalmente en varios usos y para los que no se dispone de una amplia experiencia de utilización segura quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/18 y, por lo tanto, están sujetos a las obligaciones que se derivan de ella”.

³⁸⁶ Considerando 82: “(...) el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/18, en relación con el anexo I B, punto 1, de esta, en la medida en que excluye del ámbito de aplicación de esta Directiva los organismos obtenidos mediante técnicas o métodos de mutagénesis que han venido siendo utilizados convencionalmente en varios usos y para los que se dispone de una amplia experiencia de utilización segura, debe interpretarse en el sentido de que no tiene por efecto privar a los Estados miembros de la facultad de sujetar tales organismos a las obligaciones establecidas en dicha Directiva o a otras obligaciones, dentro del respeto del Derecho de la Unión, en particular de las normas relativas a la libre circulación de mercancías establecidas en los artículos 34 TFUE a 36 TFUE”.

³⁸⁷ *Vid.* la Declaración del Departamento de Agricultura de EE.UU. (U.S. Department of Agriculture, USDA), de 28 de marzo de 2018, en la que afirmaba que los organismos editados no debían ser regulados como OGM con transgénesis. Disponible en: <https://www.usda.gov/media/press-releases/2018/03/28/secretary-perdue-issues-usda-statement-plant-breeding-innovation> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

a su encaje legal, aunque supeditados a las normas de la UE –salvo el país anglosajón, que, tras el *Brexit*, podrá legislar en otro sentido–.

4. Delimitación del principio de precaución: una mirada crítica

Las interpretaciones sobre este principio jurídico y orientativo son unánimes en que, para su aplicación, se requiere de un riesgo³⁸⁸, si bien deben existir serios indicios de que este sea fundado: “(...) el principio de precaución no es aplicable a todas las situaciones de riesgo, sino únicamente a aquellas que presentan dos características principales: que, como premisa, haya un contexto de incertidumbre científica sobre las consecuencias de la actividad, y que, además, se tengan sospechas sobre la posibilidad de riesgo de un daño contingente especialmente grave y, posiblemente, incontrolable e irreversible.”³⁸⁹.

Aceptado lo anterior, su alusión se ha convertido en recurrente por parte de grupos de presión, valiéndose de que la carga de la prueba recae en el proponente. Efectivamente, y con base en los potenciales peligros, el legislador ha considerado que son aquellos que desarrollen un alimento los que han de evaluar los riesgos y justificar su inocuidad, algo ya de por sí extremadamente difícil en Medicina, donde no existe el *riesgo cero* –piénsese, por ejemplo, en los efectos secundarios inherentes a la ingesta de fármacos– y que, ante la discrepancia de la contraparte, o, simplemente, ante la falta de consenso, puede resultar estéril. Sin embargo, no debe obviarse que también pueden derivarse consecuencias culpables de inacciones u omisiones, en las que la responsabilidad es igual o, si cabe, aun mayor, puesto que se decide deliberadamente no actuar. Tampoco parece que este principio sea suficiente para controlar todo tipo de conducta imprudente, como la de los *biohackers*, que pueden experimentar en sus laboratorios sin apenas infraestructura.

³⁸⁸ *Vid.*, entre otras muchas, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución, de 2 de febrero de 2000, COM (2000), 1 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001&from=ES> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁸⁹ ROMEO CASABONA, C.M. / DE MIGUEL BERIAIN, I. (Eds.), *Ética de la BioTecnología. Una introducción*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 191.

Como puede colegirse, –y a pesar de que pueda haber supuestos en los que la prudencia sea no solo admisible, sino conveniente– esta inversión probatoria puede constituir una suerte de *probatio diabolica*³⁹⁰, teniendo que demostrarse la ausencia de peligrosidad en caso de duda, hasta el punto de que se pueda rechazar una técnica, como aquí acontece, aun sin dictámenes o informes que sustenten razonablemente dicha determinación, y todo ello en contra de la presunción constitucional del artículo 24.2.

Es por ello por lo que algunos autores³⁹¹ han advertido ya sobre un uso expansivo y torticero de este principio, que serviría, a su vez, de pretexto para obstaculizar todo tipo de innovación o progreso auspiciado por la libertad de investigación, cuando debe hacerse justamente lo contrario; de otra forma, hitos de la salud como las vacunas, los trasplantes de órganos o las técnicas de reproducción asistida jamás se hubieran podido practicar.

5. Consideraciones finales

A la vista de todo lo anterior, a continuación se relatarán sumariamente las debilidades en las que, al humilde juicio del que suscribe, incurre esta sentencia. Por un lado, y si bien no parece descabellado razonar que las herramientas de edición genética puedan subsumirse en el concepto de OGM, sí lo es la distinción que hace el TJUE entre la mutagénesis convencional y la nueva. En puridad, lo que diferencia a ambas es que la primera produce roturas de doble cadena y deleciones al azar en el genoma de los organismos, mientras que la segunda lo hace específicamente y selectivamente sobre el gen que se quiere potenciar. Sin embargo, siguiendo el tenor interpretativo de la STJUE, la mutagenésis indiscriminada estaría exenta de la Directiva sobre OGM, pero no la nueva, asimilándola a los transgénicos por los riesgos que, dice, representaría para el

³⁹⁰ Disponible en: https://theconversation.com/el-principio-de-precaucion-es-la-nueva-prueba-diabolica-101478?utm_medium=amptwitter&utm_source=twitter [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁹¹ En este sentido se manifiesta Juan Ignacio PÉREZ, Coordinador de la Cátedra de Cultura Científica de la Universidad del País Vasco UPV/EHU. Disponible en: http://blogs.deia.eus/conjeturas/2018/07/28/no-existe-el-retorno-a-un-estado-armonioso-de-la-naturaleza/#.W1y3U6W3_tU.twitter [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

medio ambiente y la salud humana, comprometiendo el objetivo de la norma de proteger estos bienes jurídicos y violando el principio precautorio.

Parece contraproducente aceptar estos argumentos, máxime cuando esta nueva tecnología ya ha demostrado superar los controles de calidad y respetar unos estándares estrictos en términos de derechos y seguridad³⁹². Por ello, sería más lógico que, en caso de ser comparada con alguna técnica existente –lo que ya es de por sí cuestionable, toda vez que la aparición de *CRISPR-Cas9* es posterior a la redacción de la ley–, lo fuera con la mutagénesis tradicional, y no con la transgénesis, ya que en ningún caso supone introducir un gen de una tercera especie. A más a más, y aún en el caso de los transgénicos, la Academia Nacional de Ciencias, Ingeniería y Medicina de EE.UU. ha corroborado³⁹³ que estos son igual de sanos que cualquier otro alimento. Sea como fuere, no ha lugar a invocar el PP: ¿O es que los rayos X y los pesticidas no suscitan riesgo ni efecto alguno?

Por otro, se presta a la picaresca el hecho de que las plantas resultantes de edición genética sean prácticamente idénticas al resto. *De facto*, se podría estar en el absurdo de importar estas variedades, pensando que no lo son, para beneficio económico de países exportadores y grandes multinacionales con sede social en aquellos. Y es que, paralelamente, debe ponerse de manifiesto la pérdida de oportunidad que supondrá para agricultores y pequeñas empresas de la UE el cumplimiento taxativo de la norma, lo que provocará, a buen seguro, la huida de

³⁹² En palabras de la reconocida (Premio L'Oréal UNESCO para las Mujeres en Ciencia, 2012) Profesora de Biología Molecular y Biología Celular en la Universidad de Ciudad del Cabo (Sudáfrica), Jill FARRANT, “No hay una sola prueba real de que las plantas modificadas genéticamente nos vayan a hacer enfermar”. Disponible en: https://www.vozpopuli.com/altavoz/next/quisieramos-matar-gente-hariamos-transgenicos_0_1044197006.html [Última consulta: 17 de septiembre de 2018]. De la misma opinión es Lluís MONTOLIU, Investigador del Centro Nacional de Biotecnología (CNB-CSIC), al sostener que “Después de 30 años generando y comercializando organismos modificados genéticamente no hemos encontrado problemas para la salud ni para el medio ambiente”. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/ciencia/2018-08-02/crispr-regulacion-ue-edicion-genomica-transgenicos_1600287/ [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁹³ *Vid.* NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE. **Genetically Engineered Crops: Experiences and Prospects**, The National Academies Press, Washington, DC, U.S.A., 2016. Disponible en: <https://www.nap.edu/catalog/23395/genetically-engineered-crops-experiences-and-prospects> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

las contadas biotecnológicas registradas en Europa hacia otros continentes, con el riesgo de que estos se erijan en nuevos *paraísos genéticos*.

Por cuanto antecede, la sentencia ha traído consigo una decepción generalizada y fervientes críticas por parte de países³⁹⁴ y expertos³⁹⁵, quienes ensalzan la seguridad y utilidad del producto resultante frente al proceso regulatorio. Todo ello todavía podría solventarse anulando, primero, esta sentencia, para, acto seguido, modificar las disposiciones afectas de la Directiva, a fin de encauzar en ellas las nuevas técnicas de edición genética. En dicho proceso podría arrojar transparencia la participación ciudadana, a través de los cauces participativos procedentes. Siguiendo al Profesor ROMEO CASABONA, “(...) la gestión democrática del riesgo significa dar paso a la sociedad y a sus formas de expresión a través de los movimientos sociales y ciudadanos, con el fin de lograr un verdadero proceso democrático de decisión y, en última instancia, lograr un equilibrio entre las diversas ópticas e intereses presentes en la comunidad.”³⁹⁶. Solo así se conseguirá que las leyes que aprueben los políticos, como representantes de la soberanía popular y garantes del interés general, sean coherentes con las demandas y necesidades sociales. Mientras se opta por paralizar la investigación, el tiempo juega en contra de vidas inocentes, y puede que cuando se tenga consciencia de la oportunidad sea ya tarde.

6. Bibliografía

BELLO GUTIÉRREZ, J. / LÓPEZ DE CERAIN SALSAMENDI, A., *Fundamentos de Ciencia Toxicológica*, Ed. Díaz de Santos, S.A., Madrid, España, 2001.

³⁹⁴ Vid. la respuesta del Ministro del Departamento de Agricultura de los EE.UU., Sonny Perdue, de 27 de julio de 2018, en el que muestra su estupor por la STJUE. Disponible en: <https://www.usda.gov/media/press-releases/2018/07/27/secretary-perdue-statement-ecj-ruling-genome-editing> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁹⁵ Entre otras muchas, *vid.* la carta firmada por 110 premios nobel de economía, física, medicina y química para solicitar a Greenpeace, las Naciones Unidas y a los líderes políticos el cese de las campañas orquestadas contra los transgénicos, en general, y contra el arroz dorado, en particular, por razones humanitarias. Disponible en: http://supportprecisionagriculture.org/nobel-laureate-gmo-letter_rjr.html [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

³⁹⁶ ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia en Derecho y Genoma Humano, Ed. Comares, S.L., Bilbao-Granada, 2004, p. 387.

CÁRDENAS GRACIA J., *Introducción al estudio del derecho*, Universidad Nacional de Autónoma de México (UNAM) – Nostra Ed., S.A., México D.F., México, 2009.

CASACUBERTA, J. M., “La UE puede dañar a su sector agronómico al equipar CRISPR con los transgénicos”, *Sinc*, julio 2018. Disponible en: <https://www.agenciasinc.es/Opinion/La-UE-puede-danar-a-su-sector-agronomico-al-equiparar-CRISPR-con-los-transgenicos> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

DENG, L. / WANG, H. / SUN, C. / LI, Q. / JIANG, H. / DU, L. / LI, C-B. / LI, C., “Efficient generation of pink-fruited tomatoes using CRISPR/Cas9 system”, *Journal of Genetics and Genomics*, No. 1, Vol. 45, January 2018. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1673852717301789?via%3Dihub> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

JINEK, M. / CHYLINSKI, K. / FONFARA, I. / HAUER, M. / DOUDNA, J.A. / CHARPENTIER, E., “A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity”, *Science*, Vol. 337, August 2012.

LACADENA, J.-R., “Genética y Humanismo. Edición genómica: ciencia y ética”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, Núm. 3, 2017.

MOJICA, F. J. M. / JUEZ, G. / RODRÍGUEZ-VALERA, F., “Transcription at different salinities of *Haloflex mediterranei* sequences adjacent to partially modified PstI sites”, *Molecular Microbiology*, No. 3, Vol. 9, August 1993.

NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE. **Genetically Engineered Crops: Experiences and Prospects**, The National Academies Press, Washington, DC, U.S.A., 2016.

ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia en Derecho y Genoma Humano, Ed. Comares, S.L., Bilbao-Granada, 2004.

ROMEO CASABONA, C.M. / DE MIGUEL BERIAIN, I. (Eds.), *Ética de la BioTecnología. Una introducción*, Ed. Comares, Granada, 2010.

ZHAO, C. / LIU, B. / PIAO, S., *et. al.*, “Temperature increase reduces global yields of major crops in four independent estimates”, *Proceedings of the National Academy*

of Sciences of the United States of America, No. 35, Vol. 114, August 2017. Disponible en: <http://www.pnas.org/content/pnas/114/35/9326.full.pdf> [Última consulta: 17 de septiembre de 2018].

Impactos normativos y mediáticos de los casos de agresiones con ácido a mujeres en España y Colombia. 2010-2017

Sheila Giraldo Duque

Introducción

En la actualidad, las agresiones con ácido se manifiestan como una de las principales formas de violencia extrema **que ubican a países como Bangladesh, Camboya, India o Pakistán y Colombia, como aquellos que más casos registran. De forma complementaria, actualmente se cuenta con hallazgos que sitúan a Inglaterra como el foco de estas agresiones en el continente europeo.**

Es por esto que, en el contexto de estas agresiones, el presente trabajo pretende responder a la pregunta de cómo ha sido el tratamiento noticioso del tema de estudio en dos países específicamente: España y Colombia, para finalmente identificar los impactos de la esfera mediática en escenarios de la agenda pública en los que se desarrolla este asunto.

A pesar de que los hallazgos evidencian que a nivel mundial las agresiones con ácido han dejado de ser un tema característico de la violencia de género, este trabajo aborda esta problemática a partir de la elección de dos casos en los que las sobrevivientes son mujeres. Esta razón obedece, principalmente, a que los hallazgos demuestran que ha sido precisamente la existencia y difusión mediática de casos particulares en los que la población agredida corresponde al género femenino lo que ha promovido el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados.

Es así como este trabajo abordará las agresiones con ácido como una forma de violencia extrema contra las mujeres, entendida, desde la definición de Osorio (2015) citado en Villalobos (2017), como una “forma de acción específica, un fenómeno social particular que parece situarse en un más allá de lo concebible y lo aceptable de la violencia.” Esto es, “una categoría de crímenes no solo particularmente graves, sino también diferentes en cuanto a su significado en el

campo de las otras prácticas de la violencia". De esta manera, las agresiones con ácido o agentes químicos constituyen **"todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos (...), tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada"** (Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 1993).

Finalmente, una de las motivaciones principales que promueven el desarrollo de este trabajo académico, obedece a la importancia de reconocer que, **además de los Estados, los medios de comunicación son un actor determinante en la promoción de los derechos humanos y en el restablecimiento de los derechos de las víctimas o sobrevivientes de cualquier tipo de violencia.**

Es a través de prácticas comunicativas particulares que en países como los que son objeto de estudio, la opinión pública impulsa el desarrollo normativo y jurisprudencial, incide en escenarios de toma de decisiones judiciales, promueve la visibilidad de la sociedad civil y también permite el acceso al conocimiento sobre las diversas tipologías de violencias y las formas o métodos que se pueden seguir para atentar contra la integridad del ser humano.

Metodología

El desarrollo de esta investigación contempló la implementación de una metodología de investigación cualitativa comprendida desde propósitos de estudio descriptivos, que permitieron identificar impactos de la esfera mediática en los casos de agresiones con ácido a mujeres en España y Colombia.

De acuerdo con Yin (1994) el método de estudio de caso como método de investigación científica es apropiado en el abordaje de problemas sociales, teniendo en cuenta que permite examinar fenómenos contemporáneos en su entorno, el uso de múltiples fuentes de datos y el estudio de un caso único o múltiples casos.

Es en este sentido, la revisión normativa y documental realizada hizo posible la realización de uno de los principales objetivos de la investigación: la identificación y elección de dos casos paradigmáticos a partir de la recolección de información noticiosa relacionada con agresiones con agentes químicos - ácidos-, en medios de comunicación escrita de España y Colombia.

El periodo de tiempo comprendido para esta labor, tomó como rango de estudio la búsqueda y documentación de los hallazgos entre los años 2010 y 2015. Razón que obedece, principalmente, al aumento de las cifras de las agresiones en Colombia y al surgimiento de las primeras iniciativas de orden legislativo en la materia, impulsadas por supuesto, por la agenda mediática característica en el tratamiento de esta problemática como un tema de interés público.

Así, la metodología de estudio de caso hizo posible identificar impactos de la esfera mediática en escenarios en los que el desarrollo del marco normativo y jurisprudencial de las agresiones con ácido, evidencian la interrelación de los elementos que integran la interpretación del contenido de la ley y la función social de las decisiones judiciales en la agenda pública.

De esta forma, de acuerdo con Chetty (citado en Carazo 2006), el método de estudio de caso es una metodología que permite estudiar temas en los que las teorías existentes son insuficientes en el abordaje de fenómenos en los que se busca dar respuesta a cómo y por qué ocurren desde múltiples perspectivas. Es por esto que en el tema de estudio la opinión pública desempeña un papel de autoridad para la interpretación de la realidad, ha sido esta la que precisamente ha permitido desarrollos normativos importantes en la estructuración de tipos penales y decisiones judiciales en la materia.

Casos de estudio

Como se mencionó previamente, la elección metodológica tuvo como motivación principal la documentación de dos casos de mujeres sobrevivientes a agresiones

con ácido en España y Colombia, en el periodo de tiempo comprendido entre el año 2010 y 2015.

El orden en el que se presentan a continuación expone parte de los hallazgos y de la documentación realizada a cada uno de ellos. **Es importante señalar que el artículo expone de manera más amplia la situación colombiana, pues es allí donde el impacto mediático en la agenda legislativa del país ha sido determinante en la tipificación de estos delitos.**

Caso Español - María Ángeles Ruíz

María Ángeles Ruíz es una mujer de nacionalidad española que contrajo matrimonio en el año 2007 con Ozgur Dogan, hombre de nacionalidad turca, residente en España y quien planeó la agresión a María Ángeles al manifestar su intención de divorcio. Posteriormente, ante varios hechos que describe el caso, Ozgur Dogan contactó a un joven colombiano de nombre Bryan Stevan Cristancho, para que en un primer momento robara a María Ángeles mientras salía de su trabajo y para que, en un segundo momento, le lanzara ácido mientras ella caminaba por una de las calles de Madrid el 20 de junio de 2012. Como producto de esta última agresión, María Ángeles sufrió quemadura menor del 10% de la superficie corporal localizada en la cara con una profundidad de tercer grado y una lesión corneal superficial en su ojo izquierdo.

Por estos hechos, **Ozgur Dogan fue declarado autor de los delitos de coacciones graves, violencia física y psíquica habitual e inductor de los delitos de robo con violencia e intimidación y lesiones de gran deformidad con la agravante de alevosía, parentesco y disfraz.**

Por su parte, **Bryam Stevan Cristancho, fue declarado autor de los delitos de robo con violencia e intimidación, malos tratos en el ámbito familiar y lesiones de gran deformidad, con la agravante de precio, alevosía y disfraz. Todos ellos contemplados en el Código penal español. De esta forma, Ozgur Dogan y Bryan Stevan Cristancho son sentenciados a 18 y 13 años de prisión respectivamente. (Sentencia No. 252, 2014).**

Caso Colombiano - Natalia Ponce de León

Natalia Ponce de León es una mujer colombiana que fue agredida con ácido el 27 de marzo de 2014 en la recepción del edificio donde se encontraba su vivienda en la ciudad de Bogotá. La tarde de aquel día, Natalia recibió una llamada donde anunciaron la presencia de su expareja, quien presuntamente la esperaba en la recepción. Natalia acude al llamado, pero en lugar de su expareja, se encontró con la presencia de Jonathan Vega, un conocido que, posteriormente sería identificado y judicializado, le roció ácido a través de una reja.

Según el informe médico inicial, esta agresión le produjo a Natalia quemaduras en aproximadamente el 35% del área de la superficie corporal total, comprometiendo su cara, labios, tórax, hombros, brazos, antebrazos, manos, dedos, muslos y ambas córneas (Soto, 2015).

Ante el alto impacto mediático del caso de la agresión de Natalia, se realizó un despliegue policial con el propósito de capturar al responsable. Jonathan Vega, el agresor de Natalia, era un hombre que, según varios testimonios, era un hombre que estaba obsesionado con ella desde varios años atrás. Por la agresión recibió luego de dos años una sentencia de 21 años de prisión.

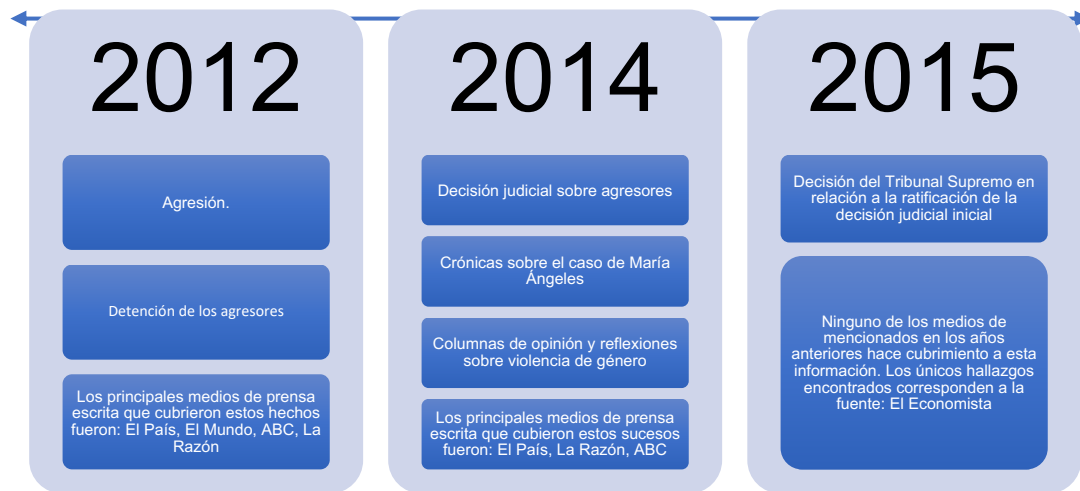
La búsqueda de información noticiosa del caso Natalia Ponce arrojó un alto número de hallazgos, razón que orientó la documentación en la agresión, al seguimiento de la denuncia, la sentencia del agresor y el desarrollo legislativo que se adelantó desde el caso de Natalia orientado al aumento de penas y sanciones para los perpetradores de este tipo de delitos en Colombia.

Análisis y Resultados

El análisis de la información recolectada permitió plantear las siguientes líneas de tiempo y momentos en los cuales se desarrolló la agenda pública, legislativa y judicial de cada uno de los casos en la esfera mediática:

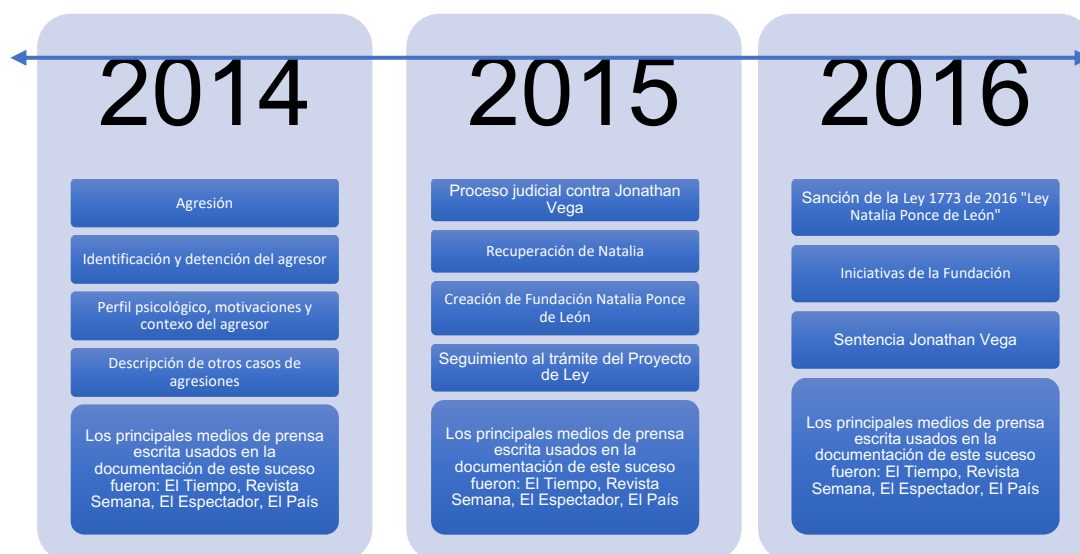
Caso María Ángeles Ruíz

Gráfico 1. María Ángeles Ruíz



Caso Natalia Ponce de León

Gráfico 2. Natalia Ponce de León



Discusión y Conclusiones

Contexto internacional normativo de las agresiones con ácido

Países como Bangladesh, Camboya e India, han adoptado diversas normativas internas con el propósito de castigar los ataques con agentes químicos que desde los años 90 vienen incrementando sus estadísticas. Bangladesh en el año 2002 elevó los castigos por estas agresiones a pena de muerte a través de la Ley Acid Crime Control Act (ACCA) en los casos en los que se genera daños en rostro, pecho, órganos sexuales, pérdida de la visión o audición. En este país la mayoría de casos corresponden a violencia de género perpetrada a niñas y mujeres y a disputas por el control de tierras (Soto, 2015).

En Pakistán, la Criminal Law Amendment Act aprobada en el 2011, contempla la cadena perpetua para este tipo de agresiones y el endurecimiento de penas ante los hechos de discriminación y prácticas misóginas. Camboya, por su parte, promulgó en el año 2012 una ley que también aumenta las penas para los agresores y que a la vez contempla la obligación y responsabilidad del Estado en la prestación de servicios médicos y jurídicos y en la regulación del comercio de estas sustancias. Sin embargo, en países como Irán además de contemplarse la pena de muerte, se exige que en la mayoría de los casos al agresor se le apliquen gotas de ácido directamente sobre los ojos, exceptuando los casos en los que por solicitud de la víctima se exija el pago de una multa que sea destinada a su rehabilitación; o en el caso de India, en el que la víctima pide que el agresor reciba un daño físico equivalente, además de la aplicación de una pena no inferior a diez años y que según los daños causados puede llegar a cadena perpetua (Soto, 2015).

En España, a pesar de que esta situación no es tan frecuente, se cuenta con un marco normativo que atiende a las medidas de protección integral contra la violencia de género a través de leyes como la Ley Orgánica 1 del 28 de diciembre de 2004, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por medio de las cuales, como en el caso de María Ángeles, se sancionan penalmente las agresiones con ácido como delitos de gran deformidad.

En Colombia, ante el evidente aumento de casos, el 2 de julio de 2013 se promulgó la Ley 1639 como la primera iniciativa para castigar este tipo de delitos. Sin embargo, ante el alto impacto mediático del caso de agresión ocurrida a Natalia Ponce de León, el 27 de marzo de 2014, una nueva iniciativa tuvo eco en la legislación colombiana. Así, en enero de 2016, se promulga la Ley "Natalia Ponce" - Ley 1773 de 2016 que eleva las penas a los agresores, condiciona sus beneficios e incrementa el control y las sanciones ante la comercialización y distribución de sustancias químicas en el país.

Reflexiones sobre la situación en España y Europa

Como se mencionó previamente, en España las agresiones con ácido no son una situación constante. Sin embargo, resulta importante señalar que información noticiosa reciente evidencia la existencia de nuevos casos y el aumento significativo de las cifras en otros países del continente europeo.

Información de diarios como El Mundo, El Colombiano y La Capital, evidencian el aumento de estas agresiones en países como Inglaterra que, con una población aproximada a los 65 millones de habitantes, registró en el año 2016 720 casos de agresiones (394 de ellas solo en Londres); es decir, un estimado de dos casos por día (Rodríguez, 2017).

En España, al caso de María Ángeles se suman dos casos ocurridos en 2014 y 2017; el primero de ellos un gallego doctor en física rociado por error en Valencia quien sufrió pérdida total del ojo izquierdo, pérdida de visión parcial del ojo derecho y transformación persistente de la personalidad. El segundo, corresponde al de una mujer que lanzó ácido a la cara de una vecina en Logroño. LA mujer agredida padeció quemaduras de primer y segundo grado en el cuello, rostro, lengua, brazos y pecho (Mucha, 2017).

Finalmente, en el contexto de la situación en España y en el continente europeo, es importante resaltar esfuerzos e iniciativas que desde Organizaciones Civiles como Sigo Adelante y Acid Survivors Trust International - ASTI, se adelantan por contribuir al restablecimiento de los

derechos de sobrevivientes a estas agresiones especialmente mujeres, de su nacionalidad y de otros países.

Reflexiones sobre la situación en Colombia

El primer caso de agresión con agente químico reportado en Colombia data en el año 1996. Ginna Potes, sobreviviente a esta agresión, es actualmente una de las principales activistas que, desde “Reconstruyendo Rostros” la organización civil que lidera, acompaña los procesos de reparación y acceso a la justicia de diferentes sobrevivientes y sus familias. El aumento de casos desde esta fecha y el impacto mediático de otros como el de Natalia Ponce de León, ocurrido en el año 2014, promovieron el establecido medidas políticas y jurídicas encaminadas a erradicar los ataques con agentes químicos, especialmente hacia las mujeres.

Estadísticas de estas agresiones arrojaron para el año 2014, una cifra total de 982 casos, 565 de ellos ocurridos a mujeres. Para mediados del año 2013 el Instituto Nacional de Salud informó que solamente entre julio de 2012 y el primer trimestre de 2013, se registraron 93 ataques con sustancias químicas en el país, resaltando que de estas cifras el 83.3% de las víctimas eran mujeres, al tiempo que el 79.5% de los agresores eran hombres (Secretaría Distrita de la Mujer, 2012).

Según las cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias Forenses, los números de la siguiente gráfica corresponden a los casos atendidos por el Instituto, cifras que, al no contemplar los casos o ataques no reportados, no permiten tener estadísticas claras y homogéneas sobre el número real o aproximado total de casos de agresiones con agentes químicos en Colombia.



Fuente: Medina, R. Acosta, L (2014). Ataques con ácido: Desdibujando el camino entre la imputación fáctica y la imputación jurídica. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXXV - número 99 - julio - diciembre de 2014. pp. 61 - 87.

Como se ha manifestado previamente, ante esta problemática, el Estado colombiano ha realizado ajustes en su legislación adoptando medidas penales y de control a partir de la expedición de normas referentes a la prevención, protección especial, atención integral para las víctimas e incorporación de sanciones para quienes incurran en estos delitos. Medidas que contribuyen, además, a un efectivo control y registro de la información estadística, identificado como uno de los principales problemas en la documentación de la temática.

Versiones no positivistas de autores como Mauricio García Villegas, acercan a la comprensión de diversas problemáticas sociales en las cuales el Estado y la sociedad son los principales protagonistas en el incumplimiento de las reglas. Sus reflexiones acerca de este comportamiento llevan a identificar aciertos al considerar el desacato de las normas como causa de la violencia y su relación con el desarrollo económico de las naciones, si bien, como se mencionó inicialmente, las agresiones con ácido se presentan principalmente en países con culturas y costumbres particulares, bien, podría afirmarse que la mayoría de ellos pueden ser considerados países en vías de desarrollo.

De acuerdo con los postulados de García (2009), la ausencia de instituciones estatales y, en particular, la falta de una justicia penal eficiente y capaz de disuadir a los delincuentes, es la causa de la extraordinaria reproducción del crimen que tuvo lugar en Colombia a finales del siglo XX (pág. 21), época que

corresponde con el auge del narcotráfico y de delitos como las agresiones con ácido.

Podría pensarse que tal vez estos últimos no tienen una relación común, sin embargo, fue precisamente el narcotráfico uno de los principales escenarios para llevar a cabo estas prácticas, ya sea como insumo en la producción de sustancias estupefacientes, modo de tortura o como mecanismo de evasión de la justicia al ser usado para borrar las huellas dactilares que permitían la identificación de los delincuentes.

Es relevante reconocer que diferentes prácticas mediáticas que han caracterizado el tratamiento noticioso de estas agresiones, resultan en la difusión de la información sobre el acceso y comercialización de estas sustancias; las cuales, desde una esfera pública mediatizada, han posicionado en las agendas públicas actividades delictivas como el narcotráfico, el cual ha marcado en Colombia el inicio de una práctica que en los últimos años se ha convertido en una de las formas más crueles y violentas de agresión contra la integridad del ser humano.

Autores sobre los que García (2009) llama particularmente la atención, como Francisco Thoumi, quien atribuye la falta de sanciones como la causa principal del florecimiento de la ilegalidad en Colombia, refleja no solo la debilidad del Estado y sino la de la sociedad al tolerar la ilegalidad (pág. 22). El incumplimiento de las reglas en la compra, venta, distribución y comercialización de las sustancias químicas es un claro ejemplo de la debilidad de la justicia y la incapacidad estatal para erradicar este tipo de actividades criminales.

Esta debilidad se hace evidente en casos particulares en los que se genera movilización social frente violaciones, asesinatos y casos de violencia extrema. Casos como los de Rosa Elvira Cely, víctima de feminicidio, y Natalia Ponce de León, son claros ejemplos de la influencia de los medios de comunicación en el tratamiento social, jurídico y judicial de estas situaciones. Son casos, en los que el alcance mediático es determinante en los fallos judiciales y en las decisiones legislativas en la materia.

Si bien, estos casos no son los únicos reportados en las cifras de las estadísticas de este tipo, sí han sido determinantes en la reglamentación de tipos penales ante estas agresiones. Leyes conocidas comúnmente como “Ley Rosa Elvira Cely” y “Ley Natalia Ponce de León”, en su orden: Ley 1761 del 6 de julio de 2015, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y Ley 1773 del 6 de enero de 2016, por la cual se aumentan las penas y las sanciones frente a las agresiones con ácido a mujeres en Colombia, son clara evidencia de los impactos de la esfera mediática en los asuntos públicos.

Puede pensarse, tal vez, que estas iniciativas surgen ante los ideales del garantismo penal al que hace referencia Ferrajoli (citado en Moreno 2007) o al fanatismo del legalismo que menciona García (2009). Sin embargo, lo que es evidente reconocer es la influencia de los medios de comunicación en la movilización social, en la tipificación de estos delitos y en el empoderamiento de poblaciones de víctimas y sobrevivientes a estas agresiones.

Ricardo Medina, penalista y académico colombiano, señala que el dinamismo de la sociedad, caracterizado por la influencia mediática, ha llevado a que se permee una dogmática jurídica estable, adaptada a diversos intereses políticos, sociales o personales. El autor manifestó, antes de la tipificación del delito, que se debían abordar penalmente las agresiones con ácido luego de contemplar las diferentes figuras jurídicas bajo las cuales se ha caracterizado esta situación (2014).

Consideraciones finales

El abordaje de los casos de estudio elegidos en la investigación permite identificar impactos de la esfera mediática en las agresiones con ácido a mujeres en España y Colombia en varios frentes:

Impactos legislativos y judiciales

Como se quiso hacer evidente en el documento, uno de los principales impactos del tratamiento noticioso de las agresiones con ácido resulta en la

tipificación de estos delitos y en la estructuración de normas que regulan la venta y comercialización de sustancias químicas.

Sistemas jurídicos como el colombiano, se han visto desarrollados a través de la implementación de medidas tendientes a la sanción de los responsables de estos delitos; sin embargo, a pesar de estas iniciativas los datos y la información noticiosa reportada evidencia que no han sido vías definitivas en la erradicación de estas prácticas, en su lugar, los casos siguen apareciendo y tanto víctimas como sobrevivientes sufren vulneraciones en sus derechos, pierden garantías en el acceso a la justicia y reciben una precaria atención en materia de salud.

El desarrollo de herramientas propias del litigio estratégico y la defensa del interés público, son determinantes en la consolidación de políticas de defensa y promoción de los derechos humanos. Según lo expuesto por Londoño Toro et al, en su libro sobre educación Legal Clínica y defensa de los Derechos Humanos (2009), la elección de casos de alto impacto, permite materializar el seguimiento a las decisiones judiciales desde la interdisciplinariedad a través de la conjugación de herramientas jurídicas, políticas y sociales que, evidenciadas en la consolidación de alianzas estratégicas, contemplan actores y recursos determinantes en la defensa de los derechos humanos, como los medios de comunicación.

Fortalecimiento de Organizaciones civiles

Otro de los impactos de la esfera mediática en las agresiones con ácido, resulta en la estructuración y fortalecimiento de Organizaciones Civiles que, lideradas en su mayoría por sobrevivientes a estas agresiones, adelantan acciones encaminadas a la garantía y reivindicación de sus derechos. El desarrollo de iniciativas de investigaciones conjuntas y trabajos de extensión de la mano de la academia, ha permitido la presentación de productos importantes que abordan temáticas como los derechos de las sobrevivientes, atención y

primeros auxilios en salud y protocolos para la investigación y sanción de estas agresiones.

Ejemplo de esto son los resultados de proyectos como “Propuesta Pedagógica: Reparación Integral y Justicia para las Víctimas de ataques con agentes químicos”, que con el liderazgo de la academia han hecho posible la existencia de convenios interinstitucionales y el trabajo conjunto con Fundaciones como “Reconstruyendo rostros” y “Natalia Ponce de León en Colombia” y “Sigo adelante” en España; los cuales han permitido empoderar a la población y propiciar espacios de diálogo e interacción entre sobrevivientes, operadores judiciales y personal de salud, para establecer canales de apoyo efectivos en el restablecimiento de los derechos de esta población.

Importancia de protocolos en medios de comunicación y su importancia como actor de educación informal

Como ha sido posible identificar, el abordaje de las agresiones con ácido en la esfera mediática y en la agenda pública centra su atención en el desarrollo de los procesos legislativos, judiciales y en el restablecimiento y garantía de los derechos de víctimas y sobrevivientes, como el acceso a la salud y el acceso a la justicia. Sin embargo, este escenario también ha permitido que se omita la importancia de un uso adecuado del lenguaje y de la imagen, el cual, ante inmediatez que caracteriza el ejercicio periodístico, en la mayoría de los casos resulta en la re-victimización de esta población.

Los medios de comunicación deben contemplarse como un instrumento de educación informal que permita el acceso a la información y que haga posible la participación y el acceso a la justicia. La legitimación de prácticas y la repetición de acciones particulares, que una vez aceptadas por parte de la sociedad justifican el incumplimiento de las normas y son causales no solo de costumbres sino de delitos, condicionan además de la conducta de la sociedad, la prevalencia del individualismo, el cumplimiento de las normas desde su inobservancia y la legitimidad de la autoridad encargada de la garantía de la convivencia, el desarrollo, la justicia y la democracia.

Reconocer los impactos de la esfera mediática en el tratamiento de asuntos públicos y problemáticas como las agresiones con ácido, el reconocimiento de su valor y uso pedagógico, fortalecen espacios que contribuyen eficazmente no sólo en la expedición de normativas, sino a la disminución y erradicación de nuevos casos de violencia.

Por estas razones, este documento llama la atención sobre la importancia de la reflexión académica y social de esta problemática, reconociendo su incidencia nacional, internacional y las implicaciones mediáticas de estas agresiones en la esfera pública, en el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados y en la construcción de una cultura de derechos a partir de su abordaje como problema de interés público.

Apoyos

El presente documento presenta resultados de investigación conseguidos en el desarrollo del Proyecto “Estudio comparado de los impactos normativos y mediáticos de las agresiones con ácidos a mujeres sobrevivientes en España y Colombia (2010-2015)”, financiado por el Programa de Becas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo - MAEC/AECID (2015 - 2016). De forma complementaria, este trabajo corresponde con el proceso de formación adelantado en el Programa de Maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, Colombia, acompañado de manera permanente por docentes e investigadoras de la Universidad de Málaga en España y la Universidad del Rosario en Colombia.

Referencias

- ABC. (19 de julio de 2012). Cae el agresor que «roció» a María Ángeles. *ABC*, pág. 49.
- ABC. (14 de marzo de 2014). Piden 24 años por encargar que rociaran con ácido a su exmujer. *ABC*, pág. 95.

- Barroso, J. (20 de junio de 2012). *Herida grave una mujer tras ser rociada por un hombre con ácido sulfúrico*. Obtenido de <https://goo.gl/m26zeB>
- Barroso, J. (21 de marzo de 2014). “Ahora solo queda esperar que haya una sentencia justa”. La mujer atacada con ácido pide más medios contra la violencia de género. *El País*, pág. 33.
- Carazo, P. M. (2006). El Método de estudio de Caso. Estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento y Gestión*, 165-193.
- Colprensa y Redacción de El País Bogotá y Cali. (02 de abril de 2014). *Agresión con ácido a joven en Bogotá revivie rechazo por violencia contra la mujer*. Obtenido de <https://goo.gl/N72TNJ>
- Congreso de la República. (s.f.). Ley 1761 del 6 de julio de 2015. Colombia.
- Congreso de la República. (s.f.). Ley 1773 del 6 de enero de 2016. Colombia.
- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. (20 de diciembre de 1993). Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>
- El Economista. (03 de febrero de 2013). *El TS confirma la sentencia de 18,6 años de prisión para el hombre que ordenó rociar con ácido a su mujer*. Obtenido de <https://goo.gl/AUWv55>
- El Espectador. (02 de diciembre de 2015). *Populismo e impunidad*. Obtenido de <https://goo.gl/zzLvMJ>
- El Mundo. (27 de 04 de 2014). La vida ya es bella para la chica del ácido. *El Mundo*, págs. 10-12.
- El País. (11 de abril de 2014). 18 años de cárcel por encargar que echaran ácido a su esposa. *El País*, pág. 35.
- El Tiempo. (06 de abril de 2014). *Impunidad, la otra crueldad que sufren las víctimas del ácido*. Obtenido de <https://goo.gl/m1gix2>
- El Tiempo. (12 de mayo de 2015). *El renacimiento de Natalia Ponce de León*. Obtenido de <https://goo.gl/gxfnJB>

- El Tiempo. (28 de noviembre de 2015). '*La ley me da fuerzas para seguir luchando*': Natalia Ponce de León. Obtenido de <https://goo.gl/mhV2Ht>
- El Tiempo. (14 de diciembre de 2016). *Jonathan Vega pagará 21 años de prisión por ataque a Natalia Ponce*. Obtenido de <https://goo.gl/8cfuiN>
- García Villegas, M. (2009). Introducción: La cultura del incumplimiento de reglas. En M. García Villegas, *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas* (págs. 237 - 307). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Instituto Nacional de Estadística. (31 de mayo de 2017). *Estadística de violencia doméstica y violencia de género*. Obtenido de http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176866&menu=ultiDatos&idp=1254735573206
- La Razón. (25 de junio de 2012). Caso de la mujer rociada con ácido: La decisión judicial. *La Razón*, pág. 46.
- La Razón. (21 de junio de 2012). *Marcada de por vida con ácido sulfúrico*. Obtenido de <https://goo.gl/rxy9ak>
- Londoño Toro, B. (2009). *Educación Legal Clínica y defensa de los Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Londoño Toro, B., Rubio Lamia, L., & Castañeda, J. F. (2017). La violencia de género no tiene fronteras. Estudio comparativo de las normativas colombiana y española en materia de violencia de género (2004-2014). *Revista Derecho del Estado*, 127-154.
- Mucha, M. (09 de julio de 2017). Europa bajo ataque de ácido. *El Mundo*.
- Revista Semana. (04 de 09 de 2014). *Ataques con ácido: ¿crimen de lesa humanidad?* Obtenido de <https://goo.gl/33A8w6>
- Revista Semana. (02 de 04 de 2014). *El ácido en la cara y la política colombiana*. Obtenido de <https://goo.gl/mQ7PAC>
- Revista Semana. (25 de 11 de 2015). *La ley por la que luchó Natalia Ponce de León*. Obtenido de <https://goo.gl/eCcrW5>
- Rodolfo, C. M. (Diciembre de 2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

- Rodríguez, C. (09 de julio de 2017). La ciudad del Támesis, capital mundial del ácido. *El Mundo*.
- Rubiano, M. P. (12 de agosto de 2016). *Caso Natalia Ponce: una tragedia que cambió las leyes*. Obtenido de <https://goo.gl/xos7Xe>
- Secretaría Distrita de la Mujer. (2012). *Boletín Informativo*.
- Sentencia Desestimatoria No. 899, Recurso de casación (P) No. 10486/2014 P (Tribunal Supremo. Sala de lo Penal 26 de 12 de 2014).
- Sentencia No. 252, PO 14/2013 (Juzgado de Violencia sobre la Mujer No. 3 de Madrid 04 de 04 de 2014).
- Soto, M. (2015). *El renacimiento de Natalia Ponce de León. Itinerario de una vida que venció a la barbarie*. Bogotá: Intermedio Editores.
- Villalobos Araujo, C. A. (2017). Los ataques con agentes químicos como una forma de violencia extrema contra las mujeres en Colombia. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 13-33.
- Yin, R. (1994). *Case Study Research. Design and Methods. Applied Social Research Methods* (Vol. 5). Londres: Sage Publications.

Las acciones neutrales, el blanqueo de capitales y el ejercicio de la abogacía

Mónica de la Cuerda Martín

Doctoranda en Derecho penal

Universidad de Castilla la Mancha

I- Introducción.

La problemática que rodea a las acciones neutrales es relativamente reciente dentro de la dogmática penal, pero no por ello menos importante y controvertida por cuanto la misma se mueve en un ámbito de difícil delimitación, como es la franja que separa lo típico de lo impune. Así, referirse a este tipo de conductas supone hablar del límite mínimo de intervención punible.

Ello cobra una especial importancia cuando las acciones neutrales son realizadas por operadores jurídicos, como los abogados, durante el ejercicio de su profesión. Máxime cuando tenemos en cuenta la tendente profesionalización que afecta al delito de blanqueo de capitales.

Una de las formas en las que los abogados durante el ejercicio de su profesión, aunque no la única, pueden verse inmersos en este complejo ámbito, es la relativa al cobro de honorarios con fondos de procedencia delictiva, ya que ello puede suponer la comisión de un delito de blanqueo de capitales por parte de sus clientes, pero ¿cómo debemos de calificar la conducta de los abogados que aceptan dichos honorarios? ¿Están realizando una conducta típica? O por el contrario, ¿Su actuación es neutral al recibir la prestación debida?

II- Las acciones neutrales.

2.1- Origen: Alemania como fuente de inspiración.

La teoría de los actos neutrales tiene su principal fuente de desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia alemana, siendo así en el país germano dónde la misma comenzó a gestarse a principios del siglo XX. Posteriormente dicha teoría se ha ido extendiendo a los países de nuestro entorno, entre ellos a España, donde importantes penalistas como Roca de Agapito, Landa Gorostiza, Blanco Cordero o Robles Planas³⁹⁷, han tratado de esclarecer, fundamentalmente a partir de los inicios del siglo XXI toda la problemática que rodea a las mencionadas acciones neutrales, sin embargo, en lo que se refiere a nuestra jurisprudencia la cuestión es aún más reciente³⁹⁸.

Asimismo, la relación de esta teoría con el delito de blanqueo de capitales, también tiene su fuente de inspiración en Alemania, donde ha sido tratada de una manera muy amplia y exhaustiva. Ejemplo de ello, es el proyecto de 10 de agosto de 1990 del *Bundersrat* relativo al art. 261 StGB que declaraba como no aplicable el delito de blanqueo de capitales a aquellas acciones relacionadas con dinero u otros bienes de origen delictivo, cuando se llevara a cabo una prestación debida o devengada en virtud de una ley, o una contraprestación por bienes o servicios de necesidad diaria, así como la utilización de tales bienes, dándose así una solución material a los posibles supuestos de blanqueo realizados mediante acciones socialmente adecuadas, consistente en declarar que no eran merecedores de pena. Sin embargo, el gobierno Alemán rechazó tal regulación excepcional al considerar que en tales casos concurre injusto merecedor de pena³⁹⁹. Otro ejemplo de ello, lo encontramos en la conocida y polémica sentencia

³⁹⁷Vid en este sentido, entre otras, las siguientes obras: Blanco Cordero, I, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, Comares, 2001; Landa Gorostiza, J M, *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana". Contribución al "límite mínimo" de la participación frente a los "actos neutros"*, Granada, Comares, 2002; Robles Planas, R, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003.; Roca de Agapito, L, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

³⁹⁸ La primera sentencia de una Audiencia Provincial en la que se refiere de manera expresa a los actos neutrales es la SAP de Madrid 95/2002, de 19 de abril, y la primera sentencia del Tribunal Supremo es aún más tarde, en concreto se trata de la STS 34/2007, de 1 de febrero.

³⁹⁹Blanco Cordero I, "Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales", *ADPCP*, Vol L, 1997, p. 267.

del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo del 2004 relativa a la posibilidad de condenar por un delito de blanqueo de capitales a aquellos abogados que cobren sus honorarios de fondos delictivos de sus clientes, cuestión a la que me referiré en momentos posteriores.

2.2.- ¿Qué podemos entender por actos neutrales?: Concepto.

Son numerosas las expresiones que la dogmática jurídico penal utiliza para referirse a este tipo de conductas, en este sentido Roca de Agapito lo califica como un oxímoron⁴⁰⁰, al que se le unen en este punto Landa Gorostiza y Robles Planas. Todos estos autores entienden que en este ámbito es preciso reconocer que no existe todavía una denominación homogénea⁴⁰¹, e incluso puede que haya una cierta ambigüedad y contradicción en sus propios términos⁴⁰². Así, se utilizan, entre otras, expresiones como “conductas o acciones neutrales”, “cotidianas”; “estándar”, “negocios normales de la vida diaria”; “conductas social o profesionalmente adecuadas”, etc.⁴⁰³.

A la falta de una denominación homogénea para este tipo de acciones debemos de sumar la inexistencia de una definición clara y expresa de lo que debemos de entender por ellas, hasta el punto de que, como explica Roca de Agapito, autores como Roxin abogan por considerar que este tipo de acciones cotidianas no existen “per se”, sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad a la que sirve⁴⁰⁴. Sin perjuicio de tal afirmación, debemos de destacar que la definición de tales acciones más acogida por la doctrina española es la realizada por Hassemer, quién determina las acciones neutrales como aquellas conductas que “desde la perspectiva de un observador imparcial no tienen ninguna tendencia objetiva hacia el injusto, aunque pueden llegar a recibir esa tendencia mediante

⁴⁰⁰ Roca de Agapito, L, “Introducción”, en *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Op.Cit, pp. 40-41.

⁴⁰¹ Robles Planas, R, “Capítulo Primero: Las conductas neutrales de participación en el delito”, en *La participación en el delito: fundamento y límites*, Op. Cit., p. 31.

⁴⁰² Landa Gorostiza, J M, “Capítulo I: Introducción”, en *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Op. Cit. p. 2.

⁴⁰³ Roca de Agapito, L, “Introducción”, en *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Op. Cit. p.41.

⁴⁰⁴ *Ibíd.* p. 64.

informaciones adicionales, especialmente sobre el lado interno del que presta la ayuda”⁴⁰⁵.

Sin embargo, personalmente abogo por definir las como aquellos comportamientos cotidianos o socialmente adecuados que se realizan dentro del ejercicio de un rol social, como es el rol profesional, y que no son típicos a pesar de suponer una contribución a un hecho delictivo doloso cometido por una tercera persona en calidad de autor. Es de destacar que se requiere que la conducta neutral se vea conectada fáctica, teleológica y normativamente con la conducta delictiva a la que contribuye. O lo que es lo mismo, debe de favorecer la realización de un tipo delictivo creando un riesgo jurídicamente desaprobado que desemboque en la realización de un resultado típico. No obstante, es necesario aclarar que con la expresión acción neutral nos estamos refiriendo a conductas que a pesar de contribuir al delito no son típicas penalmente, es decir, son inocuas. En el momento que dicha acción pueda ser imputada, ya sea a título de autoría o de participación, la misma perdería su neutralidad y se convertiría en jurídico-penalmente relevante.

En este sentido, y siguiendo a Feijóo Sánchez, podemos decir que este tipo de acciones se caracteriza por la conjunción de los siguientes aspectos o elementos: 1) Suponen un favorecimiento en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. 2) Se encuentran en la fase de actos preparatorios y 3) Existen datos objetivos que lo demuestran⁴⁰⁶.

Así las cosas, una de las principales particularidades de este tipo de conductas es la presencia de un segundo sujeto autorresponsable, de cuya decisión, en última instancia, dependerá la realización del peligro, por lo que, tal circunstancia deberá ser tenida especialmente en cuenta a la hora de decidir sobre la prohibición penal de la conducta del primer sujeto⁴⁰⁷. Siendo de suma importancia para la sociedad en la que vivimos, basada en un constante

⁴⁰⁵Robles Planas, R, “Capítulo Primero: Las conductas neutrales de participación en el delito”, en *La participación en el delito. Op. Cit.* p. 33.

⁴⁰⁶Feijóo Sánchez, B J, “Capítulo segundo. Los límites normalitos de la participación criminal. Criterios de determinación”, en *Límites a la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho Penal?*, Granada, Comares, 1999, pp. 73-74.

⁴⁰⁷ *Ibíd.* p. 39.

intercambio de bienes y servicios de todo tipo, la fijación de la prohibición penal de la conducta del primer sujeto, es decir, la acción aparentemente neutral, puesto que el establecimiento de tal barrera, tal y como señala de manera, en mi opinión muy acertada, Landa Gorostiza⁴⁰⁸, afecta a las cuotas de libertad de actuación con una especial incidencia en el sistema económico, productivo y de consumo.

2.3-. Elemento objetivo y subjetivo de las acciones neutrales.

De todo lo mencionado *supra* podemos extraer, siguiendo en este punto a Robles Planas, la presencia de un elemento objetivo y de otro subjetivo. Con respecto al primero de estos elementos destacar que se identifica con la incardinación de estas conductas en el desempeño de un rol o estándar, que permite a su vez diferenciar otras dos características; En primer lugar, que se trata de conductas lícitas o inocuas en sí mismas consideradas, esto es, tienen por base la creación de un estado conforme a Derecho hacia el que externamente se dirigen. Y en segundo lugar, son conductas que se insertan en contextos de interacción altamente regulados, por lo que los sujetos que interaccionan no configuran, sino que se adaptan al estándar de conducta definido previamente por un conjunto de reglas, pautas o normas de actuación y que, por tanto, orientan a todo el que entre en el contexto sobre el contenido de la relación⁴⁰⁹.

En lo relativo al elemento subjetivo, mencionar que se refiere a la existencia de conocimiento por parte de quien lleva a cabo estas conductas de la idoneidad de las mismas para, directa o indirectamente, producir un resultado lesivo⁴¹⁰. En este sentido, a juicio de Rueda Martín, precisamente lo que modifica la valoración del comportamiento es el dato del conocimiento, puesto que el mismo está al

⁴⁰⁸Landa Gorostiza, J M, "Capítulo IV: Toma de postura y conclusiones", en *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana"*. Op. Cit, p. 220.

⁴⁰⁹Robles Planas, R, "Capitulo Primero: Las conductas neutrales de participación en el delito", en *La participación en el delito*. Op. Cit.p. 33-34.

⁴¹⁰Ibídem. p. 33.

margen de cualquier estandarización del comportamiento desde el punto de vista de la ejecución de un rol⁴¹¹.

Este último elemento tiene una gran importancia por cuanto se refiere a la posibilidad de extensión del título de imputación de las acciones neutrales. Me explico, tradicionalmente, la doctrina ha incardinado las acciones neutrales en el seno de la participación delictiva, concretamente en el ámbito de la complicidad, por ello, hablar de acciones neutrales suponía referirse al límite mínimo de participación delictiva. Sin embargo, en los últimos tiempos la doctrina especializada en la materia ha abordado la cuestión de si las acciones neutrales también podrían extenderse al seno de la autoría, en este sentido, Blanco Cordero señala que esta problemática no puede reconducirse únicamente a los tipos de la participación, sino que también debe de plantearse en el seno de la autoría de determinados delitos, ya que las tendencias internacionales, continua este autor, ponen de manifiesto la relevancia de esta cuestión para determinar la autoría en delitos como el encubrimiento o el blanqueo de capitales⁴¹².

Así las cosas, es la conjunción de estos dos elementos, objetivo y subjetivo, lo que en opinión de Miró Llinares, coloca a estos casos en la mira del objeto de la dogmática penal: el que la conducta parece tener un significado si se ve desde un sentido puramente objetivo (si esto es posible), concretamente un significado de irrelevancia penal, y otro diferente, esto es, de relevancia, si se analiza tomando en consideración lo subjetivo⁴¹³. Por ello, Roca de Agapito aboga por la necesidad de no prescindir de ninguno de los dos elementos a la hora de definir las conductas cotidianas como problema jurídico-penal, ya que si no se concretan las características particulares de un supuesto tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, la cuestión penal quedará en un *non liquet*. Asimismo, sostiene este

⁴¹¹ Rueda Martín, M, "Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso", en *Revista Penal*, N. 9, Enero de 2002, p. 127.

⁴¹² Blanco Cordero, I, "Capítulo I. La participación y las acciones neutrales", en *Límites a la participación delictiva. Op. Cit*, p. 9

⁴¹³ Miró Llinares, F, "Capítulo II: Sobre el fundamento del injusto del partícipe", en *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 68.

autor, ello también pone de relieve que la decisión en uno u otro sentido no podrá descansar exclusivamente sobre uno de estos aspectos⁴¹⁴.

En todo caso, es importante mencionar que existen diferentes soluciones doctrinales y jurisprudenciales para abordar este tipo de acciones en función de si nos centramos en el elemento objetivo⁴¹⁵, en el aspecto subjetivo⁴¹⁶, o en la conjunción de ambos⁴¹⁷. No obstante, señala Blanco Cordero, que siguiendo a la doctrina mayoritaria más reciente y de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, la solución a este tipo de acciones ha de proceder esencialmente del tipo subjetivo, residiendo la cuestión principal en la fijación de los contornos de la tipicidad de la participación⁴¹⁸, y especialmente en la separación de las acciones de colaboración peligrosas abarcadas por los tipos de la cooperación de aquellas irrelevantes, siendo preciso proceder, según este autor, conforme al criterio de la imputación objetiva a una valoración para determinar si se ha realizado en su conjunto el tipo objetivo⁴¹⁹.

En este sentido es importante tener en cuenta, como de una manera muy acertada destaca Wohlers, que toda esta problemática que atañe a la colaboración de apariencia externamente inofensiva no puede ser tratada con los instrumentos dogmáticos tradicionales, éstos “por lo menos” ya no resultan adecuados⁴²⁰. Ello conlleva la necesidad de reformular la dogmática jurídico penal tradicional en

⁴¹⁴Roca de Agapito, L, “Introducción”, en *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Op. Cit. pp. 67-68.

⁴¹⁵ Las soluciones doctrinales y jurisprudenciales que se refieren a aspectos del tipo objetivo son las más numerosas, así entre otros, destacan los siguientes criterios: El criterio de adecuación social, el criterio de la adecuación profesional (Hassemer), la prohibición de regreso (Jakobs, Puppe o Feijóo Sánchez), la solidarización con el injusto ajeno (Schumann), el aumento del riesgo jurídicamente desaprobado (Roxin y López Peregrín), los conocimientos especiales (Wohleben) o el criterio del riesgo permitido (Wohlers, Stratenwerth y Riklin).

⁴¹⁶ Con respecto al aspecto subjetivo mencionar, entre otros: El criterio de la ausencia de tipo subjetivo, la impunidad de la complicidad con dolo eventual y el principio de confianza (Mario Maraver y Rehberg).

⁴¹⁷ En este sentido destacar, por ejemplo, el criterio objetivo-subjetivo formulado por Tag relativo a la libertad de acción.

⁴¹⁸ Recordemos que el problema de la imputación jurídico penal de las acciones neutrales ha sido abordado por la doctrina y la jurisprudencia fundamentalmente en el ámbito de la participación, siendo un debate vivo en estos momentos, su posible extensión a la autoría.

⁴¹⁹ Blanco Cordero, I, “Capítulo III. Postura personal. El recurso a la teoría de la imputación objetiva”, en *Límites a la participación delictiva*. Op. Cit. p. 147.

⁴²⁰ Wohlers, W, “Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?”, en *DPC*, Vol. 17, N. 80, 2006, p. 132.

este ámbito para adaptarla, entre otros casos, a la continua e imparable expansión que está sufriendo el delito de blanqueo de capitales⁴²¹, derivada de las nuevas necesidades y exigencias de la sociedad actual en la que vivimos.

III-. Blanqueo de capitales y actos neutrales.

3.1-. Profesionalización del blanqueo de capitales.

Siguiendo a Fuentes González podemos decir que el blanqueo de capitales se realiza tanto a través de operaciones modestas, en cantidades pequeñas, con procedimientos poco sofisticados y al margen de los movimientos internacionales de capitales, como a través de operaciones que involucran grandes cantidades de dinero por medio de sofisticadas técnicas de movimiento internacional de capitales⁴²². Y es en este último tipo de operaciones blanqueadoras donde se ha detectado de un tiempo a esta parte una clara tendencia de profesionalización de quienes las realizan. Así, indica Blanco Cordero, que la profesionalización se ha alzado como una de los principales elementos característicos de las operaciones de blanqueo de capitales⁴²³.

Los principales objetivos de esta tendencia son, por un lado, minimizar los riesgos de la persecución penal y por otro lado, maximizar las oportunidades de éxito de las operaciones de blanqueo, y es precisamente por ello, por lo que podemos distinguir claramente dos tendencias: mayor profesionalismo de los miembros de la organización y mayor empleo de profesionales externos⁴²⁴. En

⁴²¹ Con respecto a la expansión del derecho penal en general, y del blanqueo de capitales en particular, vid: Silva Sánchez, J M, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999; Abel Souto, M, *La expansión penal del blanqueo de dinero*, México, Centro Mexicano de estudios en lo penal tributario A.C, 2016.

⁴²² Fuentes González G, "El proceso económico del tráfico de drogas", *Revista del Instituto de Estudios de Policía*, nº63, mayo junio 2002, pp. 9 a 24,

⁴²³ Junto a la profesionalización, Blanco Cordero señala como otros elementos típicos de las operaciones de blanqueo de capitales, la globalización de las actividades blanqueadoras como consecuencia de su internacionalización, y la complejidad de los nuevos métodos empleados. Estos tres elementos, continua sosteniendo éste autor, se potencian recíprocamente en la medida que la internacionalización del blanqueo de capitales y la mayor especialización de los blanqueadores dan lugar a la elaboración de mecanismos cada vez más sofisticados. (Blanco Cordero, I, "Capítulo I: Análisis criminológico y definición del blanqueo de capitales", en *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª Edición, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 57).

⁴²⁴ Jiménez García, F, "Blanqueo de capitales y derecho internacional", *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, N. 10, abril-septiembre de 2016, p. 220.

este sentido se habla de una clase emergente de criminales: los blanqueadores profesionales. Asesores fiscales, abogados, *brokers* y miembros de otras profesiones, que se dedican a esta actividad por el bienestar económico que les provee⁴²⁵. Bienestar materializado, según Bermejo, en los beneficios económicos que pueden obtenerse por el cobro de los honorarios correspondientes al asesoramiento o ejecución del blanqueo, y que son tan importantes, que muchos profesionales pueden estar dispuestos a realizar esta actividad si las instituciones jurídicas que imponen los costes a la misma (sanciones jurídicas negativas) y/o privan de los beneficios económicos del mismo (decomiso de los honorarios) no se diseñan adecuadamente o su nivel de aplicación es insuficiente.⁴²⁶

No obstante, que exista esta tendencia a la profesionalización, y que el abogado, entre otros operadores jurídicos, se haya convertido en un sujeto destinado a prevenir la comisión de este ilícito penal durante el ejercicio de su profesión, no significa, que estos no puedan verse inmersos de una manera más accidental, en tramas de blanqueo de capitales de sus clientes, puesto que éste es uno de los profesionales más adecuados para tales actividades, pudiendo así ser utilizado como menor instrumento no conocedor de las maniobras del cliente dirigidas a blanquear dinero⁴²⁷. En concreto, una de dichas maniobras, aunque no la más común, es precisamente, el cobro de honorarios procedentes de fondos delictivos, al que a continuación me referiré.

3.2.- Los actos neutrales en el Código Penal Español: Interpretación del art. 301 CP con respecto al cobro de honorarios procedentes de fondos delictivos.

La lucha contra el blanqueo de capitales es uno de los retos político-criminales fundamentales de la Unión Europea, siendo especialmente remarcable el modo en el que el legislador comunitario viene abordando este importante desafío. Así

⁴²⁵ España Alba, V M, “Primera parte. Aproximación criminológica y social al blanqueo de capitales”, en *Secreto bancario y paraísos fiscales: la ingeniería fiscal al servicio del blanqueo de capitales*, Madrid, Spin, 2017, p. 28.

⁴²⁶ G. Bermejo, M, “Capítulo III. El blanqueo de capitales: concepto y técnicas”, en *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 122

⁴²⁷ Blanco Cordero, I, “VI. El sujeto activo del delito de blanqueo de capitales”, en *El delito de blanqueo de capitales*, *Op. Cit.*, p. 549.

en este ámbito, como en ninguno otro, el legislador europeo, y por extensión, los distintos legisladores nacionales en sus leyes de transposición, ha optado por enfrentar el problema mediante la incorporación en su “lucha” de todos aquellos agentes que de un modo u otro están, por razón de su ejercicio profesional, en disposición de contribuir de forma relevante en la persecución y sanción del blanqueo de capitales⁴²⁸.

Así las cosas, España no podía ser menos en tal lucha, y ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico las sucesivas directivas que la Unión Europea ha ido progresivamente dictando desde el año 1991 en esta materia. Como resultado de ello, tenemos la vigente Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo⁴²⁹ que establece en su art. 2.1ñ) la obligación de los abogados de, en supuestos expresamente tasados, colaborar con determinadas medidas en la prevención del blanqueo de capitales⁴³⁰, no obstante, dichas medidas no afectan al cobro de honorarios por parte de los abogados a sus clientes, al menos de manera expresa.

Toda esta problemática del blanqueo de capitales y su relación con el cobro de honorarios y las conductas neutrales fue analizada en una polémica y conocida Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004 que acabó con la condena a dos abogados por la recepción, a sabiendas de ello, de dinero

⁴²⁸ Coca Vila, I, “El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia”, en *InDret*, N. 4, 2013, p. 2.

⁴²⁹Es importante destacar que esta Ley 10/2010 no ha sido la encargada de introducir a los abogados como sujetos obligados en materia de prevención del blanqueo de capitales, sino que dicha introducción se produjo en la reforma operada mediante la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre el régimen jurídico de los movimientos de capitales y las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en la derogada Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

⁴³⁰ Dichas medidas que deben de cumplir los abogados por entrar dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la ley, se encuentran recogidas en los capítulos I, III y IV de la mencionada ley, y suponen el establecimiento de una serie de obligaciones de colaboración. En concreto, se trata de medidas de diligencia debida normales, simplificadas o reforzadas, y de las medidas de control interno. Medidas que deberán de aplicarse en función del riesgo, de la clase de cliente y de la relación que se tenga con él, y en función de la política de admisión de clientes (Blanco Cordero, I, “VI. El sujeto activo del delito de blanqueo de capitales”, *El delito de blanqueo de capitales*, Op. Cit., p. 564). En todo caso, a la hora de proceder a la aplicación de estas medidas deberá de tenerse en cuenta la cláusula de no sujeción del art. 22 de la Ley 10/2010 que rige con respecto a los abogados.

delictivo en concepto de honorarios⁴³¹. Sin embargo en España, en lo que alcanzo a ver, no existe ninguna resolución judicial en este sentido, no siendo ello óbice para que la doctrina se plantee esta problemática.

El art. 344 bis i) del derogado Código Penal, según sostiene Blanco Cordero, daba cabida a la existencia de acciones socialmente adecuadas, y partiendo de la base de que la redacción del mencionado artículo y del vigente art. 301 CP son sustancialmente iguales, un sector doctrinal entiende que este tipo de conductas se encuentran ahora parcialmente incluidas en el art. 301.1 CP⁴³².

Entre el mencionado código penal derogado y el vigente actualmente nos encontramos con el proyecto de código penal de 1992, el cual fue mucho más claro, puesto que recogía en el art. 357 de una manera expresa, y siguiendo el estilo del art. 344 bis i) la punibilidad de las acciones neutrales. En este sentido, la expresión *“en el momento de recibirlos de que los mismos proceden de alguno de los delitos [...]”* refleja que el tercero que los recibe conoce que los bienes tienen un origen ilícito y que con la actuación que realice con ellos puede dar lugar a un delito de blanqueo de capitales. Si trasladamos ello al caso de los abogados y el cobro de honorarios, cuando el abogado recibe el dinero de la minuta por parte de su cliente a sabiendas de la ilicitud del mismo, su actuación estaría dejando

⁴³¹Los hechos que dieron lugar a esta sentencia fueron los siguientes: Los abogados aceptaron la defensa de dos personas sospechosas de haber realizado una estafa en escala por el sistema de “bola de nieve” mediante la creación de un club llamado “German Kings Club” a través del que realizaban los pagos. Los abogados, que venían defendiendo a sus clientes desde 1992, aceptaron en el año 1994, cuando sus clientes ingresaron en prisión, doscientos mil marcos en efectivo cada uno como provisión de fondos para la defensa de los clientes en el proceso contra la orden de prisión, a pesar de que sabían que el dinero procedía de la estafa. En los inicios de 1994 los bancos cancelaron las cuentas en las que se cobraba el dinero desapareciendo así formalmente la organización. Desde entonces, los pagos a los clientes que habían depositado las letras de cambio se efectuaban a través de una empresa de informática. Después de que los clientes ingresaran en prisión, uno de los abogados se puso en contacto con un empleado de dicha empresa de informática, acordando ambos la entrega de doscientos mil marcos como honorarios de defensa, el dinero que estaba guardado en la caja fuerte de la empresa, fue entregado al abogado en efectivo. El otro abogado cobró de la misma forma. (Pérez Manzano, M, “Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”. La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004”, en Jorge Barreiro, A (Ed.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 791-792.)

⁴³²Blanco Cordero I, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, *Op. Cit.* p. 270.

de ser neutral por cuanto estaría ayudando a su cliente a “esconder” tales fondos, a pesar de estar recibiendo una prestación debida.

Teniendo en cuenta lo mencionado *supra*, podemos decir que los actos neutrales quedan excluidos del vigente tipo del art. 301 CP. La base o premisa sobre la que se asienta esta posición es la de considerar que la finalidad de ocultación o encubrimiento de los bienes blanqueados o la ayuda a los partícipes de la infracción previa a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones son elementos esenciales del tipo penal de blanqueo de capitales, de tal manera que, las conductas típicas en él descritas no darían lugar a un delito de blanqueo de capitales si efectivamente no concurrieran las finalidades enunciadas.

En este sentido, el letrado que ejerce su actividad profesional, y que cobra sus honorarios por ello, en la medida en que su actuación no tenga la finalidad de ocultación o encubrimiento, no realiza el tipo del art. 301 CP⁴³³ y su actuación por ende, sería neutral. O lo que es lo mismo, y en opinión de Pérez Manzano, la cuestión ha de resolverse en sede de tipicidad objetiva de modo que el cobro de honorarios por los abogados se calificará de conducta neutral y atípica, salvo que por razones excepcionales dicho cobro pueda ser interpretado como ocultación de bienes del delincuente, esto es, como forma de desvinculación de los bienes de su origen ilícito⁴³⁴.

IV-. Conclusiones: Posicionamiento personal.

Los actos neutrales o conductas socialmente adecuadas se mueven en la franja del límite mínimo que determina la imputación delictiva, así, una conducta neutral será siempre atípica y la pérdida de neutralidad de la misma supondrá la imputación jurídico penal de un hecho delictivo.

Ahora la cuestión reside en determinar bajo que título de imputación, puesto que en mi opinión, el mismo no puede ofrecerse en términos genéricos por cuanto

⁴³³ *Ibídem.* p. 286.

⁴³⁴ Pérez Manzano, M, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: El ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández, M y Bacigalupo, S (Eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales, Op. Cit.* , p. 189.

deberá de tenerse en cuenta el tipo de profesión que se desempeña así como también el delito al que afecta. Ejemplo de ello es el propio delito de blanqueo de capitales y el desempeño de profesiones jurídicas. Aquí no puede hablarse tajantemente de que la pérdida de neutralidad de la acción del operador jurídico supone la participación en el delito de blanqueo de capitales, puesto que también puede conllevar la imputación a título de autoría.

Si trasladamos todo ello al supuesto del cobro de honorarios con fondos de procedencia delictiva, entiendo que podemos diferenciar dos situaciones, cuyas respuestas son diferentes; En primer lugar, estaría el supuesto en el que el abogado conoce la procedencia delictiva de los fondos y los acepta en concepto de honorarios. En este caso, el abogado estaría realizando una conducta tendente a garantizar la finalidad de ocultación o encubrimiento del dinero blanqueado, por lo que debería de serle imputado la comisión de un delito de blanqueo de capitales a título, me aventuro a decir, de autoría. Y en segundo lugar, nos encontraríamos con el supuesto en el que el abogado acepta el dinero delictivo pero desconoce tal circunstancia. En este caso, entiendo que el abogado siempre y cuando hubiera respetado todas las medidas de diligencia oportunas, estaría realizando una conducta neutral y por ende atípica. No obstante, en este último supuesto, deberemos de plantearnos si puede serle imputado el delito a título de imprudencia en función de las concretas circunstancias que rodeen al caso.

V-. Bibliografía.

Abel Souto, M, *La expansión penal del blanqueo de dinero*, México, Centro Mexicano de estudios en lo penal tributario A.C, 2016.

Bajo Fernández, M y Bacigalupo, S (Eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009

Blanco Cordero I, "Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales", *ADPCP*, Vol L, 1997

Blanco Cordero, I, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, Comares, 2001.

Blanco Cordero, I, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª Edición, Navarra, Aranzadi, 2012

Coca Vila, I, "El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia", en *InDret*, N. 4, 2013

España Alba, V M, *Secreto bancario y paraísos fiscales: la ingeniería fiscal al servicio del blanqueo de capitales*, Madrid, Spin, 2017, p. 28.

Feijóo Sánchez, B J, *Límites a la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en Derecho Penal?*, Granada, Comares, 1999.

Fuentes González G, "El proceso económico del tráfico de drogas", *Revista del Instituto de Estudios de Policía*, nº63, mayo junio 2002.

G. Bermejo, M, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

Jiménez García, F, "Blanqueo de capitales y derecho internacional", *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, N. 10, abril-septiembre de 2016, p. 220.

Jorge Barreiro, A, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, Aranzadi, Cizur Menor

Landa Gorostiza, J M, *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana". Contribución al "límite mínimo" de la participación frente a los "actos neutros"*, Granada, Comares, 2002

Miró Llinares, F, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Barcelona, Atelier, 2009.

Robles Planas, R, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

Roca de Agapito, L, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Rueda Martín, M, "Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso", en *Revista Penal*, N. 9, Enero de 2002

Silva Sánchez, J M, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999;

Wohlers, W, "Complicidad mediante acciones "neutrales". ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?", en *DPC*, Vol. 17, N. 80, 2006.

Las obligaciones positivas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Ana Belén Valverde Cano

*Universidad de Granada*⁴³⁵

I. Introducción: las obligaciones positivas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) se ha centrado históricamente en prohibir los abusos cometidos por parte del Estado o sus agentes.⁴³⁶ Esto es lo que se conoce como “obligación de abstención” basada en el principio de no interferencia: basta que el Estado no realice la actividad prohibida (por ejemplo, que no torture a través de las autoridades estatales) para que no exista incumplimiento.⁴³⁷ No obstante, los Estados no son los únicos actores relevantes en la vulneración de derechos humanos: los actores privados, cuya conducta no puede atribuirse al Estado, también pueden suponer una amenaza para otros individuos.⁴³⁸

Para afrontar estas situaciones en las que la causa directa del daño es un actor privado, el DIDH ha desarrollado la doctrina de las obligaciones positivas,⁴³⁹ una

⁴³⁵ Contratada FPU en la Universidad de Granada. Departamento de Derecho Penal. Miembro del

⁴³⁶ STARMER, K., “Positive Obligations under the Convention” en JOWELL, J. y COOPER, J. (eds.), *Understanding Human Rights Principles*, Hart Publishing, 2001, p. 139; Fredman S., *Human Rights Transformed*, Oxford University Press, 2008, p. 1.

⁴³⁷ AKANDIJ-KOMBE, J., *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2007, p. 5

⁴³⁸ En palabras de la Comisión de Derecho Internacional en el Borrador de la Responsabilidad de los Estados, los actos de agentes privados son aquellos que no pueden atribuirse al Estado, cfr. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Informe de la Unidas, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Parte 2), 2001. Disponible online: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf [último acceso: 13/09/2018]

⁴³⁹ Aunque las obligaciones positivas también se aplican, incluso de una forma más exigente, en el contexto de un daño producido por el Estado o sus agentes. Cfr. *Valiuliene v. Lituania*, Ap. No. 33234/07, 26 Marzo 2013, párr. 73.

herramienta que ha resultado ser sumamente útil puesto que el DIDH, como rama del Derecho Internacional Público (aunque con unas características especiales⁴⁴⁰), tiene al Estado como principal destinatario de las normas. Esto significa que la víctima de un abuso de los descritos en un tratado internacional en principio únicamente vería satisfecha su reclamación contra el Estado parte si consigue demostrar con éxito la vinculación entre dicho abuso y la acción u omisión del Estado. El concepto de obligaciones positivas en este contexto ofrece un marco analítico que permite traducir los abusos contra individuos en violaciones de derechos humanos, especialmente cuando se infligen por individuos privados, si se demuestra que el Estado no ha adoptado medidas efectivas y adecuadas para evitar que se produzcan los abusos.⁴⁴¹

Ahora bien, ¿puede existir una obligación de tipificar un determinado delito sobre la base de las obligaciones positivas establecidas en un tratado internacional? La tradicional vinculación del Derecho Penal con la soberanía de los Estados requiere que la respuesta a esta pregunta esté cuidadosamente argumentada. El objetivo de este trabajo consistirá en responder a esta pregunta en relación al artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), artículo que proscribe la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados en el contexto de los países del Consejo de Europa.⁴⁴² En concreto, se argumentará que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido una obligación de tipificación expresa de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, sin que sea suficiente el establecimiento de un marco regulador que no contemple sanciones penales y considerando insuficiente que se castigue

⁴⁴⁰ Por ejemplo, la consideración del individuo y de su dignidad como un valor autónomo y central en la Sociedad Internacional, cfr. DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 663 y ss.

⁴⁴¹ BANTEKAS, I., OETTE, L., *International Human Rights. Law and Practice*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2015, pp. 25-6, 91-3.

⁴⁴² El artículo 4 del CEDH indica: "1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como „trabajo forzado u obligatorio“ en el sentido del presente artículo: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional ; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

recurriendo a otros delitos, que aunque sean similares, no reflejen la gravedad del daño.

En torno a la hipótesis, es necesario realizar tres consideraciones: en primer lugar, se ha elegido el TEDH por ser el órgano de derechos humanos que más ha desarrollado la doctrina de las obligaciones positivas⁴⁴³ y porque interpreta el CEDH, Convenio que España ha ratificado.⁴⁴⁴ En segundo lugar, nos hemos centrado en el artículo 4 del CEDH porque nuestro Código Penal no contempla un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos, y se pretende examinar si esto es acorde a las exigencias del derecho internacional. Por último, en este trabajo no se pretende proponer una teoría general sobre las obligaciones estatales que están comprendidas dentro de las obligaciones positivas, puesto que incluso el propio Tribunal ha rechazado hacerlo.⁴⁴⁵ Se trata más bien de esbozar un marco de referencia con el que poder evaluar la adecuación y el grado de cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones positivas (en concreto, la obligación de tipificación) que emanan del artículo 4.

De este modo, para responder a la pregunta de si existe una obligación estatal de tipificar el delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos sobre la base de las obligaciones positivas establecidas en el artículo 4 del CEDH, primero determinaremos cuáles son las fuentes de las obligaciones positivas y cómo ha justificado el TEDH el desarrollo de las mismas bajo el CEDH, y en segundo lugar, cómo ha desarrollado el Tribunal de Estrasburgo la obligación de tipificación expresa de ciertos delitos.

⁴⁴³ BANTEKAS, I., OETTE, L., op. cit., p. 243

⁴⁴⁴ El convenio fue ratificado por España en fecha 24 de noviembre de 1977, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de Octubre de 1979, y entró en vigor el 4 de octubre de 1979.

⁴⁴⁵ *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, 1988, párr. 31

II. El desarrollo de las obligaciones positivas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aunque el TEDH ha influido notablemente en el desarrollo de las obligaciones positivas,⁴⁴⁶ no ha ofrecido una definición general de las mismas.⁴⁴⁷ Si tenemos en cuenta que en la mayoría de los casos las obligaciones positivas tienen el efecto de incrementar las exigencias que los Estados deben satisfacer, la cuestión de la determinación de la base legal es fundamental.⁴⁴⁸

Para el desarrollo de las obligaciones positivas en el CEDH, el TEDH ha utilizado principalmente tres argumentos: en primer lugar, se ha referido al artículo 1 de la Convención, que impone la obligación a los Estados parte no sólo de respetar, sino también de *asegurar* los derechos contenidos en el CEDH. De esta forma, la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Estrasburgo fundamenta las obligaciones positivas en la combinación de las normas de la Convención (derecho a la vida, prohibición de tortura o trato inhumano, por ejemplo) con el artículo 1.⁴⁴⁹ En segundo lugar, la consideración del Convenio como un “instrumento vivo” que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales,⁴⁵⁰ ha originado una interpretación dinámica y evolutiva que a su vez ha servido como herramienta para el desarrollo de obligaciones positivas del CEDH.⁴⁵¹ Y en tercer lugar, el principio de efectividad también ha desempeñado un papel importante en la justificación y desarrollo de las obligaciones positivas,

⁴⁴⁶ Especialmente a partir de *Lambert y Otros c. Francia*, 2015; *Valentin Campanu c. Rumanía*, 2014; *Anguelova c. Bulgaria*, 2002, *Osman c. Reino Unido*, 1998, *Kelly y otros c. Reino Unido*, 2001; *Öneryildiz c. Turquía*, 2005.

⁴⁴⁷ MOWBRAY, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oregon, 2004, p. 2. Aunque el concepto de obligaciones positivas que concibe el TEDH se puede deducir en algunos casos, como en la sentencia *Belgian Linguistic*, en la que el TEDH se refirió a las mismas como “la obligación de hacer algo”, vid. AKANDIJ-KOMBE, J., op. cit., p. 5.

⁴⁴⁸ Además, hay que tener en cuenta que como consecuencia del principio general de atribución, el TEDH no es competente para proteger derechos que no se encuentren en el Convenio (como indicó en *Johnston y Otros c. Reino Unido*, 1986). Cfr. DÍEZ DE VELASCO, M., *Las organizaciones internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

⁴⁴⁹ AKANDIJ-KOMBE, J, op. cit., p. 8. El TEDH sigue este razonamiento, por ejemplo, en: *A. c. Reino Unido*, 1997; *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suiza*, 2001; y en *Broniowski c. Polonia*, 2004.

⁴⁵⁰ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, 2010, párr. 277.

⁴⁵¹ MOWBRAY, A., “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, No. 5, Issue 1, 2005, pp. 57, 64; *Tyrer c. Reino Unido*, 1978, párr. 31.

puesto que al dilucidar si un Estado ha asegurado los derechos protegidos en el CEDH, el Tribunal examina si se han garantizado en la práctica los derechos de forma efectiva, y no solo de forma teórica o ilusoria.⁴⁵²

Tras determinar la base legal en la que se apoya el TEDH para exigir a los Estados el cumplimiento de las obligaciones positivas, es importante tener en cuenta dos cuestiones: en primer lugar, que el Tribunal ha desarrollado una jurisprudencia muy casuística (a veces incluso aparentemente arbitraria) sobre las mismas, lo que dificulta en la práctica la certeza y predictibilidad de sus decisiones, aunque se puedan deducir ciertas reglas comunes.⁴⁵³ Y en segundo lugar, que el contenido de las obligaciones positivas se ha elaborado principalmente sobre la base del artículo 2 (derecho a la vida), artículo 3 (derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes) y el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar). Aunque la jurisprudencia sobre el artículo 4 es escasa, se pueden aplicar por analogía las obligaciones positivas que emanan de los artículos 2, 3 y 8,⁴⁵⁴ atendiendo al principio de garantía de la coherencia interna utilizado por TEDH como herramienta interpretativa del CEDH⁴⁵⁵ y justificándolo por la “naturaleza absoluta” de los derechos contenidos en el art. 2, 3 y 4.⁴⁵⁶

Es preciso también tener en cuenta que las obligaciones positivas no pueden imponer una carga desproporcionada al Estado. Es decir, no se exige que los mecanismos preventivos de los Estados funcionen siempre: si ha existido un abuso y el Estado lo ha perseguido y condenado adecuadamente, no hay violación de derechos humanos.⁴⁵⁷ Para afirmar la responsabilidad por

⁴⁵² MERRILS, J., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1993, pp. 102-3.

⁴⁵³ HAKIMI, M., “State Bystander Responsibility”, *The European Journal of International Law*, No. 21, Issue 2, 2012, pp. 341, 349; BANTEKAS, I., OETTE, L., op. cit., pp. 242-49.

⁴⁵⁴ STOYANOVA, V., *Slavery and Human Trafficking Reconsidered*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2017, p. 321.

⁴⁵⁵ *Stec y Otros c. Reino Unido*, 2005, párr. 48.

⁴⁵⁶ STOYANOVA, V., “Definitions with Contemporary Relevance”, en STOYANOVA, V., *Slavery and Human Trafficking Reconsidered*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2017, pp. 279-85.

⁴⁵⁷ BANTEKAS, I., OETTE, L., op. cit., pp. 49 y ss. Por ejemplo, aunque una persona haya sido sometida a trabajo forzoso tal y como lo entiende el TEDH, si no se identifican omisiones o fallos relevantes por parte del Estado, no puede establecerse la responsabilidad estatal derivada de un hecho ilícito.

conculcación de las obligaciones positivas existen dos niveles de análisis:⁴⁵⁸ un primer nivel donde se analiza en abstracto si los abusos entran dentro del ámbito material del artículo de la Convención (por ejemplo, si encajan en la definición de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados), y un segundo en el que se examina el caso concreto y las obligaciones positivas específicas que deben aplicarse en ese caso en concreto. Aquí se dilucida si el Estado tenía conocimiento de los abusos (criterio de conocimiento o previsibilidad⁴⁵⁹) y si el daño en particular se puede vincular a un fallo en concreto del Estado que no ha realizado la acción (criterio de proximidad⁴⁶⁰). Por último, el criterio de razonabilidad exige que la obligación positiva deba interpretarse de tal manera que no imponga al Estado una carga desmesurada.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ La sentencia *O'Keefe c. Irlanda*, 2014, párr. 144-69, puede servir como modelo. También se sigue este modelo en *Siliadin c. Francia*, 2005, párr. 64-89, y en *Rantsev c. Chipre y Rusia*, paras. 283-9.

⁴⁵⁹ Ver *Mastromatteo c. Italia*, 2002, párr. 69-73. Este "criterio de conocimiento o previsibilidad" también varía en función de la categoría de obligación positiva que se trate. En caso de fallo en la incorporación y aplicación efectiva de un determinado marco normativo no se exige el conocimiento de una víctima potencial que puede ser objeto de abuso, sino que requiere que el Estado tenga (o deba tener) conocimiento de la existencia de un problema general. Este criterio introducido por el TEDH de "debía haber sabido" significa que incluso aunque el Estado no sea consciente, puede haber infringido sus obligaciones positivas si se demuestra que "debía haber conocido" el daño. Cfr. LAVRYSEN, L., "Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect the ECHR Rights" en BREMS, E., HAECK, Y. (eds.), *Human Rights and Civil Rights in the 21st Century*, Springer, 2014, p. 69; *O'Keefe c. Irlanda*, 2014, párr. 168.

⁴⁶⁰ El "criterio de proximidad" significa que la omisión del Estado debe haber contribuido al daño, sin que tenga que tratarse necesariamente de una relación de causalidad directa, que en la práctica supondría una carga de prueba excesiva para la parte demandante, y en algunos casos, imposible de probar. Por eso, en lugar de relación de causalidad, se exige un criterio de proximidad entre la omisión del Estado y el daño, es decir, un fallo en adoptar las medidas disponibles que hubieran podido evitar o mitigar el daño. *O'Keefe c. Irlanda*, 2014, párr. 149; *Salakhov e Islyamova c. Ucrania*, 2013, párr. 181; *E. y Otros c. Reino Unido*, 2002, párr. 99

⁴⁶¹ Cfr. *Söderman c. Suecia*, 2013, párr. 81. La aplicación de este principio no puede minar la naturaleza de "derecho absoluto" del artículo 4 CEDH. Es más bien un principio que refleja el hecho de que un Estado no puede estar obligado a proteger a todos los individuos frente a todos los daños, y está vinculado con el principio de subsidiariedad y con la doctrina del margen de apreciación. Vid. LETSAS, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Reino Unido, 2007, pp. 80-91; *O'Keefe c. Irlanda*, 2014, párr. 144.

III. Obligaciones positivas aplicables al artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¿Qué tipo de obligaciones positivas son aplicables al artículo 4 del CEDH? Las monografías de Alastair Mowbray⁴⁶² y Andrew Clapham⁴⁶³, consideradas fuentes clásicas sobre la cuestión de las obligaciones positivas, han analizado la jurisprudencia del TEDH para extraer las obligaciones positivas que emanan de cada uno de los artículos del CEDH por separado.⁴⁶⁴ El problema de esta técnica de sistematización es que, al estar imbuida de casuística, no alcanza un grado de análisis más general y es un trabajo más bien descriptivo. Otros autores, Bantekas y Oette, por su parte, proponen una clasificación de las obligaciones positivas en función del tipo de acción que se exige al Estado.⁴⁶⁵

Para el propósito de este artículo, no obstante, resulta útil la clasificación del propio Tribunal. El TEDH se ha referido a dos tipos de obligaciones positivas: procedimentales y sustantivas.⁴⁶⁶ Las obligaciones sustantivas acarrearán el deber del Estado de desarrollar un marco legislativo y administrativo que tenga un efecto disuasorio efectivo, y el aspecto procedimental implica una obligación del Estado de asegurar, con todos los medios a su disposición, una respuesta adecuada que puede ser judicial o de otro tipo, y que garantiza que el marco legislativo y administrativo establecido se implemente adecuadamente y que cualquier vulneración sea reprimida y castigada.⁴⁶⁷

A continuación nos vamos a centrar en las obligaciones sustantivas y a determinar las siguientes cuestiones: (i) primero, si existe una obligación de emplear el Derecho Penal o si se puede utilizar cualquier otra rama del ordenamiento jurídico (por ejemplo, una sanción administrativa) para cumplir adecuadamente con este aspecto sustantivo de las obligaciones positivas; (ii) segundo, si además se requiere una tipificación expresa que recoja la prohibición del artículo 4, o si es suficiente con la existencia de otros tipos (amenazas,

⁴⁶² MOWBRAY, A., *The Development of Positive Obligations...*, op. cit.

⁴⁶³ CLAPHAM, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993

⁴⁶⁴ Concretamente los artículos 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 y 14.

⁴⁶⁵ BANTEKAS, I., OETTE, L., op. cit. p. 348.

⁴⁶⁶ Sistematizadas en *Rantsev c. Chipre y Rusia*, 2010, y *Siliadin c. Francia*, 2005

⁴⁶⁷ *Öneryıldız c. Turquía*, 2004, párr. 89-96.

lesiones, tratos inhumanos o degradantes) que castiguen otros aspectos que pueden darse en la relación de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados; (iii) por último, analizaremos si esta tipificación expresa debe realizarse teniendo en cuenta la interpretación del TEDH.

1. Obligaciones sustantivas: desarrollo de un marco normativo efectivo con efecto disuasorio.

Dentro de este apartado vamos a determinar si existe una obligación de tipificación: ¿puede el CEDH influir en el derecho penal sustantivo de un Estado hasta el punto de obligar a tipificar un delito que castigue las conductas que figuran en el art. 4 CEDH? ¿Cuál es el alcance de la obligación positiva de establecer un marco normativo efectivo? Antes de responder esto, es necesario detenerse brevemente en la cuestión de la relación entre el DIDH y el derecho penal interno,⁴⁶⁸ puesto que a pesar de la clara interacción entre ambas ramas del derecho, no puede ignorarse que tienen unos rasgos distintos (tanto en su objeto, como en sus técnicas de regulación e interpretación).⁴⁶⁹ Así, el DIDH tiene como principales destinatarios a los Estados, mientras que el Derecho Penal está dirigido a las personas físicas o jurídicas de un Estado. Por otro lado, el Derecho Penal requiere definiciones precisas que se ajusten al principio de legalidad y está restringido por el principio de culpabilidad, mientras que el DIDH se guía por la *rationale* de la expansión de su ámbito de protección y la de promover mejores prácticas en los Estados.⁴⁷⁰ Es cierto que ambas ramas del derecho coinciden en su objetivo de defensa social, pero las diferencias sustantivas entre ellas hacen que el trasvase de los conceptos y la jurisprudencia del DIDH al derecho penal (y viceversa) deba realizarse de forma crítica, puesto que no hay que olvidar que las técnicas de interpretación del TEDH favorecen una interpretación progresiva y expansiva,⁴⁷¹ técnica contraria al principio básico de Derecho Penal de

⁴⁶⁸ Sobre esto, ver: EMMERSON, B., ASSWORTH, A., MacDONALD, A., *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet & Maxwell, 2012.

⁴⁶⁹ DANNER, A., MARTÍNEZ, J., "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law", *California Law Review*, No. 93, 2005, pp.75, 87

⁴⁷⁰ ROBINSON, D., "The Identity Crises of International Criminal Law", *Leiden Journal of International Law*, No. 21, Issue 4, 2008, pp. 946-47.

⁴⁷¹ *Ibid*, pp. 925, 929.

prohibición de la analogía *in malam partem*. De estas diferencias sustanciales entre el DIDH y los ordenamientos jurídicos penales se puede deducir que el CEDH no impone una obligación de transponer literalmente las definiciones y la jurisprudencia del TEDH en el derecho penal interno. No obstante, ¿existe una obligación positiva de recurrir al derecho penal para castigar los abusos contemplados en el Convenio?

El TEDH ha dictaminado en ocasiones que el CEDH no obliga expresamente a tipificar un delito para el efectivo cumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención, sino que se limita a obligar a implantar un marco normativo efectivo, que puede ser también administrativo.⁴⁷² En sentencias más recientes, no obstante, el Tribunal parece haber elevado los estándares partiendo de dos premisas: en primer lugar, que la promulgación de delitos es un instrumento efectivo de disuasión,⁴⁷³ y en segundo lugar, que garantiza la disponibilidad de un marco regulador efectivo que asegure la protección de los derechos consagrados en el CEDH.⁴⁷⁴ Las decisiones más importantes a partir de las cuales el TEDH ha elaborado y justificado la obligación positiva de tipificar los abusos fueron *X e Y c. Holanda*⁴⁷⁵ y *M.C. c. Bulgaria*.⁴⁷⁶ En *Siliadin v. Francia* el Tribunal fue más allá y dictaminó que para el cumplimiento de las obligaciones positivas del artículo 4 se requería la tipificación como delito y persecución efectiva de cualquier acto que tuviese el objetivo de mantener a una persona en situación de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados.⁴⁷⁷ El Tribunal concluyó que la ausencia de condena de los responsables en el caso *Siliadin* se debió a que el sometimiento a esclavitud y la servidumbre no estaban definidos expresamente

⁴⁷² BANTEKAS, I., OETTE, L., op. cit. p. 242.

⁴⁷³ *Branko Tomasic y Otros c. Croacia*, 2009, párr. 49; *Opuz c. Turquía*, 2009, párr. 128. Así, la tipificación penal constituye una herramienta de prevención general, puesto que envía un mensaje a los potenciales autores de los abusos de que si son detectados, pueden esperar persecución, condena y castigo. Por otro lado, también contribuye a la prevención específica, dificultando la reiteración de la conducta por parte de un mismo autor: si ha sido condenado penalmente se puede esperar que no vuelva a participar en actividades del mismo tipo. Además, el derecho penal también juega un papel importante para reafirmar la vigencia del Derecho, cuestión especialmente importante para las víctimas. Sobre esto, ver: ASHWORTH, A., ZEDNER, L., *Preventive Justice*, Oxford University Press, 2014.

⁴⁷⁴ ASHWORTH, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, 2013, pp. 196–211.

⁴⁷⁵ *X. and Y. v. Holanda*, 1985, párr. 27.

⁴⁷⁶ *M.C. c. Bulgaria*, 2003, párr. 153

⁴⁷⁷ *Siliadin c. Francia*, 2005, párr. 112. Ver también STOYANOVA, V., op. cit., p. 331

como delito en el derecho penal francés,⁴⁷⁸ afirmación que reiteró en *CN c. Francia*,⁴⁷⁹ y posteriormente en *CN c. Reino Unido*.⁴⁸⁰

2. Obligación de tipificación expresa de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos.

Una vez afirmado que es necesario recurrir al derecho penal para tipificar las conductas a las que se refiere el artículo 4, la siguiente pregunta que se plantea es: ¿esto debe realizarse de una determinada manera? ¿Debe contemplarse un delito específico o es suficiente con que las conductas encajen en cualquier otro precepto de naturaleza penal?

Para responder a esta cuestión vamos a analizar de nuevo las sentencias *Siliadin c. Francia, C.N. y V. c. Francia y C.N. c. Reino Unido*. Tanto en *Siliadin* como en *C.N.* se condena a Francia por la inadecuación de su ordenamiento jurídico. Así, el Código Penal francés castigaba la “obtención de un individuo los servicios sin pago o a cambio del pago que es manifiestamente desproporcionado”, y la “sujeción de los individuos a condiciones de vida o trabajo que sean incompatibles con la dignidad humana”.⁴⁸¹ La principal razón que ofrece el Tribunal para afirmar que dichas disposiciones no cumplían adecuadamente con las obligaciones del artículo 4 era que los preceptos no abordaban específicamente los derechos garantizados en el mismo (ocupándose de una forma mucho más *restrictiva* de la explotación laboral), y que la ambigüedad con la que estaban redactados daba lugar a distintas interpretaciones de los tribunales.⁴⁸² Es por ello que, aunque puede sostenerse que el Tribunal implícitamente requiere una tipificación expresa del delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos, no se puede afirmar de forma categórica. Se podría interpretar también que la razón de la condena del Estado francés radicaba en la ambigüedad de los crímenes existentes a nivel nacional y su interpretación restrictiva en los tribunales nacionales. En este sentido, si los

⁴⁷⁸ *Ibid*, para. 141.

⁴⁷⁹ *C.N. y V. c. Francia*, 2012, párr. 105.

⁴⁸⁰ *C.N. c. Reino Unido*, 2012, párr. 47, 66.

⁴⁸¹ Código Penal Francés, artículo 225-13 y 14.

⁴⁸² *Siliadin c. Francia*, párr. 142; *C.N. y V. c. Francia*, 2012, párr. 105.

delitos existentes, aunque no se denominaran “esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso”, se interpretasen por los tribunales de forma más amplia y coherente, el Estado no estaría vulnerando el artículo 4.⁴⁸³

No obstante, en la sentencia *C.N. c. Reino Unido* el TEDH arroja luz sobre la cuestión. En ese caso el demandante adujo que la falta de un delito específico que tipificase la conducta prohibida por el artículo 4 tuvo el efecto de hacer que la investigación fuese ineficaz.⁴⁸⁴ Como respuesta, el gobierno de Reino Unido indicó que el artículo 4 no exigía la promulgación de un delito en concreto y que existían otros delitos aplicables en caso de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, como la trata de personas, secuestro o los delitos contra los derechos de los trabajadores.⁴⁸⁵ El TEDH, no obstante, no aceptó este razonamiento y sostuvo que aplicación de dichos delitos resultaba inadecuada para garantizar en la práctica y de forma efectiva la protección frente los abusos descritos en el artículo 4. El motivo, según el Tribunal, era que en lugar de permitir a las autoridades la investigación y condena por el sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, las limitaba a la investigación y condena de delitos que a menudo -pero no necesariamente- los acompañan. Esto tenía el efecto de que las víctimas de dicho tratamiento que no lo fueran de alguno de los delitos relacionados, no obtendrían una reparación adecuada.⁴⁸⁶

A estos argumentos expuestos por el Tribunal se puede añadir otros: primero, que otra calificación puede menoscabar la gravedad de los abusos,⁴⁸⁷ puesto que no es posible representarse adecuadamente la esencia y la gravedad de los abusos si se denominan de otra forma, como por ejemplo, si una situación

⁴⁸³ Idea también sostenida por: STOYANOVA, V., op. cit. p. 338-340

⁴⁸⁴ *C.N. c. Reino Unido*, párr. 47. Más concretamente, indicaba que no estaba dirigida a determinar si había habido o no un tratamiento contrario al artículo 4, por lo que no podía resultar en persecución.

⁴⁸⁵ *Ibid*, párr. 56.

⁴⁸⁶ *Ibid*, párr. 76

⁴⁸⁷ Argumento que también se esgrime sobre la cuestión de si los estados deben tipificar un delito específico de tortura a luz de las obligaciones derivadas de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Inhumanos y Degradantes. El comité contra la tortura ha sugerido que la ausencia de un delito específico en el ordenamiento penal nacional probablemente desemboque en el establecimiento de penas que no sean acordes con la gravedad de los hechos. Cfr. MARCHESI, A., “Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal law”, *Journal of International Criminal Justice*, No. 6, 2008, pp. 195, 214.

de esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos se considera coacción ordinaria. Y en segundo lugar, la calificación del hecho ilícito debe corresponderse con el estigma de la pena, que refleje los juicios morales de la población en relación a la conducta.⁴⁸⁸

3. Obligación de interpretación acorde a los estándares establecidos por el TEDH.

Aclarado que es necesaria la tipificación expresa del delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos para el correcto cumplimiento de las obligaciones positivas derivadas del artículo 4, es importante realizar una última precisión: la interpretación, además, debe cumplir unos estándares mínimos. Esta cuestión de si los Estados deben interpretar los delitos de una determinada manera fue abordada en la sentencia *M.C. v. Bulgaria*⁴⁸⁹ respecto a la definición del delito de violación. La legislación búlgara definía la violación de forma muy similar al resto de Estados. El problema, no obstante, radicó en la interpretación de la misma por las autoridades nacionales, concretamente en relación a los términos de violencia o intimidación.⁴⁹⁰ En la práctica se exigía resistencia por parte de la víctima para considerar que había habido violación, puesto que de la ausencia de resistencia las autoridades búlgaras no inferían la falta de consentimiento. Por ello, el TEDH concluyó que Bulgaria no había cumplido sus obligaciones positivas de “establecer y aplicar efectivamente un sistema de Derecho Penal que castigue todas las formas de violación y abuso sexual”,⁴⁹¹ puesto que los artículos 3 y 8 de la Convención “requieren la criminalización y persecución efectiva de cualquier acto no consentido de naturaleza sexual, incluso ante la ausencia de resistencia física por parte de la víctima.⁴⁹² Lo relevante era la ausencia de consentimiento, no la ausencia de resistencia física.

De esto se deduce que el TEDH no prescribe cómo deben interpretarse exactamente los delitos siempre que dichas definiciones tengan el efecto de

⁴⁸⁸ Principio que se conoce como “fair labelling”, vid. CHALMERS, J., LEVERICK, F., “Fair Labelling in Criminal Law”, *Modern Law Review*, No. 71, Issue 2, 2008, p. 217.

⁴⁸⁹ *M.C. c. Bulgaria*, 2003

⁴⁹⁰ *Ibid*, párr. 171

⁴⁹¹ *Ibid*, párr. 185.

⁴⁹² *Ibid*, párr. 166.

asegurar una investigación, persecución y condena efectiva, y contengan los caracteres esenciales de la conducta descrita en el artículo de la Convención. Esto no se produce, por ejemplo, si las definiciones son ambiguas y están abiertas a diferentes interpretaciones de un tribunal a otro. Por ejemplo, la incorporación de elementos de derecho internacional sin clarificación o adaptación a elementos conocidos del ordenamiento jurídico penal nacional puede menoscabar también la implantación de un marco regulador adecuado y efectivo para la protección frente a los abusos.

IV. Conclusiones

El objetivo de este trabajo era analizar en qué medida el concepto de obligaciones positivas desarrollado por la jurisprudencia el TEDH podía suponer una obligación de tipificación expresa en el Derecho Penal de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos, para cumplir adecuadamente con las obligaciones derivadas del artículo 4 del CEDH.

Para ello, en primer lugar examinamos el concepto de obligaciones positivas y su relevancia en el contexto de las vulneraciones de derechos humanos. Las obligaciones positivas son una herramienta del DIDH desarrollada en la jurisprudencia del TEDH (basándose en el artículo 1 del Convenio y en los principios de efectividad y la doctrina del CEDH como un “instrumento viviente”) para exigir responsabilidad a los Estados cuando el abuso se produce por un actor privado cuya conducta no puede atribuirse al Estado. Las obligaciones positivas exigen no solo la abstención de realizar la conducta prohibida, sino que imponen un mandato al Estado de realizar una serie de acciones para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos establecidos por la convención. El TEDH, aunque ha rechazado elaborar una teoría general sobre las obligaciones positivas, las ha desarrollado especialmente en relación a los artículos 2, 3 y 8 del CEDH. De esta jurisprudencia se pueden extraer ciertas reglas comunes aplicables al artículo 4, que el Tribunal ha sistematizado en dos tipos: sustantivas y procedimentales.

Dentro de las obligaciones positivas sustantivas se encuentra el desarrollo de un marco regulador efectivo que tenga carácter disuasorio. Esta exigencia

planteaba varias cuestiones: en primer lugar, ¿este marco regulador debe tener naturaleza penal?; en segundo lugar, si esto era así, ¿tiene que tipificarse expresamente un delito específico o basta con que sus aspectos esenciales se castiguen en otros tipos penales?; y por último, ¿el tipo debe interpretarse de acuerdo con los estándares establecidos por el TEDH?

De la jurisprudencia del TEDH, especialmente en *Siliadin, C.N. y V. c. Francia* y *C.N. c. Reino Unido*, se pueden extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, que es necesario recurrir al derecho penal por su efecto disuasorio y por ser una manera efectiva de asegurar los derechos del Convenio. En segundo lugar, que debe tipificarse expresamente como un delito independiente cuando se trate de la protección de valores básicos en las sociedades democráticas (como es el caso del artículo 4). Los principales argumentos aportados por el Tribunal para apoyar esta afirmación son: (i) que la ausencia de un tipo específico fomenta la ambigüedad en la interpretación por los tribunales y por tanto el menoscabo de la víctima; y (ii) que el hecho de que no exista un tipo específico dificulta la investigación porque las autoridades encargadas, en lugar de centrarse en los elementos básicos del delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, se centran en investigar y encontrar pruebas de otros delitos que pueden –aunque no necesariamente– acompañar dicho delito.

Por tanto, el cumplimiento adecuado de la obligación sustantiva derivada del artículo 4 de implantar un marco normativo eficaz implica: en primer lugar, el recurso necesario al derecho penal para asegurar la protección de los individuos; en segundo lugar, la tipificación expresa de la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados; y por último, la salvaguarda de los caracteres esenciales de la conducta del artículo 4 que permitan una investigación, persecución y condena efectiva.

En definitiva, con este trabajo no se pretendía elaborar una teoría general sobre obligaciones positivas aplicables a todos los casos, sino un marco de referencia con el que evaluar la adecuación y el grado de cumplimiento por los Estados de las obligaciones positivas que emanan del artículo 4 CEDH, con el

objetivo de continuar aportando al proceso de clarificación conceptual jurídica y lucha contra la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso.

V. Bibliografía seleccionada

AKANDIJ-KOMBE, J. (2007), *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing.

ASHWORTH, A. (2013), *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing.

BANTEKAS, I., OETTE, L. (2015), *International Human Rights. Law and Practice*, Cambridge University Press, Reino Unido.

BREMS, E., HAECK, Y. (eds.), *Human Rights and Civil Rights in the 21st Century*, Springer, 2014.

CHALMERS, J., LEVERICK, F., "Fair Labelling in Criminal Law", *Modern Law Review*, No. 71, Issue 2, 2008.

CHEVALIER-WATTS, J., "Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?", *European Journal of International Law*, No. 21, Issue 3, 2010

CLAPHAM, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

DANNER, A., MARTÍNEZ, J., "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law", *California Law Review*, No. 93, 2005.

DÍEZ DE VELASCO, M. (2013), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid.

DOAK, J., *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice: Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, 2008

EMMERSON, B., ASSWORTH, A., McDONALD, A. (2012), *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet & Maxwell.

FREEDMAN, S. (2008), *Human Rights Transformed*, Oxford University Press, Reino Unido.

HAKIMI, M, "State Bystander Responsibility", *The European Journal of International Law*, No. 21, Issue 2, 2012.

LETSAS, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Reino Unido, 2007.

MARCHESI, A., "Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal law", *Journal of International Criminal Justice*, No. 6, 2008.

MOWBRAY, A. (2004), *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oregon.

- "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, No. 5, Issue 1, 2005.
- "Duties of Investigation under the European Convention on Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, No. 51, 2002

ROBINSON, D. (2008), "The Identity Crises of International Criminal Law", *Leiden Journal of International Law*, No. 21, Issue 4.

STARMER, K. (2001), "Positive Obligations under the Convention" en JOWELL, J. y COOPER, J. (eds.), *Understanding Human Rights Principles*, Hart Publishing, 2001, p. 139; Fredman S., *Human Rights Transformed*, Oxford University Press.

STOYANOVA, V. (2017), *Slavery and Human Trafficking Reconsidered*, Cambridge University Press, Reino Unido.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.), *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Corrupción Política parlamentaria en el Perú

Erick Guimaray & Bertha Prado

Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

La presente comunicación tiene como objetivo explicar el fenómeno de la corrupción política tomando como referencia cuatro hechos que calzarían como supuestos de corrupción al interior del Congreso de la República del Perú (legislaturas 2016/2017 y 2017/2018). El primer apartado constituye una aproximación conceptual a la corrupción política, desde la Criminología, así como desde el Derecho Penal; de ahí que se desarrollen las categorías de “delito de cuello blanco” y “delito ocupacional” como marcos interpretativos para abordar los hechos descritos en el apartado segundo. Asimismo, se aborda la relación de este fenómeno con la Constitución como norma rectora del Estado peruano y el ejercicio de la actividad política. Finalmente, el tercer apartado contiene una breve lista de recomendaciones político criminales específicas orientadas a prevenir y controlar el fenómeno de la corrupción política en el ámbito parlamentario peruano.

1. Corrupción política

No existe un concepto unívoco de corrupción, este depende en muchas ocasiones de la intención de cada observador (De la Mata Barranco, 2016: p.4). Por ejemplo, no es preciso el factor político para hablar de corrupción pública, aunque la corrupción política es la más preocupante (Vásquez, 2007: p.208). Sin embargo, desde un plano sociológico, hablar de corrupción es, sobre todo, hablar de corrupción política (Terradillos, 2017: p.2). Por lo demás, la complejidad del concepto debe ir aparejada de la maleabilidad político criminal, cuando de respuestas a concretas aristas del fenómeno delictivo se trate.

La corrupción pública puede definirse, *tout court*, como el abuso o aprovechamiento del poder público en beneficio privado, es decir, desviación ilícita del interés público legalmente determinado (Terradillos, 2016: p.148). Si se parte del paradigmático ejemplo de corrupción que cita a un funcionario y a un particular interesado, podría trazarse una correspondencia entre la modalidad del abuso, propia del funcionario, y la modalidad del aprovechamiento, propia del particular. Sin embargo, cuestiones empíricas -y semánticas- impiden mantener este *match*. La extralimitación de facultades en beneficio propio (abuso) o la compra de una parcela del funcionamiento de la Administración (aprovechamiento) entrelazan sus contenidos para dar sentido a un único injusto de corrupción.

Tal como se acaba de apuntar, de las distintas tipologías de corrupción, es más frecuente la que incluye una relación directa entre un particular -sociedad civil- y un funcionario público (Peces Barba, 1996: p.20). Y frecuente también es la casuística que muestra el fin lucrativo - o requisito de un beneficio económico privado o extraposicional (Rabotnikof, 1999: p.31)- directo en las conductas de corrupción pública (Magadán y Rivas, 1999: p.20), por ejemplo, el caso *Lava Jato* en el Perú o la trama *Gürtel*, en España. Es decir, la consecución de una ventaja patrimonial a manos de un particular corruptor aparejada al mal uso del poder público (Terradillos, 2017: p.2) sería una característica imprescindible de la corrupción (De la Mata Barranco, 2016: pp.4, 6). Sin embargo, en el ámbito de la corrupción política, las variantes suelen ser más complejas. Esto es, el *pay back* inmediato no lo es tanto, como sí el mayor poder político redituable *ex post*, como requisito indispensable de la decisión criminal.

Es decir, el rédito económico no es el único fin de un comportamiento de corrupción (Artavia, 2008: p.16). En el ámbito de corrupción política, a manos de políticos, elpreciado objetivo normalmente es la adquisición de mayor poder político (Philp, 2002: p.32), y es que, a partir de él, los dividendos no tardarán en llegar, pues a mayor poder de decisión o de influencia, mayor será el precio del servicio ilícito o del favor ofertado a los interesados.

Desafortunadamente, estos espacios de corrupción pueden perderse, a primera vista, en el panorama de la discrecionalidad o de la minusvalorada falta ética de personajes políticos. De forma tal, que reales conductas de corrupción terminan normalizándose, definiendo el perfil del político como alguien “(...) corrupto, astuto o virtuosamente maquiavélico (...)” (Vásquez, 2007: p.209). Otra forma de ignorar los predios de la corrupción política es denunciar la instrumentalización del Derecho Penal para solventar problemas políticos. Y aunque es sana la prevalencia del principio de *ultima ratio* del DP, ello no debe confundirse con desjudicialización de la corrupción política (Terradillos, 2017: p.11).

Por tanto, es vital separar contenidos, y advertir, desde la objetividad de la norma, cuándo una verdadera conducta de corrupción es eclipsada -a los ojos de la ciudadanía y del órgano de control- por interpretaciones políticas y antojadizas para lograr impunidad. Solo así es posible aproximarnos con eficiencia a una salida político criminal.

1.1. Constitución, Política y Organización Política

El Derecho penal guarece bienes jurídicos: intereses sociales que permiten -principalmente- el desarrollo y la participación libre de las personas en sociedad (Mir Puig, 1982: p.30). Y en esta medida, el ordenamiento penal es servil a la Constitución (Terradillos, 2010: p.21), lo que no significa que todos los valores consagrados en ella deban tener su correspondiente sección de protección en el CP, sino que el modelo de organización social que el DP protege debe ser, por fuerza, el mismo que proclama la Constitución. Y en lo que respecta a la importancia de la participación política, el modelo es claro en su definición, con lo cual, claro es también el deber del Derecho penal de interceder.

El reconocimiento del interés social de la participación política de los ciudadanos está recogido en el art. 2.17 de la Constitución del Perú (=Const.), donde se estipula que toda persona tiene derecho a participar en la vida política de la nación y, además, puede elegir, ser elegida y revocar a sus autoridades (art. 31 Const.). Luego, la Carta Magna peruana menciona que los peruanos podemos

ejercer nuestro derecho de forma individual o a través de una organización política, de esas que concurren a la manifestación y voluntad popular (art. 35 Const.).

Sin embargo, participar en la vida política de un país, no es lo mismo que ejercer el poder político. Los mecanismos sociales de acceso y ejercicio son distintos, como lo son los conceptos que los legitiman. El ejercicio efectivo del poder político debería entenderse desde criterios de representatividad, voto informado, preparación técnica del político, idoneidad ética, etc. La participación política no necesariamente precisa de estas acotaciones. Y de otro lado, nadie - por idóneo que sea- puede ganar unas elecciones parlamentarias, presidenciales o de gobierno local, regional o municipal, sin una plataforma política que lo respalde, una organización política. Con lo cual, el mérito no es suficiente, y a partir de allí, las cosas pueden tergiversarse lo suficiente como para explicar conductas de corrupción política. Pero también para explicar por qué en algunos casos, los mejores no superan el umbral de la simple "participación política".

Desde un enfoque general, política y poder público son conceptos que se presuponen, lo político es todo aquello que pretende el poder público: es la conducta de los gobernantes para sostener el poder público o de los particulares, para obtener ese poder (Ríos Elizondo, 1975: p.50). Y es que la política tiene que ver con el poder (Rodríguez Fontenla, 2017: p.14).

Del otro lado, con la alocución "poderes públicos" no se hace referencia sino a los propios poderes del Estado, el judicial, el ejecutivo y el legislativo, y a todas las formas de organización gubernamental que interactúan con ellos (De Toledo y Ubieto, 2008: p. 1014). En lo que concierne al poder legislativo, la carrera para conseguir un escaño o las acciones para mantenerse en él son parte del quehacer político; y en tal medida, analizar sus contornos y expresiones servirá para identificar posibles flancos de criminalidad, especialmente de corrupción.

Los congresistas son elegidos por un proceso electoral (art. 90 Const.) - igual que el presidente (art. 111 Const.), con lo cual, comparten la legitimidad democrática de sus cargos. Los parlamentarios no están sujetos a mandato imperativo y no pueden ser interpelados. Tampoco son responsables ante

autoridad competente (por ejemplo, un juez penal) por sus opiniones, no se les puede juzgar por los votos que emiten en el ejercicio de sus funciones y para ser procesados, debe existir una autorización previa del mismo Congreso -salvo delito flagrante- (art. 93 Const.).⁴⁹³

Sin ánimo de apartar las bondades de un sistema político de este tipo, es posible identificar en su diseño, algunos factores criminógenos de corrupción: i) Ausencia de mecanismos de rendición de cuentas a la labor parlamentaria; ii) instrumentalización del ejercicio de la actividad política por parte del partido político que goza de mayoría en el Parlamento; y iii) exiguos requisitos para ser elegido como Congresista de la República.

El ejercicio del poder público por parte de los congresistas, a pesar de su poca rigurosidad de *accountability* político, no puede retraerse del orden penal, pues en él no se valoran los pesos y medidas del cálculo político, por mucho que se compartan principios y deberes infringidos (Vives Antón y Cobo del Rosal, 1980: p.35). Es decir, poco o nada importa la finalidad o el razonamiento político del acto de corrupción, si fue “por el bien del país”, si fue parte de las “funciones propias de apoyo a la bancada parlamentaria” o si es “parte del contrapeso político”. Eufemismos que muchas veces logran ocultar el verdadero desvalor penal de una conducta aparentemente “política”.

1.2 Apuntes criminológicos: Delito de cuello blanco y delito ocupacional

Existen diferentes marcos interpretativos que tienen como propósito explicar desde un punto de vista criminológico el fenómeno de la corrupción. Uno de los más conocidos surge a partir del concepto de “delito de cuello blanco”, postulado por el Edwin H. Sutherland (1949). Según el autor, estos delitos harían referencia a aquellas conductas criminales cometidas por sujetos pertenecientes a un estatus socioeconómico alto y con una gran respetabilidad social. Dichas conductas se caracterizarían por ser realizadas en contextos empresariales, por implicar un abuso de confianza delegada, y por generar daños

⁴⁹³ Arts. 16 y 17 del Reglamento del Congreso de la República del Perú.

económicos y sociales de un impacto mayor que los ocasionados por la delincuencia tradicional. Al respecto, destacan, sobre todo, las consecuencias de carácter colectivo generado a la sociedad en términos de confianza en las instituciones políticas cuando es un funcionario público el que comete dichos abusos.

Ahora bien, esta propuesta teórica no ha estado exenta de críticas. Al respecto, se destacan cinco tipos de críticas que distintos autores han realizado en relación con imprecisiones i) empíricas, ii) conceptuales, iii) metodológicas, iv) jurídicas, y v) políticas (Burgos, 2015; Edelhertz, 1983; Friedrichs, 2002; Simpson, 2013).

Precisamente, es a partir de la discusión generada por las críticas mencionadas que surge el concepto de delito ocupacional. En un primer momento, esta nueva categoría explicativa fue propuesta por Clinard y Quinney (1973) como una de las modalidades más puras del delito de cuello blanco. Posteriormente, su definición fue ampliada por Green (1990) que utilizaba dicha categoría para referirse a aquellas conductas criminales realizadas por un sujeto a partir de la oportunidad que surgía al ocupar una profesión determinada. En ese sentido, esta propuesta teórica hace énfasis en la función y en el margen de actuación que brinda las características del cargo que ostenta el sujeto que comete el delito. Por otro lado, Shapiro (1990) llama la atención sobre la necesidad de enfocar los delitos de cuello blanco como aquellas conductas que implican un acto de abuso de confianza en el marco del ejercicio de su cargo, independientemente de la clase social a la que pertenezca el sujeto que comete el delito (p. 358).

1.3 Conductas delictivas de corrupción política

La corrupción política pervive en cualquier modelo o régimen político, es una cuestión universal (Rabotnikof, 1999: p.38). Esto es, el fenómeno jurídico social se presenta tanto en regímenes dictatoriales, como en democráticos (Vásquez, 2007: p.207). Y como forma de corrupción pública, el cohecho y el tráfico de influencias, le son aplicables sin más (De la Mata Barranco, 2016: pp.7-

8). Es decir, siempre y en todos los casos, el rédito político será objeto del delito de cohecho, así como la promesa (y confianza) de intercesión para proteger intereses espurios vía el poder político, serán las características principales de la ejecución de esta categoría criminal. Del mismo modo, el secretismo de estas conductas (Rabotnikof, 1999: p.30), aunque no sea requisito de tipicidad, se camufla en atribuciones discrecionales o en modelos de *accountability* poco eficientes. No obstante, por muy precisas que sean las cualidades de esta forma de criminalidad, una previsión legislativa *ad hoc* no solucionaría el problema (De la Mata Barranco, 2016: p.20), desde que las reglas penales de corrupción pública le son aplicables.

Los delitos de corrupción política son expresiones de corrupción pública, que se distinguen porque intervienen personas que acceden al poder de la Administración a través de elecciones o designación, de la mano de partidos políticos (De la Mata Barranco, 2016: p.9). La nota del involucramiento de un partido político define con mayor precisión esta categoría criminal: “La corrupción es un problema del ejercicio político (...) La mala política puede ser vista como una manifestación genérica de la corrupción dada en los constantes abusos de poder, en el avasallamiento de los sistemas de contrapesos institucionales, en el favorecimiento de los intereses de determinadas facciones y en el resquebrajamiento de los sistemas legítimos de generación de consenso” (Baigún y Biscay, 2006: p. 16). Así, se dirá que la corrupción política es “(...) el hecho ilícito realizado por un representante del pueblo elegido por sufragio universal, o vinculado a un partido político, quien en virtud de su posición actúa bien para beneficio personal, bien para otra persona relacionada (o no)” (Jiménez, 2013: p.24).

Sin embargo, una definición tan amplia que encuentre corrupción en el juego político mezquino e ignorante no es del todo aceptada en doctrina. Por ejemplo, no habrá corrupción política si no media una oferta económica de un tercero (De la Mata Barranco, 2016: pp.10, 13), pero sí expresión de una falta ética de carácter política. En doctrina se denomina “corrupción política pura” (Terradillos, 2017: p.3) a las conductas desleales de las reglas de juego político (como la representatividad), mas no de las normas penales. Por ejemplo, no es lo

mismo el transfuguismo, que el uso de la facultad legiferante para solventar el financiamiento de un proyecto de infraestructura corrupto (sobrevalorado e inservible) a cambio de una suma de dinero. Esto último es prueba de lo que Terradillos califica como la lesividad específica de la corrupción política: "(...) dañosidad para con los derechos e intereses de las mayorías significativas, damnificadas por la asignación perversa de los recursos a la satisfacción de intereses particulares" (Terradillos, 2017: p.8).

Es cierto que no todo acto de deslealtad política debe configurar *prima facie* un delito de corrupción. Pero también es cierto que en muchas ocasiones la valoración política de muchas conductas solapa el verdadero desvalor penal que subyace en ellas. Por ejemplo, cuando los integrantes de una comisión investigadora del Congreso omiten investigar a su líder político, pero no respecto de los de la oposición, ¿configuran el delito de omisión de funciones regulado en el art. 377 del CP? La tipicidad apuntada castiga al funcionario que ilegalmente (favoritismo político) omite realizar sus funciones (investigar a todos los involucrados en un evento criminal, en igualdad de valoraciones) propias del cargo. Con lo cual, la brecha entre el poco ético juego político de intereses y una conducta de corrupción se acortará dependiendo de hacia qué lado de la balanza pongamos más peso.

Nos obstante la difícil tesitura, está fuera de discusión el hecho de que la valoración jurídico penal de corrupción política tendrá que descansar sobre hechos donde justamente se haya ejercido el poder político (De la Mata Barranco, 2016: pp.11, 13). La red de narcotráfico en la que participa un político no será parte del juicio por sus conductas dentro del parlamento, por ejemplo.

Finalmente, la corrupción política es una de las modalidades delictivas con efectos más nocivos, respecto del ejercicio de derechos fundamentales, de las Instituciones en un Estado constitucional de derecho y de las desigualdades sociales (Mannozi, 2011, p.453). Es decir, este tipo de corrupción es la que deslegitima en mayor medida la democracia de un país (Acale, 2015: p.11). La captación de espacios vitales de la Administración hace que la ciudadanía pierda confianza en las Instituciones, pues en el peor de los escenarios, el imperio de ley

sucumbe ante la efectividad del tráfico de influencias, de forma tal que la confianza intragrupos [organización política] será muy alta, como también la corrupción y el sistema de redes extraoficiales de privilegios (Laso, 2010: pp. 106-108).

2. La gran corrupción política en el Congreso de la República del Perú

2.1 Supuestos de corrupción política

A continuación, se citarán algunos casos de interés nacional que involucran la actuación del Congreso de la República. De ellos se extraerán preliminares anotaciones acerca de presuntos ribetes de abuso o aprovechamiento del poder público, que descansan en el ejercicio político. No todos serán de índole penal necesariamente, pero sí constatarían, con distintas gradaciones, los riesgos y espacios criminógenos para la ejecución de hipotéticas conductas de corrupción política, identificados en el contexto peruano parlamentario durante las legislaturas 2016/2017 y 2017/2018.

Hecho 1: "Amenaza legislativa".

En mayo de 2018 un sector de la prensa peruana cuestionó la compra de televisores y frigobares a cargo del Congreso de la República. La crítica versó sobre las prioridades del gasto público, pero, además, por la cercanía entre la fecha de adquisición y la inauguración del Mundial de Fútbol Rusia 2018⁴⁹⁴. Del mismo modo, se cuestionó la compra de rosas para el despacho del entonces presidente del Congreso y de su Vicepresidencia⁴⁹⁵.

Cuando el ex presidente del Congreso fue consultado por las compras mencionadas, explicó las mismas y agregó "(...) vamos a aprobar una ley para que saquen la publicidad de algunos medios 'mermeleros", en alusión a los

⁴⁹⁴ Vid. <https://goo.gl/H48WeJ>

⁴⁹⁵ Vid. <https://goo.gl/qaCQbD>

medios de comunicación que, en su lógica, se prestarían a intereses mezquinos que querrían desacreditar la actuación del Congreso.

Al margen de si la suspicacia del expresidente tenía fundamentos o no, lo cierto es que el día 15 de junio de 2018 se publicó la Ley N° 30793, que en su art. 3 prohíbe la publicidad estatal en medios privados. La votación parlamentaria tuvo un resultado de 70 contra 35, y del número victorioso, 58 votos fueron del partido político del ex presidente del Congreso.

Hecho 2: “Compra de computadoras”

En diciembre de 2016, un medio de comunicación escrita denunciaba la compra de 980 computadoras por un valor de 5 millones de soles, por orden del Congreso. La denuncia radicó, principalmente, en la capacidad financiera y mercantil del proveedor de dicha compra, una empresa con escasa participación financiera y con domicilio social en una de las zonas más pobres del norte del Perú. Así mismo, se llamó la atención sobre la fecha de la orden de compra: horas antes de que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado emitiera nuevas reglas de contratación, poniendo nuevos topes de gasto sin licitación y requiriendo una sustentación técnica del proveedor elegido. Así, supuestamente, el Congreso (su mesa directiva) habría aprovechado la vigencia de los antiguos requerimientos y habría contratado con una compañía fantasma⁴⁹⁶. Estas aparentes irregularidades también fueron detectadas por la Contraloría General de la República (Oficina de Control Interno del Congreso), en el extremo de que la necesidad de 980 equipos de computación no estaba justificada⁴⁹⁷.

Estos hechos fueron materia de acusación contra la ex presidenta del Congreso de ese entonces, ante la Comisión de Ética del Congreso, que archivó, finalmente, la denuncia,⁴⁹⁸ por no haber mérito suficiente. No obstante, este resultado, el Congreso canceló y anuló la compra de las computadoras⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Sobre la denuncia periodística, Vid. <https://goo.gl/eQb4n2>

⁴⁹⁷ <https://goo.gl/aCHNBN>

⁴⁹⁸ <https://goo.gl/P478CF>.

⁴⁹⁹ <https://goo.gl/WHpJzE>.

Hecho 3: "Información falsa en hoja de vida"

La Comisión de Ética del Congreso de la República del Perú, con fecha 24 de julio de 2018, resolvió lo siguiente: "DECLARAR FUNDADA, las denuncias seguidas contra la congresista Yesenia Ponce Villarreal De Vargas, al haberle solicitado al señor (...) realizar el depósito bancario por S/. 10000 (diez mil soles) (...) por haberle favorecido con la expedición de documentos y certificados de estudios falsos que acreditan que ha estudiado (...) el 4to y 5to de secundaria en los años 1995 y 1996 y haber realizado declaraciones falsas a su favor ante la COMISIÓN (...) y por haber enviado regalos al Congresista Juan Carlos Gonzáles Ardiles (Presidente de la Comisión de Ética) y a un trabajador de su despacho (...) días previos a que se debatiría una denuncia de archivamiento en su contra (...) "⁵⁰⁰.

Es decir, la Comisión de Ética determinó que una congresista en ejercicio vulneró principios tales como honestidad, veracidad e integridad del funcionario público, al haber sobornado a un particular para que comparta su coartada de haber terminado los estudios secundarios y así librarse de las investigaciones pertinentes. Y por dicha conducta, el Congreso recomendó se sancione a la implica con la suspensión en el ejercicio del cargo y descuento de haberes por 120 días de legislatura. Además de remitir lo actuado al Ministerio Público para que proceda de acuerdo a sus facultades⁵⁰¹.

Hecho 4: "Patrocinio desde el poder político"

Entre los años 2016 y 2017 un congresista de la república habría presionado, mediante el envío de oficios a autoridades avocadas al tema, desde su posición como presidente de la Comisión de Fiscalización del Congreso, a instancias judiciales, la resolución de un conflicto jurídico en el que participaba

⁵⁰⁰ Comisión de Ética Parlamentaria 2016-2018. Informe Final N° 13. Expedientes Acumulados N° 079-2016-2018/CEP-CR y 086-2016-2018/CEP-CR, p. 63.

⁵⁰¹ *Ibíd.*, p.64.

una compañía allegada al parlamentario.⁵⁰² La Comisión de Ética archivó la denuncia contra el parlamentario.

Del mismo modo, en diciembre de 2016, otro congresista solicitó a la Policía Nacional del Perú el destacamento de agentes y vehículos para custodiar la seguridad de funcionarios públicos que asistirían a la inauguración de un restaurante, de su propiedad.⁵⁰³ En agosto de 2017, y aunque el implicado anuló el pedido, la Comisión de Ética recomendó la suspensión del congresista por el lapso de 60 días⁵⁰⁴.

Sin ser necesaria la discusión de los parámetros políticos de análisis de la Comisión de Ética del parlamento, sí es preciso recordar que, por mucha gestión política, el problema no deja de ser jurídico, y en este caso, de índole penal. Es decir, subyacen (en caso se prueben las conductas a nivel judicial) en ambos casos delitos de corrupción. Respecto de la intromisión del congresista, el delito de patrocinio ilegal (art. 385 CP) y respecto del pedido de custodio, el delito de peculado (art. 388 CP)⁵⁰⁵.

2.2 Análisis

En los hechos descritos en el apartado anterior es posible identificar determinados patrones y características que resultan de interés criminológico y político criminal. En primer lugar, el abuso de confianza a través del ejercicio de la actividad parlamentaria. Esta disfunción se observa en los hechos expuestos a través de dos modalidades: i) la instrumentalización de la actividad política como mecanismo de represalias frente a la difusión de hechos aparentemente constitutivos de conductas corruptas; y ii) el aprovechamiento de prerrogativas de la actividad parlamentaria para realizar compras fraudulentas, como el no tener que justificar dichos gastos mientras no superen un determinado monto económico.

⁵⁰² Vid. <https://goo.gl/NSxX6B>; <https://goo.gl/pBRRFY>

⁵⁰³ Vid. <https://goo.gl/G2MGxi>

⁵⁰⁴ Vid. <https://goo.gl/2R5jiN>

⁵⁰⁵ Lamentablemente, no es este el momento ni el espacio para fundamentar esta tipificación.

En segundo lugar, la aplicación selectiva del control político a la actividad parlamentaria, en función de la variable “partido político”. Así, cuando el autor de la conducta materia de investigación es miembro del grupo parlamentario mayoritario, se advierte el predominio de la variable política sobre la relevancia penal de los hechos cometidos, y, en sentido inverso en caso de que el congresista investigado pertenezca al partido de la oposición.

En tercer lugar, la existencia de una deficiente arquitectura institucional y normativa en materia de mecanismos de control e investigación parlamentaria imparciales. Los pronunciamientos contradictorios de la Comisión de Ética Parlamentaria sobre hechos similares ponen de manifiesto los espacios de riesgo para la manipulación política del diseño organizacional y reglamentario adoptado por el legislador peruano. De esta forma, el amplio margen de discrecionalidad del órgano de control mencionado forma parte de un andamiaje normativo que garantiza la impunidad a aquellos congresistas con influencia y relaciones determinadas con los integrantes de la misma y, a su vez, generan un incentivo perverso para la comisión de conductas que implican el aprovechamiento y/o instrumentalización de la actividad parlamentaria.

3. Consideraciones finales: Propuestas político-criminales

Tanto a nivel nacional como internacional en la doctrina se ensayan recurrentes medidas orientadas a la prevención, control, investigación y sanción de la corrupción: mayor preparación y dotación de instrumentos para los profesionales que participan en las investigaciones de corrupción, regulación extra penal (tipificación del delito de financiamiento ilegal de partidos políticos), certeza de la pena (elemento vital para los procesos penales) (De la Mata Barranco, 2016: pp.22-23), mayor transparencia, menor discrecionalidad, reducción de burocracia (Núñez Vargas, 2017: p.21), coordinación entre distintos canales de control administrativo y judicial o protocolos de cooperación internacional (por ejemplo, para capturar a los corruptos fugados), independencia y lealtad institucional de funcionarios, control político de la ciudadanía y de oficinas administrativas, menor interferencia del poder ejecutivo

sobre el poder judicial y los fiscales, acabar con la estrategia conocida como “puerta giratoria” (Terradillos, 2017: pp. 12-17), entre otras importantes soluciones. Sin embargo, descrito el fenómeno criminal, a continuación se plantean algunas propuestas de soluciones reducidas en magnitud y temática.

En primer lugar, el diseño de mecanismos de rendición de cuentas, a nivel intraparlamentario, más rigurosos, aplicable a la actividad parlamentaria de los congresistas. Específicamente, aquellas que hagan incidencia en el voto parlamentario, a fin de que esta forma de ejercicio del poder político no sea instrumentalizado a cambio de beneficios personales o partidarios.

En segundo lugar, se recomienda reforzar la imparcialidad de la Comisión de Ética Parlamentaria, órgano encargado de velar por la salvaguarda de la transparencia y la probidad en el ejercicio de la labor parlamentaria a cargo de los congresistas de la República. Concretamente, se pretende fortalecer su capacidad de fiscalización y control hacia los parlamentarios, así como el diseño de medidas orientadas a neutralizar posibles supuestos de conflictos intereses entre los miembros de la Comisión y el congresista investigado.

Finalmente, incentivar iniciativas de auditoría social por parte de la sociedad civil, con énfasis en los medios de comunicación, con el propósito de detectar y alertar sobre supuestos de aplicación selectiva del control parlamentario en casos de corrupción.

Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. (2016). “El Derecho penal, corrupción pública y corrupción privada”. (244-254) *El Derecho Penal en tiempos de cambio. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*. Arnel Meida (Coord.). La Habana: UNIJURA.

ACALE SÁNCHEZ, María. (2015). “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal Español”. (11-53). *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*. Milano: Università degli Studi di Milano.

ARTAVIA ARAYA, Fernando. (2008). "Decisiones públicas, beneficios privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción". *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica*. N° 119. 13-26.

BAIGÚN, David, y BISCAY, Pedro. (2006). "Actución preventva de los organismos estatles y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica". (14-65). *Delincuencia económica y corrupción*. David Baigún y Nicolás García (Dirs.). Buenos Aires: Ediar.

BURGOS, Álvaro. (2015). "Cuello Blanco y Delito". *Revista de Ciencias Jurídicas*. N° 138. 57-88.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto. (2016). "La lucha contra la corrupción política". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 1. 1-25. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5356754>. Fecha de consulta: 30-agosto-2018.

DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio. (2008). "Poderes públicos y corrupción (Delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos y alcance de la noción jurídico-penal de corrupción)". (1009-1032). *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Francisco Muñoz Conde (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch.

FERRAJOLI, Luigi. (1996). "El Estado Constitucional del Derecho Hoy. El Modelo y su Divergencia de la Realidad". (15-29). *Corrupción y Estado de Derecho en el papel de la Jurisdicción*. Perfecto Andrés Ibáñez (Ed.). Madrid: Trotta.

FRIEDRICHS, David. (2002). "Occupational Crime, Occupational Deviance and Workplace Crime" *Criminal Justica*. Vol. 2. N° 3, 243-256.

GARDINER, Jhon. (1993). "Defining Corruption". (21-38). *Coping with Corruption in a Borderless Worid*. Maurice Punch, Emile Kolthoff, Kees van der Vijver y Bram van Vliet (Eds.). Boston: Kluwer & Gouda.

GREEN, Gary. (1990). *Occupational Crime*. Chicago: Nelson-Hall Publishers.

JIMÉNEZ, Juan Luis. (2013). "Corrupción local en España". *Cuadernos Económico de ICE*. N° 85. 23-41. http://www.revistasice.com/CachePDF/CICE_85_23-42_FC1504182C7B46420689C4A9B3BC48AF.pdf. Fecha de consulta: 10-mayo-2018.

LASO, Esteban. (2010). "La confianza como encrucijada: cultura, desarrollo y corrupción". *Athenea Digital*. N° 17. 97-117. Disponible en: <http://atheneadigital.net/article/view/n17-laso/654-pdf-es>. Fecha de consulta: 30-agosto-2018.

LÓPEZ-REY, MANUEL. (1983). *Criminalidad y Abuso de Poder*. Madrid: Tecnos.

MAGADÁN DÍAZ, Marta y RIVAS GARCÍA, Jesús. (1999). *Corrupción y Fraude. Economía de la Transgresión*. Madrid: Dykinson.

MIR PUIG, Santiago. (1982). *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derechos*. Barcelona: Bosch.

NÚÑEZ VARGAS, Eduardo. (2017). "Estado, ciudadanía y lucha contra la corrupción: respuestas contemporáneas en América Latina". (17-30). *Poder ciudadano: corrupción y transparencia*. Informe 2016/2017. Alejandro Katz (ed.). Buenos Aires: Eudeba.

PECES BARBA, Gregorio. (1996). (19-28). "La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil". *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología. N°9. Bilbao: Universidad del Deusto.

PHILP, Mark. (2002). "Conceptualizing Political Corruption". (27-43) *Political Corruption Concepts & Contexts*. Arnold S. Heidenheimer and Michel Johnston (Eds.). New Jersey: Transaction Publishers.

RABOTNIKOF, Nora. (1999). "Corrupción Política. Definiciones técnicas y sentidos sedimentados". *Isonomia*. N° 10. 25-39.

RÍOS ELIZONDO, Roberto. (1975). *El Acto de Gobierno. El poder y el derecho administrativo*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.

RODRÍGUEZ FONTENLA, E. R. (2017). *Concepto de política*. La Coruña: Servizo de Publicacións e Intercambio Científico da USC.

SHAPIRO, Susan. (1990). "Collaring the crime, not the criminal: Reconsidering the concept of White-Collar Crime". *American Sociological Review* Vol. 55. N. 3 346-365.

SIMPSON, Sally (2013). "White-Collar crime: A review of recent developments and promising directions for future". *Annual Review of Sociology* Vol. 39. 309-331.

SUTHERLAND, Edwin (1949). *White Collar Crime*. New York: Holt, Rinehart & Winston.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. (2017). "Corrupción Política: Consideraciones Político Criminales". *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. Vol. 1. 1-37. Disponible en: <https://www.ejc-reeps.com/Juan%20Terradillos%20corrupcion%20politica%20REEPS.pdf>. Fecha de consulta: 28-agosto-2018.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. (2016). "Mercado y Administración Pública / Criminalidad Económica y Corrupción Política". (144-176). *El Derecho Penal en tiempos de cambio. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*. Arnel Meida (Coord.). La Habana: UNIJURA.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. (2010). *Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho Penal*, Lima: ARA.

VÁSQUEZ, Rodolfo. (2007). "Corrupción Política y responsabilidad de los servidores públicos". *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 30. 205-216.

VIVES ANTÓN, T.S y COBO DEL ROSAL, M. (1980). *Derecho Penal. Parte General I*. Valencia: Universidad de Valencia.

La importancia de la reflexión sobre el castigo en la asignatura de Derecho Penal

Laura Pascual Matellán

Doctora en Derecho Penal

Universidad de Salamanca

En cuanto a los individuos de inclinaciones perversas que la sociedad actual nos legue, deber nuestro será impedir que se desarrollen sus malos instintos. Y si no lo conseguimos, el correctivo honrado y práctico será siempre el trato fraternal, el sostén moral, que encontrarán de parte de todos, la libertad. Esto no es utopía; esto se hace ya con individuos aislados, y esto se tornará práctica general. Y tales medios serán más poderosos que todos los códigos, que todo el actual sistema de castigos, esa fuente siempre fecunda de nuevos actos antisociales, de nuevos crímenes.

Piotr Kropotkin

1. Introducción

Hace tiempo leí un ensayo de Siri Hustvedt sobre arte y ciencia. Esta autora es, desde mi punto de vista, una de las grandes intelectuales vivas que hoy en día escriben sus obras en los Estados Unidos, a pesar de haber estado siempre en los márgenes por el sexismo inherente a la consideración de que cualquier mérito propio le corresponde a su marido, el novelista Paul Auster. Pues bien, a través de mis lecturas de Siri Hustvedt descubrí una anécdota que hasta el momento desconocía y que tiene que ver con el físico (y también escritor) inglés Charles Percy Snow. Fue en el año 1959 cuando este investigador impartió una conferencia en la Senate House de la Universidad de Cambridge con el título “Las dos culturas” en la que criticaba con cierta tristeza el muro que solía separar a los físicos de los literatos, puesto que gran parte de los científicos (excepciones siempre las podemos encontrar en cualquier caso) carecía de bagaje literario,

entiéndase esto por ausencia de lecturas, no de escritos⁵⁰⁶. La mayoría, comentaba Snow, conocía alguna novela de Charles Dickens, hecho no especialmente meritorio, pues su literatura estaba lo suficientemente difundida como para no reparar en ella. En realidad, lo que este científico defendía en su intervención era que desgraciadamente los físicos no leían porque ellos hacían ciencia y cuestiones que necesitan de una sensibilidad especial, como el acercamiento a la lectura, no parecían despertarles demasiado interés. Tal vez porque en cierto sentido consideraban que no tenían tiempo suficiente para dedicarlo a cuestiones de una «importancia menor», como era dejar que alguien a través de las páginas de un libro les contara una historia. El mismo Snow constituye la excepción a su propia crítica porque él no sólo leía, también escribía, aunque la excepción siempre ha sido un asunto que se encuentra en manos de las minorías. Lo cierto es que lo que contó en esa conferencia no era algo nuevo y tampoco suponía buenas noticias para la ciencia que indirectamente había decidido prescindir del calor que la literatura puede darle al frío del academicismo. Este hecho me servirá de analogía en el inicio de la crítica que quiero realizar a la forma en la que se enfoca la investigación y especialmente la docencia de la asignatura Derecho Penal en España (sea ésta en su parte general o en su parte especial) desde que falleció en 1919 el último de los correccionalistas españoles, el penalista Pedro Dorado Montero⁵⁰⁷.

2. De la importancia de pensar el derecho penal

Una conocida locución latina (*sapere aude*) nos anima a que nos atrevamos a saber o a pensar, según la interpretación del traductor⁵⁰⁸; pero sobre todo

⁵⁰⁶Siri Hustvedt: *La mujer que mira a los hombres que miran a las mujeres. Ensayos sobre feminismo, arte y ciencia*, Seix Barral, Barcelona, 2017, pp. 7-8.

⁵⁰⁷Laura Pascual Matellán: “Pedro Dorado Montero. Un pensador heterodoxo”, *Azafea. Revista de Filosofía*, núm. 20, Salamanca, 2018. (En prensa).

⁵⁰⁸Esta locución adquirió especial relevancia gracias a Kant, que se refirió a ella en su escrito *¿Qué es la Ilustración?* Ese «atrévete a pensar» implica atreverse a ser mayor de edad, a ser ilustrado. “Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. Uno mismo es culpable de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la guía del de algún otro. ¡Sapere aude! ¡Ten valor de servirte de tu propio

resulta especialmente interesante que dediquemos tiempo a pensar sobre lo que ya sabemos y, por la parte que nos toca como profesores, investigadores y alumnos de Derecho Penal, lo más importante sería empezar a reflexionar sobre la finalidad de la pena y sobre el castigo. Afirma Luigi Ferrajoli en su célebre obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* que el problema principal de la filosofía del derecho es la justificación de la imposición de una pena, pero hay que entender esta idea de pena como castigo. Es decir, se deduce de lo expuesto por Ferrajoli que está asumiendo una noción de pena en el sentido retributivo del término, de ahí su consideración de que el problema más clásico de la filosofía jurídica sea fundamentar el ejercicio de la violencia frente a un sector concreto de la ciudadanía: el de los delincuentes⁵⁰⁹. No estoy tan segura de que sea el problema principal de esta disciplina⁵¹⁰, pero sí debería ser uno de los fundamentales, obviamente después de haber resuelto el de la justificación del Derecho y el de intentar establecer una definición de delito⁵¹¹. Este último es el que nos interesa especialmente a los penalistas como punto de partida porque sólo desde una definición de delito podremos intentar reflexionar sobre sus consecuencias jurídicas: las penas y las medidas de seguridad. Aunque, claro está, para poder llegar a este punto, previamente tendríamos que haber manifestado nuestro rechazo al abolicionismo, entendiendo por éste la posición que defiende la supresión del derecho penal por razones consecuencialistas⁵¹², éticas o políticas⁵¹³. En otras palabras, para comenzar a teorizar sobre la pena o,

entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración." Immanuel Kant: *¿Qué es la Ilustración?: y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, p. 83.

⁵⁰⁹Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2006, p. 247.

⁵¹⁰A este respecto sería necesario realizar una matización: la justificación del castigo es el problema principal de la filosofía del derecho penal, pero no de la filosofía del derecho.

⁵¹¹"Lograr una definición es algo hermoso, pero suele ser difícil. Los juristas buscan todavía la del concepto de derecho." Immanuel Kant: *Crítica de la Razón Pura*, Alfabeta, Madrid, 1977, p. 586.

⁵¹²Que las ventajas de su eliminación sean superiores a los costes de su existencia: limitación de la libre capacidad de obrar, sometimiento a juicio de todos los imputados por un delito y castigo de aquéllos cuya actuación encaje con un tipo penal.

⁵¹³El abolicionismo encontró entre sus más ilustres defensores a los teóricos del anarquismo clásico, quienes se posicionaron en contra del derecho positivo en general, de ahí que el filósofo del derecho Benjamín Rivaya los califique de iusnaturalistas radicales. Benjamín Rivaya García: *Filosofía anarquista del Derecho. Un estudio de la idea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 181 y ss. y Benjamín Rivaya García: "Anarquismo y Derecho", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, 2001, pp. 96 y ss. No obstante, cabe señalar que de esta definición de abolicionismo excluyo a los pensadores que denomino abolicionistas punitivos, éstos son los que proponen abolir una idea de pena como castigo y sustituirla por un tratamiento correccional o resocializador. A este grupo de tratadistas se refiere Ferrajoli con el término sustitucionistas; sin embargo, yo me siento más

al menos, a repensarla, debemos señalar por qué nos ubicamos dentro del justificacionismo; lo que equivale a decir que se deben explicar los motivos por los cuales el derecho penal es irrenunciable, a pesar de tener unos costes altísimos que la ciudadanía en general (no sólo la inclinada a la comisión de delitos) asume. Esto implicaría realizar una exposición de los motivos morales y sociales que nos llevan a sostener esta postura.

Por tanto, lo que hay que tener claro antes de investigar o enseñar Derecho Penal es que éste constituye una práctica social con gran incidencia en los derechos y en las libertades de los individuos que implica la necesidad de filosofar sobre él. Todo ello abre espacio para que nos planteemos cuestiones como si hay razones para su existencia, qué fin perseguimos con la imposición de una pena, si debemos corregir o si debemos castigar, si ambas posiciones son compatibles o excluyentes, cuáles son los motivos por los que deberíamos castigar, qué razones justificarían una corrección, cuáles son las raíces de la delincuencia, de qué definición de delito tenemos que partir o si puede funcionar legítimamente el derecho penal en una sociedad injusta, entre otras⁵¹⁴. En mi

cómoda con la denominación de abolicionistas punitivos. Luigi Ferrajoli: *op. cit.*, p. 248; Francisco Giner de los Ríos y Alfredo Calderón: *Principios de Derecho Natural*, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, Madrid, s. a. [1875], p. 113; José Antón Oneca: “La teoría de la pena en los correccionalistas españoles”, en AA.VV: *Estudios jurídico-sociales: homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, vol. II, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1960; Pedro Dorado Montero: *Problemas de derecho penal*, Tomo Primero, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1895, pp. 183-184; Pedro Dorado Montero: *Bases para un nuevo derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 200; y Carlos David Augusto Röder: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho Penal*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1876, p. 200. En cualquier caso y a pesar de que sus teorías no tienen encaje en el abolicionismo puro al que estoy aludiendo, en ellas se realiza una apología de la supresión del castigo. No debemos olvidar que, al fin y al cabo, el castigo es la base sobre la que desde sus inicios y hasta la actualidad se sostiene el derecho penal. Todo ello, pese a que varios países recogen hoy en día en sus textos constitucionales la resocialización del recluso como finalidad de la pena. No obstante, en ninguno de estos casos la finalidad rehabilitadora de la pena es única y exclusiva, sino que esta rehabilitación viene acompañada de su correspondiente sanción, sanción que puede entenderse como castigo (retribución) o como inocuización (incapacitación del delincuente).

⁵¹⁴Marcelo Ferrante: “Filosofía del Derecho Penal”, en Jorge Luis Fabra Zamora y Ezequiel Spector (eds.): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2015, p. 2087; David Dolinko y John Deigh (eds.): *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011; David Dolinko: “«Using persons» and the justification of punishment”, *The Internet Journal of Rutgers School of Law*, vol. 38, 2010-2011, pp. 112-118; Antony Duff y Stuart Green (eds.): *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011; Michael Moore: *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1993; Pedro Dorado Montero: “Sobre el valor de la ley como única

opinión, estas preguntas deberíamos formularlas en primer lugar como investigadores para después ser capaz de plasmarlas durante el ejercicio de nuestra labor docente e invitar al alumnado a pensar por sí mismo, fomentándose así su capacidad crítica. Es de sobra conocido que por la configuración de los planes de estudio del grado en Derecho (y anteriormente de licenciatura), así como por la metodología utilizada en la enseñanza de las distintas ramas del ordenamiento jurídico, lo que se ha venido primando es el aprendizaje memorístico (prueba de ello son los numerosos exámenes orales y escritos de carácter exclusivamente teórico y dirigidos a desarrollar apartados concretos del temario) que forma a un alumnado que sabe Derecho, pero que no ha pensado el Derecho⁵¹⁵. Las oposiciones para acceder a la judicatura son también un ejemplo de la prioridad que se le está dando a la memoria frente al entendimiento. Los lazos entre la Filosofía y el Derecho eran estrechos durante el s. XIX, a pesar de que las facultades de Derecho se caracterizaban, ya por aquel entonces, por ser fuertemente legalistas. Con el tiempo, los nexos entre ambas disciplinas se han ido perdiendo, dando paso a un positivismo jurídico «incuestionable» que ahora ocupa el único interés en la enseñanza de las disciplinas jurídicas⁵¹⁶.

3. El abismo que separa al Derecho Penal de la Filosofía. La enseñanza del Derecho como adhesión a las estructuras de poder y de dominación⁵¹⁷

Existe un relato legendario, muy comentado entre los juristas que pensamos que el Derecho tiene que ser un elemento de resistencia de los más

fuerza de derecho en materia penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 41, núm. 82, 1893; Pedro Dorado Montero: *De Criminología y Penología*, Viuda de Rodríguez Serra, Madrid, 1903; Pedro Dorado Montero: “Educación correccional”, *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Tomo XXIX, Madrid, 1905; Concepción Arenal: *Obras completas de Concepción Arenal. Tomo 5. Estudios Penitenciarios, Volumen 1*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895 y Concepción Arenal: *Obras completas de Concepción Arenal. Tomo 6. Estudios Penitenciarios, Volumen 2*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895.

⁵¹⁵A pesar de que algunos exámenes tienen también una parte práctica, ésta se limita al correcto uso de las «reglas del juego»; es decir, de la distinta legislación vigente. A esto yo lo denomino «pensar sobre lo ya pensado», sobre lo establecido e impuesto, que es lo «irrefutable».

⁵¹⁶No obstante, existen excepciones a esta dinámica pedagógica; pero, como he dicho anteriormente, la excepción es excepción por ser un asunto de minorías.

⁵¹⁷Siempre, pero más en este caso concreto, debo hacer constar que la redacción obedece a mi interpretación personal de las enseñanzas jurídicas en general y del Derecho Penal en particular. Para ello, me he basado en la práctica docente que caracteriza a esta disciplina.

débiles y no la voluntad racionalizada de los vencedores (tal y como, insisto, se viene enseñando normalmente en las facultades de Derecho), que cuenta la historia de un molinero prusiano al que Federico el Grande de Prusia le derribó su molino porque esta construcción estropeaba la vista que tenía desde su palacio de las afueras de Berlín. El molinero, lejos de conformarse con la disposición del monarca, decidió denunciarlo ante los tribunales de justicia por haber derribado su molino. Sorprendentemente estos tribunales le dieron la razón al humilde molinero y condenaron al rey al Prusia a reconstruir el molino y a indemnizar al molinero. Sobre el desenlace de este hecho existen dos versiones. La primera alude a que cuando Federico el Grande conoció la sentencia, en lugar de enfadarse, exclamó: “Veo, con alborozo, que todavía quedan jueces en Berlín”. La segunda versión es la que le atribuye la anterior afirmación al molinero y no al rey. Sea como fuere, esta cita es utilizada por todos los que defendemos una visión alternativa del Derecho, pues representa un alegato a favor de la independencia judicial frente al ímpetu arrollador de los poderosos y los grandes.

La historia del molinero prusiano, sin embargo, no constituye el enfoque sobre el que se suele enseñar el Derecho en las facultades españolas. Tal vez porque el uso alternativo del Derecho o la visión alternativa del Derecho⁵¹⁸ no cuenta con suficientes adeptos entre los juristas de este país.

⁵¹⁸El uso alternativo del Derecho (iusalternativismo) tuvo especial importancia en los años 70 del pasado siglo y su defensa ha sido considerada una de las críticas más fuertes y mejor fundamentadas que desde el marxismo se realizaron al positivismo jurídico. En términos generales, y sin querer pecar de reduccionista, conviene señalar que el derecho positivo se caracteriza por estar libre de cualquier consideración de carácter moral, ideológico o político. La validez del derecho positivo se encuentra en el propio derecho positivo. El insigne teórico del positivismo jurídico Hans Kelsen, autor de la reconocida obra *Teoría pura del Derecho*, consideró al Derecho como un fenómeno autónomo del que se excluía cualquier otro tipo de consideración. Además, defendió que el objeto de la ciencia del Derecho eran las normas, lo que equivale a decir que el objeto del mismo no se encuentra en el «ser», sino en el «deber ser». Desde el denominado uso alternativo del Derecho se visibiliza el conjunto de contradicciones que se encuentran en el interior del sistema jurídico debido a las relaciones antagónicas existentes entre los distintos estratos sociales cuyo origen radica en la supremacía de una clase social sobre otra. Este estado de las cosas generaría fisuras y lagunas en el sistema jurídico o, al menos, nos ayudaría a explicar la existencia de muchas de ellas. Por tanto, teniendo en cuenta esta consideración, lo que defienden los teóricos favorables a un uso alternativo del Derecho es la necesidad de pensar qué normas son las que se adecúan a los intereses de las personas que pertenecen a los estratos más desfavorecidos de la sociedad. No obstante, en relación con esta interpretación realizada por los defensores del uso alternativo del Derecho, cabe destacar que para los positivistas el Derecho es

Mayoritariamente las enseñanzas de Derecho Penal han partido de la idea de que el Derecho es fundamentalmente ciencia, procedimiento y forma, una idea que, incluso en los periodos de acercamiento entre la Filosofía y el Derecho, se siguió manteniendo. Esta forma de entender el Derecho dejaba constancia el interés por el orden y la seguridad jurídica, enseñando al alumnado que eso era el Derecho, eso era la justicia y eso era lo que interesaba mantener. De ahí que el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca Pedro Dorado Montero viera necesaria la introducción de estudios de Filosofía en todas las carreras universitarias; pero especialmente en la de Derecho porque los alumnos estaban siendo formados en el positivismo normativista y en la sumisión a las estructuras de poder y de dominación. Sus clases de Derecho Penal se dirigirían a la formación de juristas críticos, capaces de cuestionarse las leyes, las sentencias e incluso de subvertir el sistema⁵¹⁹. No cabe duda de que eran otros tiempos y, a pesar de que el objetivo de generar en el alumnado un pensamiento crítico no estaba conseguido, la filosofía del derecho penal estaba presente, en mayor o menor medida, en las aportaciones de los penalistas de la época. Tanto es así que el eco del correccionalismo doradiano ha llegado hasta nuestros días, dejando constancia de ello el artículo 25.2 de la constitución española, que reconoce formalmente la resocialización del delincuente como finalidad de la pena.

El actual escenario docente e investigador en materia penal excluye, en términos generales, una reflexión filosófica del derecho penal. Ni siquiera el tema

algo completo, caracterizado por su coherencia y carente de fisuras. En estos términos, un positivista jurídico lo que busca es la coherencia del sistema jurídico, resolver las antinomias y eliminar vacíos. En cambio, un partidario del uso alternativo del Derecho considera que el sistema jurídico es un sistema abierto, con lagunas y vaguedades que son fruto de las contradicciones generadas en el ámbito social, en el político y en el económico. En esta última forma de entender el Derecho me encuentro yo, fundamentalmente por el carácter clasista que tiene el derecho penal, un tipo de derecho que en más de una ocasión ha sido definido como una gran red que sirve para atrapar a los peces pequeños y dejar escapar a los peces grandes, fruto, como puede evidenciarse, de la desigualdad económica que hoy en día sigue existiendo. Para más información sobre estas cuestiones puede consultarse: Norberto Bobbio: *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1994; Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 2005; Nicolás María López Calera, Modesto Saavedra López y Perfecto Andrés Ibáñez: *Sobre el uso alternativo del derecho*, Fernando Torres editor, Valencia, 1978; y José María Laso Prieto: "Sobre el uso alternativo del Derecho", *El Basilisco*, núm. 2, mayo-junio, 1978, pp. 107-109.

⁵¹⁹Para más información sobre el pensamiento pedagógico de Dorado Montero puede consultarse Pedro Dorado Montero: "Fundamentos racionales de la libertad de enseñanza", *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Tomo XIV, núm. 312, núm. 313, núm. 314, 1890.

de la teorización sobre el castigo parece ser interés de investigación, ni mucho menos de docencia, en el ámbito de otra disciplina: la Filosofía Jurídica. Sin embargo, existen algunos autores cuyas voces sí plantean reflexiones filosóficas sobre las penas y particularmente sobre el castigo. Aunque la mayoría de ellos se muestra favorable a la justificación de un derecho penal de mano dura, como es el caso del derecho penal del enemigo desarrollado por el teórico alemán *Günther Jakobs*⁵²⁰, *de los anhelos retribucionistas de Michael Moore*⁵²¹ o *las teorías penitenciales de Antony Duff*. *Afortunadamente también encontramos perspectivas más amables, como la teoría del garantismo penal impulsada por Ferrajoli. En mi opinión, se echarían en falta otras miradas que deberían poner en el centro la rehabilitación del delincuente; pues considero que, sólo desde posiciones cuyo centro sea la prevención especial positiva, se puede buscar un equilibrio entre el derecho penal y los derechos humanos. La resocialización de los delincuentes sería a este respecto la única «no pena» justa para una sociedad injusta. Los huecos, cada vez más numerosos y profundos, que ha dejado la ausencia de pensamiento penal han dado paso a posicionamientos de carácter*

⁵²⁰ En España la filosofía del castigo sobre la que más se ha escrito y debatido (junto al garantismo penal de Ferrajoli) ha sido el derecho penal del enemigo de Jakobs. Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts: *Persona y enemigo: teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Ara, Lima 2011; Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá: *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2006; Nieves Sanz Mulas: “De las libertades de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs”, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012; Eduardo Demetrio Crespo: “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, en Fernando Pérez Álvarez (coord.): *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004; Francisco Muñoz Conde: “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, en Fernando Pérez Álvarez (ed.): *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007; Guillermo Portilla Contreras: “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Guillermo Portilla Contreras (coord.): *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía-Akal, Madrid, 2005; y Francisco Muñoz Conde: “Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo”, *Revista penal*, núm. 26, julio, 2010.

⁵²¹El retribucionismo es la defensa de la imposición de un «castigo justo » o «justo castigo» regulado por la legislación penal imperante. Desde esta posición filosófico-penal se fundamenta el castigo en el merecimiento, lo que equivaldría a decir que una persona es castigada porque se lo merece y se lo merece en la medida en que es castigada. Para considerar válida la imposición del un castigo, las condiciones fijadas por el derecho positivo deberán ser acordes a los juicios correctos del merecimiento. En el retribucionismo adquiere un papel importante la idea de responsabilidad penal, una responsabilidad que nos lleva a plantearnos cuestiones relativas a la responsabilidad moral. Éste es fundamentalmente el punto de interés de la obra de Michael Moore, que intenta establecer y defender puentes entre las condiciones necesarias para la existencia de responsabilidad penal y las discusiones filosóficas con las que se corresponden esas condiciones.

reaccionario en los actuales enfoques doctrinales que, por su escasez, adquieren un gran protagonismo.

En definitiva, tal y como están las cosas, debemos hacer el esfuerzo de empezar a pensar el derecho penal, verlo en toda su dimensión y con todas sus aristas. Si nos dedicamos únicamente a investigar y a enseñar dogmática y derecho positivo, podemos caer en el error de asumir este derecho penal, vulnerador en exceso de derechos y libertades, como la única verdad posible.

4. Hacia un aprendizaje crítico del Derecho Penal

Por todo lo expuesto, resulta necesario que el alumnado que asiste a clases de Derecho Penal aprenda esta disciplina de forma crítica. El código penal se ha ido modificando sucesivamente desde su entrada en vigor en 1995. Todas las reformas a las que ha sido sometido nos muestran lo difícil que comienza a hacerse la compatibilidad entre esta codificación y el artículo 25 del texto constitucional. El endurecimiento progresivo de las penas, la introducción de la prisión permanente revisable, el relajamiento de las garantías son sólo ejemplos que nos muestran cómo la rehabilitación del condenado está en las antípodas de las intenciones reales del legislador. Sobre esto debe detenerse el estudiante de Derecho Penal y el docente deberá enseñarle no sólo a reflexionar y a cuestionarse la incoherencia entre los fines de la pena establecidos y el derecho positivo vigente, sino a replantearse, desde una posición crítica, cuál debe ser el enfoque del derecho penal. Esto es, si debemos adecuar el derecho penal a la finalidad resocializadora de la pena o si debemos realizar cambios en el texto constitucional y adaptarlo a la línea seguida por el legislador penal (un derecho penal del enemigo despiadado que parece haber llegado a un punto de no retorno). En definitiva, juntos debemos preguntarnos cuál es el derecho penal que mejor se adecúa a nuestra realidad, que mejor resuelve los problemas de la criminalidad española y cómo lo podemos encajar en un Estado de Derecho.

Las nuevas o viejas, según como se interprete, filosofías penales están adquiriendo mucha fuerza en los últimos tiempos. El derecho penal del enemigo y el auge del retribucionismo liberal que encuentra en el merecimiento la

fundamentación no sólo de la graduación de la pena, sino de su imposición, hacen del derecho penal un sistema matemático ajeno a la política criminal. En este sentido, considero errada la exclusión de la política criminal del estudio de la pena; pues ésta resulta imprescindible, ya que el problema de la criminalidad es algo mucho más profundo que lo que reflejan estas teorías del castigo y va mucho más allá de una cuestión meramente matemática⁵²². En suma, todo tipo de argumentación que se realice a favor de estas filosofías penales (ajenas a la rehabilitación de los delincuentes y defensoras del castigo merecido) o de las favorables a la resocialización y a un cambio en la política social que pueda evitar la comisión del primer delito y de la reincidencia (redistribución justa de la riqueza, medidas contra la subalternidad, límites y frenos a la competitividad⁵²³, entre otras) deben hacerse desde la filosofía. No se puede pensar sin filosofía. El Derecho, concebido como un todo cerrado, si es pensado únicamente desde los mecanismos que el propio Derecho establece, nos llevaría a realizar una visión sesgada, por no utilizar calificativos peores, de las distintas problemáticas sociales que inciden en la tasa de delincuencia. Ésta es la razón que me lleva a defender que docentes, investigadores y estudiantes de Derecho Penal tienen que atreverse a reflexionar y ello pasa necesariamente por la incorporación de la filosofía a nuestro bagaje intelectual y académico.

5. Conclusiones

Inicié este texto aludiendo a cómo los físicos, tal y como criticó Charles Percy Snow, habían decidido prescindir de la literatura a pesar de la belleza y de la sensibilidad que ésta, me parece a mí, le podrían haber legado a la física. Los penalistas, en cambio, se han olvidado de la filosofía a pesar de que sólo a través de ella se puede abordar de forma crítica y fundamentada el grave problema de la criminalidad. Ésta es la analogía que desde el principio quise realizar.

⁵²²Debe ser tenida en cuenta porque los que nos dedicamos al estudio de estas cuestiones sabemos que la mejor política criminal es una buena política social. Para ahondar sobre ello puede consultarse Nieves Sanz Mulas: *Política criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2017 y Laura Zúñiga Rodríguez: *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

⁵²³Se considera desde diversos sectores de la criminología crítica que la competitividad inherente a nuestra sociedad influye a la hora de cometer determinados delitos, genera delincuencia.

El castigo siempre había sido objeto de preocupación y reflexión jurídica y filosófica⁵²⁴ porque castigar a alguien, privarlo de lo que se podría denominar una «vida digna de ser vivida» es realmente aterrador. Precisamente por ser aterrador no deberían realizarse modificaciones populistas en la codificación penal⁵²⁵, ya que éstas tienen una gran incidencia en todos aquéllos que las sufrirán. El aumento de penas por el rédito electoral que esto implica está llevando a numerosas personas a encierros (hasta perpetuos) en las cárceles españolas. En cierto sentido, se está mandando el mensaje de que cualquier castigo es poca cosa, que es algo banal y no equiparable al daño producido. Desde esta perspectiva, quitándole al castigo todas sus implicaciones, es fácil que nos justifiquemos a nosotros mismos un derecho penal de mano dura porque, entendemos, que esta mano nunca será lo suficientemente dura.

Hace unos años conocí un caso que me llevó a cuestionarme aún más la imposición de penas duras, a apostar por el abolicionismo punitivo y a realizar una apología del pensamiento penal con el objetivo de no volver a cometer los errores del pasado, errores que no fueron otra cosa que un continuo espectáculo de crueldades en nombre del derecho penal. En una residencia de ancianos de Gerona vivía una mujer que sufría demencia en un estado avanzado (no sabía quién era, no reconocía a sus hijos...) y que tenía la costumbre de que en cuanto veía unas tijeras las utilizaba para cortarse el pelo a mechones. No hablaba, no gritaba, no reía, apenas comía, pero se cortaba el pelo siempre que encontraba unas tijeras. La causa de este comportamiento la encontramos en su niñez, cuando finalizada la guerra civil española, pero en el mismo año 1939, su padre fue asesinado por rojo. En cambio, a ella y a su madre no les esperaba un destino mucho más amable. Les raparon la cabeza, las desnudaron y les hicieron beber cantidades ingentes de aceite de ricino para provocarles fuertes diarreas. De esta forma las sacaron a la plaza del pueblo para que, haciéndose sus necesidades encima, desnudas y sin pelo, dieran vueltas alrededor de la iglesia. Este castigo, evidentemente, no era un castigo legalizado, no se encontraba recogido en una codificación penal. Era el castigo que los falangistas les imponían a las mujeres

⁵²⁴Ahora lo sigue siendo; en cambio, no lo para los penalistas españoles o no lo suficiente.

⁵²⁵Este fenómeno es conocido como populismo punitivo.

de los republicanos para humillarlas y lo hacían impunemente. No fueron perseguidos por ello. Hoy en día, esa mujer, incapaz de reconocer a sus seres queridos, incapaz de pronunciar una palabra, busca unas tijeras con las que cortarse el pelo porque esos terribles momentos vividos supusieron un daño y un trauma tan fuerte que generó una herida que ni una demencia ha conseguido ocultar. Con esto quiero decir que no subestimemos la importancia del castigo. Nunca se sabe hasta qué lugar del alma humana puede llegar su influencia. Por eso necesitamos urgentemente empezar a pensar en él.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANTÓN ONECA, J., "La teoría de la pena en los correccionalistas españoles", en AA.VV., *Estudios jurídico-sociales: homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, vol. II, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1960.
- ARENAL, C., *Obras completas de Concepción Arenal. Tomo 5. Estudios Penitenciarios, Volumen 1*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895.
- ARENAL, C., *Obras completas de Concepción Arenal. Tomo 6. Estudios Penitenciarios, Volumen 2*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895.
- BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1994.
- DEMETRIO CRESPO, E., "Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»", en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- DOLINKO, D., "«Using persons» and the justification of punishment", *The Internet Journal of Rutgers School of Law*, vol. 38, 2010-2011.
- DOLINKO, D. y DEIGH, J. (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- DORADO MONTERO, P., "Fundamentos racionales de la libertad de enseñanza", *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Tomo XIV, núm. 312, núm. 313, núm. 314, 1890.

- DORADO MONTERO, P., "Sobre el valor de la ley como única fuente de derecho en materia penal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 41, núm. 82, 1893.
- DORADO MONTERO, P., *Problemas de derecho penal*, Tomo Primero, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1895.
- DORADO MONTERO, P., *De Criminología y Penología*, Viuda de Rodríguez Serra, Madrid, 1903.
- DORADO MONTERO, P., "Educación correccional", *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Tomo XXIX, Madrid, 1905.
- DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973.
- DUFF, A. y GREEN, S. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2006.
- FERRANTE, M., "Filosofía del Derecho Penal", en FABRA ZAMORA, J.L. y SPECTOR, E. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2015.
- GINER DE LOS RÍOS, F. y CALDERÓN, A., *Principios de Derecho Natural*, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, Madrid, s. a. [1875].
- HUSTVEDT, S., *La mujer que mira a los hombres que miran a las mujeres. Ensayos sobre feminismo, arte y ciencia*, Seix Barral, Barcelona, 2017.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- JAKOBS, G. y POLAINO-ORTS, M., *Persona y enemigo: teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Ara, Lima, 2011.
- KANT, I., *Crítica de la Razón Pura*, Alfagura, Madrid, 1977.

- KANT, I., *¿Qué es la Ilustración?: y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 2005.
- LASO PRIETO, J. M., "Sobre el uso alternativo del Derecho", *El Basilisco*, núm. 2, mayo-junio, 1978.
- LÓPEZ CALERA, N. M., SAAVEDRA LÓPEZ, M., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Sobre el uso alternativo del derecho*, Fernando Torres editor, Valencia, 1978.
- MOORE, M., *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1993.
- MUÑOZ CONDE, F., "De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»", en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.
- MUÑOZ CONDE, F., "Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo", *Revista penal*, núm. 26, julio, 2010.
- PASCUAL MATELLÁN, L., "Pedro Dorado Montero. Un pensador heterodoxo", *Azafea. Revista de Filosofía*, núm. 20, Salamanca, 2018. [En prensa].
- PORTILLA CONTRERAS, G., "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía-Akal, Madrid, 2005.
- RIVAYA GARCÍA, B., "Anarquismo y Derecho", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, 2001.
- RIVAYA GARCÍA, B., *Filosofía anarquista del Derecho. Un estudio de la idea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho Penal*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1876.

SANZ MULAS, N., "De las libertades de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs",
Revista de Ciencia Penal y Criminología, núm. 14, 2012.

SANZ MULAS, N., *Política criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2017.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el deporte: cuestiones fundamentales

Manuel Rodríguez Monserrat

Doctorando en la Universidad de Cádiz

Aixa Gálvez

Doctora Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

En un contexto globalizado la empresa ha pasado a ser el objeto de análisis en el ámbito jurídico. Un estudio del centro Max Plank sacó a la luz que el 80% de los delitos económico se realizaban a través de empresas⁵²⁶. La organización del trabajo en organigramas de distribución vertical y la especialización crean un manto de opacidad, que proporciona al delincuente en potencia un plus en la criminalidad, generándole oportunidades adicionales para cometer un delito. Las nuevas formas de criminalidad han dado lugar a nuevas categorías doctrinales. En el ámbito empresarial se habla de *delincuencia de cuello blanco*⁵²⁷ caracterizada por personas con un elevado nivel de capacidades y formación. Se trata de individuos que ostentan un alto *status* social, a los que se les vincula con el afán *del lucro por el lucro*. Sujetos ambiciosos, con ansias de poder y reconocimiento social, con la tendencia a deformar las reglas de la ética con tal de obtener sus objetivos. Para muestra un botón. Sandro Rosell, diplomado en ciencias empresarias, con una MBA, empresario, y expresidente del C.F.

⁵²⁶ MOLINA, B. "Ocho de cada diez delitos económicos los cometen personas jurídicas". *El diario.es*, 12 de marzo de 2015: https://www.eldiario.es/tenerifeahora/tribunales/delitos-economicos-cometen-personas-juridicas_0_365714670.html

⁵²⁷ La denominación proviene del estatus social que caracteriza al cuello impoluto de la camisa: los altos estamentos sociales, vinculados a elevados niveles económicos, a diferencia del cuello azul relacionado con la clase trabajadora. No debe confundirse con la delincuencia organizada.

Barcelona, se encuentra en prisión por turbulentos negocios⁵²⁸. El deporte y concretamente el fútbol se han convertido en un contexto dónde se puede desarrollar la delincuencia *de cuello blanco*. Su poder de atracción se debe a diversos factores:

1) Reconocimiento, notoriedad y credibilidad. El deporte en general y el fútbol en particular tienen un gran impacto en la sociedad. Vincularse a un club puede generar lazos de confianza en una sociedad dónde el fútbol es el deporte rey por excelencia.

2) Presión social: La influencia de los clubes y de sus jugadores complica las investigaciones y los juicios que se convierten en verdaderos circos mediáticos seguidos por miles de personas que no dejan de mostrar su apoyo ante sus ídolos aunque sean en toda regla auténticos delincuentes. LÓPEZ-ANGULO afirma que (...) *El desenvolvimiento de la vida cotidiana incluso parece girar bajo las manecillas de un reloj que a cada minuto señala algún evento deportivo en cualquier lugar del mundo, ya accesible on line a través de los mass media (...)*⁵²⁹.

3) La rentabilidad: El fútbol genera mucho dinero. Veinte clubes de fútbol europeos generaron 5400 millones de euros. Sin olvidar que en el año 2011 existía una deuda de 675 millones de euros⁵³⁰. La alta rentabilidad se ha visto cuestionada por la deficiente administración de los clubes de fútbol, que ha provocado que muchos de ellos pasaran por el concurso de acreedores y que en el seno de los mismos se desarrollasen actividades delictivas. Destacan el caso del C.F. Barcelona⁵³¹, las pitadas al himno español, el caso de Ángel María

⁵²⁸ MUNDO DEPORTIVO.COM “La relación de Qatar con el mundo del fútbol”. *Mundo Deportivo*, 6 de Julio de 2017: <http://www.mundodeportivo.com/futbol/fc-barcelona/20170706/423925095938/qatar-barca-futbol-guardiola-xavi-bayern-psg-rosell-zidane.html>

⁵²⁹ LÓPEZ-ANGULO RUIZ, B. La intervención del derecho penal en el deporte. Casuística acaecida en el fútbol. En JIMÉNEZ SOTO, I., PÉREZ-SERRABONA GOZÁLEZ, J.L. *Los retos del deporte profesional y profesionalizado en la sociedad actual*. Reus, Madrid, 2017, p. 352.

⁵³⁰ MAQUEDA, A. “La deuda de los clubes de fútbol con Hacienda baja a 257 millones de euros”. *El País*, 9 de Octubre de 2017: https://elpais.com/economia/2017/10/09/actualidad/1507573314_096613.html; EFE. “La deuda de los clubes con Hacienda se rebaja a 230 millones de euros”. *ABC*, 11 de Octubre de 2016: http://www.abc.es/deportes/futbol/abci-deuda-clubes-hacienda-rebaja-230-millones-euros-201610111554_noticia.html

⁵³¹ MUNDO DEPORTIVO.COM “La relación de Qatar con el mundo del fútbol”. *Mundo Deportivo*, 6 de Julio de 2017: <http://www.mundodeportivo.com/futbol/fc->

Villar⁵³², así como los casos de Corrupción de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA)⁵³³. Estas circunstancias han coincidido con las recomendaciones de los organismos internacionales para investigar y potenciar la responsabilidad de personas jurídicas evitando así que a través del velo de la empresa sus integrantes escapen al ámbito de la justicia.

II. CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS CLUBES DEPORTIVOS

En el Capítulo II del Título II del Código Civil se regula el nacimiento y extinción de la personalidad de las personas jurídicas, a las que la ley les concede *personalidad propia, nueva, diferente e independiente de la de cada uno de los asociados* (art. 35 CC), con la consecuente capacidad para *contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales*. (art. 38 CC). Las personas jurídicas no son solo entes con capacidad de derecho patrimonial, sino que se les reconoce una capacidad análoga a la de las personas individuales⁵³⁴. Las empresas son unidades autónomas de

[barcelona/20170706/423925095938/qatar-barca-futbol-guardiola-xavi-bayern-psg-rosell-zidane.html](http://www.barcelona.com/20170706/423925095938/qatar-barca-futbol-guardiola-xavi-bayern-psg-rosell-zidane.html); MULLER, M. "Qatar amplía su imperio". ABC, 15 de Agosto de 2017: http://www.abc.es/deportes/futbol/abci-futbol-qatar-amplia-imperio-201708150823_noticia.html; ECONOMÍA DIGITAL. "Las potencias árabes aíslan al patrocinados del Barça por el terrorismo". *Economía Digital*, 5 de Junio de 2017: https://www.economiadigital.es/politica-y-sociedad/potencias-arabes-qatar-barca-aislamiento_408321_102.html; IRIGOYEN, J, "El Barcelona defiende la "rigurosidad y honorabilidad del contrato con Qatar". *El País*, 9 de Junio de 2017: https://elpais.com/deportes/2017/06/07/actualidad/1496853364_137661.html; ECONOMÍA DIGITAL. "Las potencias árabes aíslan al patrocinados del Barça por el terrorismo". *Economía Digital*, 5 de Junio de 2017: https://www.economiadigital.es/politica-y-sociedad/potencias-arabes-qatar-barca-aislamiento_408321_102.html; POLO, F. "Qatar Airways no será la aerolínea del Barça". *Mundo Deportivo*, 25 de Septiembre de 2017: <http://www.mundodeportivo.com/futbol/fc-barcelona/20170925/431534878363/qatar-barca-airways-sponsor.html>; ECODIARIO.ES. "El Barcelona rompe con Qatar Airways tras el caso Neymar: no será su aerolínea". *El Economista*, 25 de Septiembre de 2017: <http://ecodiario.economista.es/futbol/noticias/8629627/09/17/El-Barcelona-rompe-con-Qatar-Airways-tras-el-caso-Neymar-no-sera-su-aerolinea.html>

⁵³² SANZ, O. "El juez absuelve a Villar pero destaca su "pésima gestión". *El País*, 3 de noviembre de 2010: https://elpais.com/deportes/2010/11/03/actualidad/1288772523_850215.html; HERNÁNDEZ, J.A. "Villar y su hijo Gorka, detenidos por corrupción en la Federación Española de Fútbol". *El País*, 20 de julio de 2017: https://elpais.com/deportes/2017/07/18/actualidad/1500350980_906808.html

⁵³³ GARCIA, M.J. Report on the inquiry into the 2018/2022 FIFA World Cup. Bidding process. *FIFA*, p. 2, 78 y 181.; REDACCIÓN. "Corrupción en la FIFA amenaza los mundiales de Qatar y Rusia". *BBC MUNDO*, 7 de junio de 2015: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150607_futbol_fifa_qatar_rusia_corrupcion_az

⁵³⁴ STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 30 diciembre de 1975. Considerando quinto. (RJ\1975\4844).

organización que hace necesaria la imposición de una serie de obligaciones o la instauración de un sistema penal de responsabilidad⁵³⁵ o de una teoría jurídica nueva para las personas jurídicas. En el ámbito deportivo, los clubes se constituyen como *a) clubes deportivos elementales. b) clubes deportivos básicos. c) Sociedades anónimas deportivas* (artículo 14 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte). También han quedado constituidos con carácter excepcional como asociaciones privadas con personalidad algunos clubes que cumplían con el contenido de la disposición adicional séptima de la ley del deporte que establecía que los clubes podían mantener su estructura si *en las auditorías realizadas por encargo de la Liga de Fútbol Profesional, desde la temporada 1985-1986 hubiesen obtenido en todas ellas un saldo patrimonial neto de carácter positivo*. Estos tipos de estructuras así como la Sociedad Anónima Deportiva encuentran cobertura en el Código Penal en el artículo 297 al establecer que *se entiende por sociedad toda cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidades financieras o de créditos, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza, que para el cumplimiento de sus fines, participe de forma permanente en el mercado, entendiéndose pues, a la Sociedad Anónima Deportiva como un tipo de sociedad análoga y que tal y como ocurre con un deporte tan mercantilizado, participa permanentemente en el mercado*.

III. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS CLUBES DE FÚTBOL

El hecho de que los clubes ostenten capacidad jurídica, siendo titulares de derechos y obligaciones, implica en consecuencia responsabilidades. En el ámbito administrativo no es novedosa la idea de la responsabilidad del club organizador de una competición. La ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte establece en el artículo 2 a las personas jurídicas como organizadores de una prueba, competición o espectáculo, que pueden ser responsables si se cometen las infracciones previstas en la normativa. Las infracciones como supuesto de hecho, tienen previstas un *elenco* de sanciones. Por un lado, de carácter pecuniario, que

⁵³⁵ RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo". *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 6/2007 parte *jurisprudencia. Doctrina*.2017, p. 2.

oscilan desde los 150 euros hasta los 650.000 euros (art. 24). Desde el punto de vista de las personas jurídica se destacan las dos siguientes sanciones que pueden imponerse a los organizadores: A) *la inhabilitación para organizar espectáculos deportivos hasta un máximo de dos años por infracciones muy graves y hasta dos meses por infracciones graves.* B) *La clausura temporal del recinto deportivo hasta un máximo de dos años por infracciones muy graves y hasta dos meses por infracciones graves* (art. 24). En este mismo sentido se estructura el Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol, que en el artículo 15, bajo la rúbrica *responsabilidades de los clubes*, establece la responsabilidad del club organizador cuando se altere, por ejemplo, el orden, o se menoscabe o ponga en peligro la integridad física de los participantes, o se causen daños materiales o lesiones, canticos o insultos violentos, racistas, etc.

IV. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CLUBES DE FUTBOL

La reforma del Código Penal a través de la Ley Orgánica 5/2010 introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico RPPJ, aplicable a los clubes deportivos. Si bien, la introducción y la reforma de 2015 no han dejado exenta de polémica la nueva figura. El sistema o *modelo de atribución* elegido por el legislador se denomina *responsabilidad penal de la persona jurídica vicarial o por representación*⁵³⁶. Este sistema se fundamenta en la *transferencia* con carácter acumulativo de la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica⁵³⁷, tal y como se desprende concretamente del tenor literal del artículo 31 bis del CP, que reconoce la responsabilidad por falta de diligencia *in vigilando* de la persona jurídica *en los supuestos previstos* en el Código Penal en dos situaciones: a) Cuando fuese cometido *en su nombre o por cuenta de la misma (...)* por sus representantes legales, o, también, por aquellos que actúen individual o de forma orgánica y tengan autorización para *tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultad*

⁵³⁶ KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Ed. Marcial Pons, 2013, p. 278-279; Fiscalía General del Estado. Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 5.

⁵³⁷ KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I. (2013, cit, 279).

de organización y control; b) Cuando el delito haya sido cometido en el ejercicio de actividades sociales (...) por quienes hayan estado sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a)⁵³⁸. La conexión entre la persona física y la persona jurídica se fundamenta en dos cuestiones: El beneficio y los programas de cumplimiento, si bien la problemática se genera por las bases que constituyen la teoría jurídica del delito, concretamente el principio de culpabilidad y el principio de legalidad.

1) PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El Código Penal español sólo contempla estructuras de imputación concebidas para la persona física⁵³⁹. Requiere del elemento *cognitivo* (conocimiento) y *volitivo* (voluntad), así como de la motivabilidad en sede de culpabilidad. El actual sistema obligaría a generar una nueva teoría general del delito⁵⁴⁰, ya que a la persona jurídica no se le pueden aplicar dichas prerrogativas. La existencia de normas sectoriales que sancionan en el ámbito del deporte el incumplimiento de las obligaciones atribuidas a las personas jurídicas hace innecesaria la regulación desde el Derecho Penal.

Por otro lado, también se plantea la situación de los socios del club como víctima, al (sufrir los efectos perjudiciales de la sanción penal) y como beneficiaria de las acciones delictivas⁵⁴¹.

2) PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Otra cuestión discutible es el catálogo *numerus clausus* de delitos que establece el artículo 31 bis del CP al redactarse haciendo alusión a *los supuestos*

⁵³⁸ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*. 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 681 y ss.

⁵³⁹ PALMA HERRERA, J.M., Responsabilidad penal de los clubes de fútbol. En MORILLAS CUEVAS, L. (Dr.). *Respuestas Jurídicas al fraude en el deporte*. Ed. Dykinson. S.L. Madrid. 2017, p. 290.

⁵⁴⁰ Fiscalía General del Estado. Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010., p. 39.

⁵⁴¹ Fiscalía General del Estado. (2011, cit. p. 36).

previstos en este Código. El legislador delimita los tipos de delitos que pueden cometerse bajo la figura de la persona jurídica mediante esta disposición general, que se complementa con alusiones a la misma a lo largo de todo el Código Penal especial. Por razones de política criminal no se concede la posibilidad de transferir la responsabilidad penal ante determinados delitos por los que sí podría responder la persona jurídica y que de hecho responde en el ámbito administrativo sancionador. En el ámbito deportivo destaca las pitadas al himno español. En la final de la Copa del Rey entre el F.C. Barcelona y el Athletic Club de Fútbol, disputada en el *Camp Nou*, los aficionados de ambos clubes agredieron colectivamente el himno español. El Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias presentó querrela por un presunto delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas, así como de ultrajes a España. Los tribunales se han pronunciado en este caso alegando que *no todo delito cometido por una persona física es susceptible de ser imputado simultáneamente a un ente colectivo, sino que sólo se puede exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas respecto de un reducido número de delitos* entre los que no se encuentran los dos delitos que detalla la acusación, no pudiendo incardinarse la responsabilidad penal a los hechos relatados⁵⁴². Podría imaginarse el encargo de un equipo de lesionar a otro jugador tal y como ocurrió con el equipo de fútbol americano *Saints* de Nueva Orleans, en el que se pagaba a jugadores por lesionar a los contrincantes más destacados de los equipos con los que se enfrentaban⁵⁴³.

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos e informes

⁵⁴² CERDÁ LABANDA, D. “La responsabilidad de las personas físicas presuntamente involucradas en las pitadas de final de copa. Comentario al Auto de 6 de mayo de 2016”. *Revista Aranzadi Doctrinal num. 52/2016 parte Justicia deportiva*. p. 7. SAP de Sevilla (Sección 4ª). Sentencia núm. 562/2013 de 5 de noviembre de 2013. Fundamento Jurídico único. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Paúl Velasco

⁵⁴³ MONGE, Y. “Cobrar por lesiones”. *El País*, 3 de mayo de 2012: https://elpais.com/deportes/2012/05/03/actualidad/1336074229_094744.html
SANCHEZ, J. “El Mundial de fútbol de Qatar 2022, en peligro”. *El Mundo*, 6 de Junio de 2017: <http://www.elmundo.es/internacional/2017/06/06/59359b9e468aeb895b8b45df.html>

CERDÁ LABANDA, D. “La responsabilidad de las personas físicas presuntamente involucradas en las pitadas de final de copa. Comentario al Auto de 6 de mayo de 2016”. *Revista Aranzadi Doctrinal num. 52/2016 parte Justicia deportiva*.

Fiscalía General del Estado. Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

Fiscalía General del Estado. Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041

GARCIA, M.J. Report on the inquiry into the 2018/2022 FIFA World Cup. Bidding process. *FIFA*, p. 2, 78 y 181

KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Ed. Marcial Pons, 2013.

LÓPEZ-ANGULO RUIZ, B. La intervención del derecho penal en el deporte. Casuística acaecida en el fútbol. En JIMÉNEZ SOTO, I., PÉREZ-SERRABONA GOZÁLEZ, J.L. *Los retos del deporte profesional y profesionalizado en la sociedad actual*. Reus, Madrid, 2017

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General. 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

PALMA HERRERA, J.M., Responsabilidad penal de los clubes de futbol. En MORILLAS CUEVAS, L. (Dr.). *Respuestas Jurídicas al fraude en el deporte*. Ed. Dykinson. S.L. Madrid. 2017.

RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”. *Revista Aranzadi Doctrinal num. 6/2007 parte jurisprudencia. Doctrina.2017*.

UEFA. "UEFA Disciplinary Regulations". 2017.

Sentencias y normativa específica:

SAP de Barcelona (Sección 8º) Caso Condena al FC Barcelona por el fichaje de futbolista brasileño. Sentencia de 14 de diciembre de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 30 diciembre de 1975. (RJ\1975\4844).

Auto del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Auto núm. 2008/2011 de 15 de diciembre. Razonamiento Jurídico 3º. Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz.

STS (Sala de lo Penal, Sección 1º) Sentencia núm. 221/2016 de 16 de Marzo 2016. Fundamento Jurídico 5º. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez.

STS (Sala de lo penal). Sentencia núm. 154/2016 de 29 de febrero. Fundamento de derecho 8º. Ponente: Excmo Sr. José Manuel Maza Martín

Juzgado de Instrucción de Pamplona. Auto de 17 de enero de 2017. Ponente: Sr. D. María Paz Benito Oses.

STC (Sala Primera). Sentencia núm. 246/1991, de 19 de diciembre de 1991. Fundamento Jurídico 1º. Ponente: Don Francisco Tomás y Valiente

SAP de Sevilla (Sección 4º). Sentencia núm. 562/2013 de 5 de noviembre de 2013. Fundamento Jurídico único. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Paúl Velasco

Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Milán, 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985, p. 51 y 49: <https://digitallibrary.un.org/record/114498/files/a-conf-121-22-s.pdf>

Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Jefatura del Estado «BOE» núm. 166, de 12 de julio de 2007

Referencia: BOE-A-2007-13408:

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13408-consolidado.pdf>

Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol:
<http://www.rfef.es/normativas-sanciones/normativas/codigo-disciplinario>

Noticias:

CADENA SER. "Antiviolenencia castiga la pasividad de Deportivo y Sevilla hacia sus radicales". *Cadena Ser*, 20 de Abril de 2017: http://cadenaser.com/ser/2017/04/20/deportes/1492707868_166358.html

ECODIARIO.ES. "El Barcelona rompe con Qatar Airways tras el caso Neymar: no será su aerolínea". *El Economista*, 25 de Septiembre de 2017: <http://ecodiario.eleconomista.es/futbol/noticias/8629627/09/17/El-Barcelona-rompe-con-Qatar-Airways-tras-el-caso-Neymar-no-sera-su-aerolinea.html>

ECONOMÍA DIGITAL. "Las potencias árabes aíslan al patrocinados del Barça por el terrorismo".

Economía Digital, 5 de Junio de 2017: https://www.economiadigital.es/politica-y-sociedad/potencias-arabes-qatar-barca-aislamiento_408321_102.html

EFE. "La deuda de los clubes con Hacienda se rebaja a 230 millones de euros". *ABC*, 11 de Octubre de 2016: http://www.abc.es/deportes/futbol/abci-deuda-clubes-hacienda-rebaja-230-millones-euros-201610111554_noticia.html

EUROPAPRESS. "La justicia confirma el descenso administrativo a Segunda División B del Guadalajara". *Europapres*, 9 de diciembre de 2014: <http://www.europapress.es/deportes/futbol-00162/noticia-justicia-confirma-descenso-administrativo-segunda-division-guadalajara-20141029141243.html>

EUROPAPRES. "Pernía y Lavín impugnan los recursos contra el archivo del grueso de la querella". *Europapres*, 20 de octubre de 2016: <http://www.europapress.es/cantabria/noticia-pernia-lavin-impugnan-recursos-contra-archivo-grueso-querella-no-recurren-imputacion-20161020170250.html>

HERNÁNDEZ, J.A. "Villar y su hijo Gorka, detenidos por corrupción en la Federación Española de Fútbol". *El País*, 20 de julio de 2017: https://elpais.com/deportes/2017/07/18/actualidad/1500350980_906808.htm

IRIGOYEN, J. "El Barcelona defiende la "rigurosidad y honorabilidad del contrato con Qatar". *El País*, 9 de Junio de 2017: https://elpais.com/deportes/2017/06/07/actualidad/1496853364_137661.html

JIMENEZ LARZÁBAL, A. "Emiratos Árabes castiga con prisión a quien luzca Qatar en la camiseta del Barça". *El Periódico*, 20 de Octubre de 2017: <http://www.elperiodico.com/es/barca/20170609/emiratos-arabes-prision-camiseta-barca-qatar-6094306>

LARRINAGA, C. "Qatar: Fútbol y política internacional". *Diario Vasco*, 26 de Agosto de 2017: <http://www.diariovasco.com/opinion/qatar-futbol-politica-20170826110445-nt.html>

MARCA. "Querrela contra el ex presidente por estafa y apropiación indebida". *Marca*, 7 de septiembre de 2012: http://www.marca.com/2012/09/07/futbol/mas_futbol/1347053744.html

MARTÍ, J. "La UEFA castigará a los clubes por la violencia de sus aficionados fuera de los estadios". *Cadena Ser*, 20 de abril de 2017: http://cadenaser.com/emisora/2017/04/20/sercat/1492688469_587734.html

MAQUEDA, A. "La deuda de los clubes de fútbol con Hacienda baja a 257 millones de euros". *El País*, 9 de Octubre de 2017: https://elpais.com/economia/2017/10/09/actualidad/1507573314_096613.html

MOLINA, B. "Ocho de cada diez delitos económicos los cometen personas jurídicas". *El diario.es*, 12 de marzo de 2015: https://www.eldiario.es/tenerifeahora/tribunales/delitos-economicos-cometen-personas-juridicas_0_365714670.html

MONGE, Y. "Cobrar por lesiones". *El País*, 3 de mayo de 2012: https://elpais.com/deportes/2012/05/03/actualidad/1336074229_094744.html

MULLER, M. "Qatar amplia su imperio". *ABC*, 15 de Agosto de 2017:
http://www.abc.es/deportes/futbol/abci-futbol-qatar-amplia-imperio-201708150823_noticia.html;

MUNDO DEPORTIVO.COM "La relación de Qatar con el mundo del fútbol".
Mundo Deportivo, 6 de Julio de 2017:
<http://www.mundodeportivo.com/futbol/fc-barcelona/20170706/423925095938/qatar-barca-futbol-guardiola-xavi-bayern-psg-rosell-zidane.html>

POLO, F. "Qatar Airways no será la aerolínea del Barça". *Mundo Deportivo*, 25 de Septiembre de 2017: <http://www.mundodeportivo.com/futbol/fc-barcelona/20170925/431534878363/qatar-barca-airways-sponsor.html>;

REDACCIÓN. "Corrupción en la FIFA amenaza los mundiales de Qatar y Rusia". *BBC MUNDO*, 7 de junio de 2015:
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150607_futbol_fifa_qatar_rusia_corrupcion_az

ROBINSON, A. "Qatar: guerra fría (y sucia) del fútbol". *La Vanguardia*, 21 de Octubre de 2017:
<http://www.lavanguardia.com/deportes/futbol/20171021/432212986000/psg-naser-al-jelaifi-fifa-corrupcion-qatar.html>

SANCHEZ, J. "El Mundial de fútbol de Qatar 2022, en peligro". *El Mundo*, 6 de Junio de 2017:
<http://www.elmundo.es/internacional/2017/06/06/59359b9e468aeb895b8b45df.html>

SANZ, O. "El juez absuelve a Villar pero destaca su "pésima gestión". *El País*, 3 de noviembre de 2010:
https://elpais.com/deportes/2010/11/03/actualidad/1288772523_850215.html;

TARDON, L. "Una nueva 'talidomida'". *El Mundo*, 23 de marzo de 2018:
<http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2018/03/23/5ab4f359468aeb951b8b45ef.html>

ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA SUPRESIÓN DEL LIBRO III DEL CÓDIGO PENAL EN EL DERECHO PENAL DE MENORES*

Luis Miguel Ramos Martínez

Investigador predoctoral contratado

Área de Derecho Penal (Universidad de León)

INTRODUCCIÓN**

La relación entre el CP y la LORPM es doble: por un lado, tanto el art. 19 CP (que abre el capítulo dedicado a las eximentes) como el párrafo primero del art. 1 LORPM (declaración general) disponen que esta segunda norma recogerá las consecuencias jurídicas correspondientes a los supuestos de hecho delictivos tipificados en la primera (o en leyes penales especiales⁵⁴⁴); por otro lado, en virtud de la DF 1.^a LORPM («Derecho supletorio») el CP (y las leyes penales especiales) se aplicarán en lo no previsto en el ámbito sustantivo. Por esta doble

* Esta comunicación se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2016-76715-R «Principios y garantías penales: sectores de riesgo», financiado por la Agencia Estatal de Investigación adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, y cuyo investigador principal es el Prof. Dr. *Dres. h. c.* Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

** Abreviaturas utilizadas: aa.vv. (autores varios), art(s). (artículo), C-A (Contencioso-Administrativa), cap. (capítulo), CdE (Consejo de Estado), coord. (coordinador/a), CP (Código Penal), DA (disposición adicional), DD (disposición derogatoria), dir. (director/a), DF (disposición final), DP (Derecho penal), Dr(a). (Doctor/a), *Dres. h. c.* (*Doctores Honoris Causa*), EAFIT (Escuela de Administración, Finanzas e Instituto Tecnológico), FGE (Fiscalía General del Estado), LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil), LECr (Ley de Enjuiciamiento Criminal), LEN (Ley de Energía Nuclear), LNA (Ley de Navegación Aérea), LPNB (Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad), LO/LLOO (Ley Orgánica/Leyes Orgánicas), LOPSC (Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana), LORC (Ley Orgánica de Represión del Contrabando), LOREG (Ley Orgánica del Régimen Electoral General), LORPM (Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores), LOSSEAR (Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras), LOTJ (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado), LRM (Ley de Responsabilidad Medioambiental), MF (Ministerio Fiscal), n.m. (número marginal), p.ej. (por ejemplo), PG (parte general), PPR (prisión permanente revisable), Prof.^(a) (profesor/a), RC (responsabilidad civil), SAP/SSAP (sentencia/sentencias de la Audiencia Provincial), ss. (siguientes), ULE (Universidad de León), UPNa (Universidad Pública de Navarra).

⁵⁴⁴ Aunque parece difícil (en algunos casos imposible) encontrar supuestos reales en los que se condene a menores por la comisión de delitos tipificados p.ej. en la LNA, en la LOREG, en la LOTJ o en la LORC.

relación, dado el carácter eminentemente procesal de la LORPM⁵⁴⁵ y a causa de las continuas referencias que esta hace al CP en diversos aspectos⁵⁴⁶, la dependencia entre ambos textos legales es grande.

Aunque la supresión del Libro III CP no fue el único cambio derivado de la reforma de 2015 que tuvo repercusiones en el DP de menores⁵⁴⁷ (p.ej. la polémica creación de la pena de PPR⁵⁴⁸ o en la creación o modificación de los tipos penales, no simplemente de sus penas), sin duda ha sido el que más impacto ha tenido en la LORPM. Además, a las consecuencias, deseables o indeseables pero buscadas, hay que añadir los efectos «indeseados» fruto de errores cometidos por el legislador penal.

LA SUPRESIÓN DEL LIBRO III CP

Esta modificación del CP tampoco fue la más llamativa que introdujo la LO 1/2015, pero tuvo una enorme trascendencia por acabar con la histórica clasificación tripartita de los ilícitos penales utilizada por todos nuestros Códigos a excepción del de 1822, que distinguían entre delitos graves, delitos menos graves y faltas. Aun así, se mantienen actualmente tres categorías de infracciones penales, ahora todas ellas constitutivas de delito, graduadas según la gravedad de la pena con la que se sanciona cada conducta, sustituyéndose la categoría de las faltas (también llamadas «delitos veniales», «delitos bagatela» o «contravenciones»⁵⁴⁹) por la de delitos leves.

Aunque históricamente siempre se moduló el castigo de los ilícitos penales tipificados en función de su gravedad, el origen de las faltas penales está

⁵⁴⁵ Por la DF mencionada, es supletoria la LECr en el ámbito procesal, siendo las normas del procedimiento abreviado las aplicables en caso de silencio de la LORPM. Por esta razón, la sustitución del juicio sobre faltas por el juicio sobre delitos leves no tiene consecuencias en el DP de menores.

⁵⁴⁶ P.ej. en el tratamiento de delitos especialmente graves (el homicidio, el asesinato, la violación o los relacionados con el terrorismo), en la clasificación por gravedad y duración de las penas, en materia de eximentes o de extensión de la responsabilidad civil derivada del delito.

⁵⁴⁷ JERICÓ OJER, en: *XXI Seminario Interuniversitario Internacional de DP*, Universidad de Alcalá, 2018.

⁵⁴⁸ El debate sobre su necesidad y constitucionalidad sigue ocupando a políticos, doctrina, operadores jurídicos y medios de comunicación, pero a fecha de redacción de esta comunicación, solamente se ha impuesto en dos sentencias: SSAP de Pontevedra 42/2017, de 14 de julio, y SAP de Santa Cruz de Tenerife 100/2018, de 21 de marzo.

⁵⁴⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, en: aa.vv., *Especial Reforma CP*, 2015, 45.

estrechamente relacionado con la Codificación: el CP de 1848 se elaboró ya con una estructura semejante al actual, sobre todo en sus libros segundo y tercero. Por aquel entonces, el Derecho penal francés distinguía, en función de su gravedad, entre penas aflictivas, correccionales y leves, atribuyendo la imposición de cada una de ellas a tres tipos de órganos judiciales diferentes: Jurado, Correccionales (compuestos por varios jueces) y De Paz (integrados por una sola persona), respectivamente⁵⁵⁰. Al prescindirse en España del primero de los tribunales, la división adoptada fue bipartita, si bien luego se subdividió la categoría de delitos en graves y menos graves⁵⁵¹. Más tarde, la doctrina dotó de un significado moral a la inicial división en función de la pena: dentro de las infracciones sancionadas por el DP, las faltas eran especialmente por no vulnerar normas éticas (como los delitos)⁵⁵²; además, se acudió a procedimientos simples y rápidos para su castigo. Finalmente, en la consolidación de las faltas tuvo mucha importancia la absorción por estas de infracciones de normas administrativas, delimitándose así la frontera con el Derecho administrativo sancionador⁵⁵³.

En la historia más reciente de las faltas se aprecia una tendencia a su progresiva disminución, destacando la actuación del legislador por medio de la LO 3/1989, en cuyo Preámbulo ya se leía la pretensión de aligerar la carga de trabajo que pesaba sobre jueces y tribunales y la defensa del principio de intervención mínima. Salvo el caso de la LO 15/2003, que tipificó nuevas faltas (aunque bien podían haber pertenecido al ámbito del Derecho administrativo sancionador), el legislador se ha encaminado hacia una paulatina despenalización: por tratarse de conductas que carecen de relevancia social, por anacronismo de su punición o por ser en verdad infracciones reglamentarias⁵⁵⁴.

No obstante, la trascendencia de la derogación formal de las faltas no viene dada por acabar con una «tradición legislativa», sino por ser un ejemplo más de la tendencia innecesariamente endurecedora de la ley penal que ha venido

⁵⁵⁰ PACHECO, *El CP concordado y comentado*, 1847, 71 y ss.

⁵⁵¹ FARALDO CABANA, en: *InDret* 3-2014, 10.

⁵⁵² ANTÓN ONECA, *DP*, 2.^a, 1986, 164 y ss..

⁵⁵³ FARALDO CABANA, en: *InDret* 3-2014, 10.

⁵⁵⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, en: aa.vv., *Especial Reforma CP*, 2015, 45.

caracterizando a nuestro legislador (concretamente hasta la XI Legislatura del Parlamento, en la que el Partido Popular pierde su mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados, de la que «abusó» con prisa⁵⁵⁵ ante el vaticinio, confirmado después, del fin del bipartidismo⁵⁵⁶). La mayoría de los ilícitos penales de poca relevancia que se tipificaban en el Libro III CP han pasado a formar parte de la nueva categoría de delitos leves, subsumiéndose algunos pocos bajo delitos ya existentes con anterioridad a la reforma y despenalizándose el resto de conductas (lo cual no ha sido necesariamente positivo), bien por reubicarse en textos administrativos o civiles, o bien por desaparecer por completo. Esto se traduce en la ampliación del ámbito de la punición y de las penas de la categoría de infracciones penales más leves, estableciéndose un régimen procesal más gravoso (en ocasiones con menosprecio de principios y garantías constitucionales); todo ello con notables fallos técnicos.

El Preámbulo LO 1/2015 (I) anuncia así la eliminación formal de las faltas que efectúa su DD única: «[d]e otra parte, se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas -delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles».

Esta solución no es una novedad en el Derecho comparado, siendo la opción legislativa escogida en otros países de nuestro entorno como Alemania o

⁵⁵⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, *La nueva regulación de las faltas*, 2015, 149; la autora habla de «voracidad legislativa».

⁵⁵⁶ Especialmente, en el caso de las LLOO para las que el legislador constituyente estableció unas mayorías cualificadas con el fin de forzar el acuerdo entre grupos parlamentarios (lo que en la práctica, en nuestra historia parlamentaria ha significado un pacto entre el Grupo Parlamentario Socialista y el Popular), parece que, aun teniendo un solo grupo parlamentario el número de diputados y senadores suficientes para tramitar con éxito una LO sin el apoyo del resto, desvirtúa el sentido último de las exigencias formales de este tipo de norma de rango legal superior, reservada para ciertas materias (a la vez que ciertas materias solo se pueden regular mediante ella) y que deberían ser fruto de un «consenso social mayor»; máxime si lo que se reforma es, en palabras de la propia Exposición de Motivos del CP, la «Constitución negativa».

Portugal⁵⁵⁷. La diferencia es que, en estos países, existe un Derecho sancionador situado entre el Derecho penal y el administrativo; no es este el tema de esta comunicación, pero su creación parece una opción válida si es subsiguiente a un estudio sosegado de todas las conductas para, razonadamente, decidir cuáles de ellas se mantienen en el CP y cuáles no merecen reproche penal, teniendo en cuenta los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado⁵⁵⁸.

En España, la reconducción de las faltas del antiguo Libro III CP hacia la nueva categoría de delitos leves o hacia otro orden jurisdiccional (administrativo o civil) se efectuó bajo el marco de dos motivos fundamentales: el principio de intervención mínima y la racionalización del servicio público de la Justicia.

El siguiente párrafo, también extraído del Preámbulo LO 1/2015 (XXXI), resume bien el supuesto espíritu de la reforma: «En la actualidad debe primarse la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad».

El primero de los motivos alegados, complementario del principio de subsidiariedad del que difiere parcialmente, deriva directamente del principio de necesidad y se concreta en la idea de que el DP ha de ser el último recurso al que debe acudir el Estado en su función de protección de bienes jurídicos; es decir, ha de ser la *ultima* o *extrema ratio*, siempre y cuando los objetivos perseguidos no se puedan conseguir con otros medios menos lesivos⁵⁵⁹. Otras manifestaciones de este principio son: la subsidiariedad que ha de regir en las penas, no debiendo imponerse sanciones penales graves si se consiguen los fines de la pena con otras menos duras; o el carácter fragmentario del Derecho penal,

⁵⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comparecencias del Proyecto*, Congreso de los Diputados, 2014.

⁵⁵⁸ Esta propuesta no es desconocida en nuestro país, pues ya el Grupo Parlamentario Comunista del Congreso propuso, en la tramitación del Proyecto de CP de 1980, incorporar al Libro II las faltas que tuviesen suficiente gravedad y, el resto, dirigirlas a una Ley General de Infracciones del Orden (y no como meras infracciones administrativas). Esta misma propuesta la hizo suya el Grupo Parlamentario Socialista en los trámites de la reforma de 2015.

⁵⁵⁹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP*, PG, 3.^a, 2016, cap. 2 n.m. 14.

por el cual este no ha de brindar protección a todos los bienes jurídicos ni sancionar toda conducta lesiva hacia los protegidos, sino que se ha de reservar como respuesta a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes⁵⁶⁰.

En innegable la escasa lesividad de ciertas conductas antes tipificadas como faltas, que no parecen necesitar sanción penal para su corrección. Sin embargo, se ha hecho un uso torticero del principio de intervención mínima, pues esta justificación conceptual⁵⁶¹ esconde la agravación del castigo de la mayoría de las antiguas faltas, que a su vez eran las de comisión más frecuente⁵⁶²; además, las consecuencias de la despenalización del resto de faltas deja mucho que desear.

También es innegable el volumen de carga de trabajo que suponían estas infracciones a jueces y tribunales, segundo de los motivos esgrimidos y verdadera justificación político-criminal⁵⁶³, siendo acertado el análisis del Preámbulo LO 1 /2015 (XXXI) cuando habla de una «[...] notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento [...]». P.ej., en 2014, último año íntegro en el que estuvo en vigor el Libro III CP, de un total de 2.092.040 hechos presuntamente constitutivos de infracción penal conocidos, se subsumían bajo conductas tipificadas como faltas 1.089.485; y del total de 715.357 hechos esclarecidos lo eran 308.556⁵⁶⁴. Hay que tener en cuenta también que un alto porcentaje de las sentencias que ponían fin a los juicios sobre faltas eran absolutorias, muchas por falta de actividad probatoria, de investigación o por incomparencias⁵⁶⁵.

Esta motivación es, en última instancia económica⁵⁶⁶: se reconoce al admitir el deseo de disminuir la carga que pesa sobre el Estado (cada falta procesada

⁵⁶⁰ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP*, PG, 3.^a, 2016, cap. 2 n.m. 15.

⁵⁶¹ FARALDO CABANA, en: *InDret* 3-2014, 3.

⁵⁶² CUGAT MAURI, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma*, 2015, 227.

⁵⁶³ FARALDO CABANA, en: *InDret* 3-2014, 3.

⁵⁶⁴ Según datos del INE en materia de seguridad y justicia (informe descargable en: https://www.ine.es/prodyser/pubweb/anuario16/anu16_06justi.pdf).

⁵⁶⁵ JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, *La reforma penal*, 2015, 119.

⁵⁶⁶ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ/OLLOQUIEGUI SUCUNZA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto*, 2013, 68.

costaba al Estado, aproximadamente, unos 1.300⁵⁶⁷), pero tampoco hay que descartar que el legislador calculase en su día los ingresos que supondrían las nuevas sanciones (administrativas y penales).

La supresión del Libro III está, desde luego, más cerca de alcanzar este segundo objetivo, pues el resarcimiento de las conductas despenalizadas supone un mayor coste a los ciudadanos, el cual se traduce en un efecto disuasorio a la hora de litigar. En lo relativo a los nuevos delitos leves, cabe que se haya alcanzado cierta descongestión por el uso del principio de oportunidad, aunque habrá que esperar a los resultados de estudios efectuados en los últimos años para evaluar las consecuencias forenses de esta novedad⁵⁶⁸.

EL DESTINO DE LAS ANTIGUAS FALTAS PENALES

Facilita el análisis de las consecuencias de la supresión del Libro III CP localizar el destino de las antiguas faltas, siendo así que hay tres grandes acciones legislativas ya mencionadas: supresión total de algunas faltas (pudiendo a su vez: desaparecer por completo, subsumirse bajo delitos ya existentes en el Libro II CP o despenalizarse para pasar a sancionarse o resarcirse en el ámbito del Derecho civil), destipificación penal de algunas faltas (que se trasladan al ámbito del Derecho administrativo sancionador) y conversión del resto de faltas en delitos leves.

DESAPARICIÓN
VÍA CIVIL
INFRACCIONES LOPSC
OTRAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS
DELITOS LEVES
DELITOS MENOS GRAVES

⁵⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comparecencias proyecto de LO*, 2014, 13.

⁵⁶⁸ CUGAT MAURI, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma*, 2015, 228.

617 CP	1	LESIONES LEVES (SIN TRATAMIENTO MÉDICO O QUIRÚRGICO)	147.2 CP
	2	MALTRATO DE OBRA	147.3 CP
618 CP	1	DENEGACIÓN DE AUXILIO A MENORES O INCAPACES ABANDONADOS	195.1 CP (HECHOS GRAVES)
			DESAPARICIÓN
	2	INCUMPLIMIENTOS LEVES DE OBLIGACIONES FAMILIARES	226 Y 229 CP (HECHOS GRAVES)
			776 LEC
619 CP	ÚNICO	DENEGACIÓN DE ASISTENCIA O AUXILIO A PERSONAS DE EDAD AVANZADA O DISCAPACITADAS	195.1 CP (HECHOS GRAVES)
			DESAPARICIÓN
620 CP	1.º	AMENAZAS LEVES CON MEDIOS PELIGROSOS Y EXHIBICIÓN DE ESTOS EN RIÑA	171.7 CP
		AMENAZAS LEVES	
	2.º	COACCIONES LEVES	172.3 CP (TAMBIÉN VIOLENCIA FAMILIAR)
INJURIAS LEVES		173.4 CP	

			(VIOLENCIA FAMILIAR O CONTRA LA MUJER)
			REPARACIÓN CIVIL
		VEJACIONES INJUSTAS LEVE	176.4 CP (VIOLENCIA FAMILIAR O CONTRA LA MUJER)
			REPARACIÓN CIVIL
621 CP	1	LESIONES CON TRATAMIENTO MÉDICO O QUIRÚRGICO ATENUADAS (MENOR DESVALOR DE LA ACCIÓN O DEL RESULTADO) POR IMPRUDENCIA GRAVE	152.1.1.º CP
	2	HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA LEVE	1.902 Y SS. CC
	3	LESIONES CON TRATAMIENTO MÉDICO O QUIRÚRGICO POR IMPRUDENCIA LEVE	
622 CP	ÚNICO	INCUMPLIMIENTOS LEVES DE CUSTODIA	556.1 CP (HECHOS GRAVES)
			776 LEC

623 CP	1	HURTO SIN CIRCUNSTANCIAS DEL TIPO AGRAVADO (400€ O MENOS)	234.2 CP
	2	HURTO DE LA POSESIÓN (400€ O MENOS)	236.2 CP
	3	HURTO DE VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES (400€ O MENOS)	DESAPARICIÓN
	4	ESTAFA (400€ O MENOS)	249 CP
		APROPIACIÓN INDEBIDA (400€ O MENOS)	253.2 CP
		DEFRAUDACIÓN DE FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS (400€ O MENOS)	255.2 CP
		DEFRAUDACIÓN EN EQUIPOS TERMINALES DE TELECOMUNICACIÓN (400€ O MENOS)	256.2 CP
	5	«TOP MANTA» PROPIEDAD INTELECTUAL (400€ O MENOS)	270.4 CP
		«TOP MANTA» PROPIEDAD INDUSTRIAL (400€ O MENOS)	274.3 CP
	624 CP	1	ALTERACIÓN DE TÉRMINOS, LINDES, SEÑALES O MOJONES (400€ O MENOS)

	2	DISTRACCIÓN DEL CURSO DE LAS AGUAS (400€ O MENOS)	267.2 CP
625 CP	1	DAÑOS (400€ O MENOS)	263.1 CP
	2	DAÑOS EN BIENES PATRIMONIO HISTÓRICO (400€ O MENOS)	323.1 CP
626 CP	ÚNICO	DESLUCIMIENTO	37.13 LOPSC
629 CP	ÚNICO	EXPENDICIÓN DE MONEDA FALSA (400€ O MENOS)	386.3 CP
		DISTRIBUCIÓN O UTILIZACIÓN DE EFECTOS TIMBRADOS FALSOS (400€ O MENOS)	389 CP
630 CP	ÚNICO	ABANDONO DE JERINGUILLAS U OTROS INSTRUMENTOS PELIGROSOS	36.16 LOPSC
631 CP	1	DEJAR SUELTOS ANIMALES FEROCES O DAÑINOS O EN CONDICIONES DE CAUSAR MAL	37.16 LOPSC
	2	ABANDONO DE ANIMALES DOMÉSTICOS CON PELIGRO PARA SU VIDA O INTEGRIDAD	337 <i>BIS</i> CP
632 CP	1	ATENTADOS LEVES CONTRA LA FLORA	80.1.B LPNB
	2	MALTRATO CRUEL DE ANIMALES	337.4 CP
633 CP	ÚNICO	PERTURBACIÓN LEVE DEL ORDEN	36.1 LOPSC

634 CP	ÚNICO	FALTA DE RESPETO A LA AUTORIDAD O SUS AGENTES	556.2 CP
		DESOBEDIENCIA LEVE	36.6 LOPSC
635 CP	ÚNICO	ALLANAMIENTO O PERMANENCIA EN DE DOMICILIO DE PERSONA JURÍDICA	203.2 CP
636 CP	ÚNICO	REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES SIN SEGURO OBLIGATORIO (SALVO CONDUCCIÓN)	DA 2. ^a .2 LOSSEAR 37.2.F LRM 68.A.15 LEN
637 CP	ÚNICO	USO PÚBLICO E INDEBIDO DE UNIFORMES, TRAJES O INSIGNIAS	402 <i>BIS</i> CP
		ATRIBUCIÓN DE TÍTULO ACADÉMICO NO POSEÍDO	DESAPARICIÓN

RESUMEN DE LAS CONSECUENCIAS GENERALES DE LA DESAPARICIÓN DE LAS FALTAS

De todas las faltas que componían el Libro III CP solo una minoría no ha sido trasladada al Derecho administrativo sancionador o a la categoría de delitos leves. El destino de estas pocas faltas pudo ser: su desaparición total, que conlleva la inexistencia de vías para reclamar responsabilidad a quienes realicen esos hechos antes típicos⁵⁶⁹; su subsunción bajo delitos menos graves ya existentes antes de la reforma, lo cual acarrea consecuencias similares a las que se verán para la transformación en delito leve (aunque tanto mayor será el aumento punitivo cuanto mayor sea la categoría típica); o pasar a resarcirse o sancionarse en la vía civil, hecho que puede provocar la desprotección de algunos bienes jurídicos importantes, un aumento de los costes individuales y una respuesta

⁵⁶⁹ Cosa distinta es que se produzcan daños y perjuicios resarcibles por medio de la RC extracontractual.

más lenta y con menos garantías. No obstante, la despenalización de ciertas conductas sí parece justificada y oportuna.

Las faltas penales que se transforman en infracciones (o faltas) administrativas tendrán tres grandes desventajas respecto a su situación anterior: la primera, derivada de la comparación del derogado juicio de faltas con el procedimiento administrativo sancionador, por la consiguiente reducción de garantías⁵⁷⁰; la segunda, por la imposición de sanciones administrativas únicamente pecuniarias que, a pesar de ser de menor gravedad (por no ser penales) resultan ser más elevadas (aparte de carentes de cualquier efecto preventivo especial positivo); la tercera, por la intervención judicial trasladada a los órganos de la Jurisdicción C-A (que revisarán casi siempre actos ya ejecutados, con mayores costes individuales que el procedimiento de faltas y el riesgo de una eventual condena en costas).

El resto de faltas (la mayoría) se convierten en delito leve, pasando a formar parte, como subtipo atenuado, del anterior delito correlativo, agravándose su punición por el cambio de categoría y de pena. La despenalización es, por tanto, un efecto minoritario⁵⁷¹. Los efectos principales de la creación de los delitos leves son: la nueva clasificación tripartita, la degradación de ciertos delitos menos graves⁵⁷² y, por lo demás, una agravación punitiva con distintas manifestaciones (p.ej. en lo que respecta al grado de ejecución, actos preparatorios, reincidencia, responsabilidad penal de las personas jurídicas, penas accesorias, reglas de determinación de la pena, prescripción de los hechos o antecedentes penales⁵⁷³).

⁵⁷⁰ Así se recoge en la consideración 4.^a (supresión de las faltas) del Dictamen del CdE de 27/6/2013, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (referencia 358/2013; consultable en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>).

⁵⁷¹ CUGAT MAURI, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma*, 2015, 117.

⁵⁷² GONZÁLEZ RUS, en: *Diario La Ley* 8.553 (2015), 1-2; fue el primero en advertir este fallo al que llama efecto, consecuencia o secuela «colateral» por advertir que no era deseado por el legislador, hasta el punto de pasar inadvertido en los debates parlamentarios de tramitación de la LO 1/2015.

⁵⁷³ DE VICENTE MARTÍNEZ, *La nueva regulación de las faltas*, 2015, 32 y ss.

ALGUNAS CONSECUENCIAS CONCRETAS EN EL DP DE MENORES

Las consecuencias indirectas de la reforma de 2015 en la LORPM fueron tratadas, en su mayoría, por la FGE en su Dictamen 1/2015⁵⁷⁴. A diferencia de las modificaciones directas de la LORPM⁵⁷⁵, esta reforma y, concretamente, como se verá, la supresión del Libro III CP, no sigue la negativa tendencia de acercamiento del DP de menores al de adultos.

La primera consecuencia surge por la destipificación penal de conductas antes constitutivas de falta. Por la relación descrita al inicio derivada de los arts. 19 CP y 1 LORPM (párrafo primero), la desaparición del CP de conductas antes sancionables penalmente, ya sea porque el legislador ha decidido no castigarlas o hacerlo en vía administrativa, es la misma en el DP de menores y de adultos.

La segunda consecuencia deriva de la formación de la nueva categoría de delitos leves no solo por las faltas reconducidas, sino también por los delitos menos graves degradados a causa de la mala redacción (en un sentido técnico) del art. 13.4 CP. Puesto que la DA 2.^a LO 1/2015, a fin de evitar la reforma de las leyes procesales por una cuestión meramente terminológica, declara *in fine* que «[l]as menciones contenidas en las leyes procesales a faltas se entenderán referidas a los delitos leves», no plantea ningún problema el que la LORPM dé el mismo tratamiento a los delitos leves que a las antiguas faltas. Sin embargo, se produce un tratamiento más beneficioso para el menor penalmente responsable por la comisión de los mencionados delitos degradados, ya que se convirtieron en leves con todas sus consecuencias. Este efecto, con toda seguridad indeseado (como lo es su causa), tiene tres manifestaciones: ante estos (y el resto de) delitos leves, el art. 9.1 LORPM restringe (excluyendo las más duras del catálogo del art. 7.1 LORPM) y limita temporalmente las medidas educativo-sancionadoras a imponer; el plazo de prescripción de los hechos (que también varía en el caso del CP) será el del art. 15.1.5.º LORPM (tres meses); y el MF podrá hacer uso del desistimiento de la incoación del expediente del art. 18 LORPM aunque concurra violencia o intimidación (aunque no varía la situación anterior en el caso del

⁵⁷⁴ Y por el Dictamen 2/2015 en lo referente a los delitos contra la libertad sexual y al art. 10 LORPM.

⁵⁷⁵ Modificada en cinco ocasiones (por las LLOO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y 8/2006).

desistimiento del MF ya incoado el expediente del art. 19 LORPM). En conclusión, de una deficiente técnica legislativa se derivan efectos positivos que refuerzan el principio de intervención mínima, la posibilidad de desjudicialización y la flexibilización de las medidas que inspiraron en origen la LORPM⁵⁷⁶.

La tercera consecuencia (también de carácter positivo) puede considerarse autónoma de la supresión del Libro III CP, pero está estrechamente relacionada: en la conversión de la mayoría de las antiguas faltas a delitos leves no se ha mantenido la utilización, antes habitual, de la pena de localización permanente, lo que ha supuesto su práctica desaparición⁵⁷⁷. Motivos económicos parecen estar detrás de este cambio en la política criminal: la mayoría de los delitos leves están castigados con pena de multa; pero en el DP de menores, en el que no se contempla la sanción económica como medida educativo-sancionadora (como es lógico por su nulo contenido preventivo especial positivo), esta reducción del uso de la localización permanente ha venido a significar la imposibilidad de adoptar la medida de permanencia de fin de semana en varios supuestos en los que antes era posible, y ello en virtud del primer párrafo del art. 8 LORPM que impide al Juez de Menores «imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos».

Por último, otras consecuencias se derivan de la supletoriedad del CP respecto de la LORPM⁵⁷⁸ o por remisiones expresas a ciertos preceptos modificados;

⁵⁷⁶ JERICÓ OJER, en: *XXI Seminario Interuniversitario Internacional de DP*, Universidad de Alcalá, 2018.

⁵⁷⁷ Desaparece completamente como pena menos grave (de tres meses y un día a seis meses), manteniéndose únicamente como pena leve (de un día a tres meses). Sin embargo, no se modifica su límite máximo de seis meses establecido en el art. 37.1 CP, ahora inútil dado que su aplicación a los casos en que la localización permanente provenga de la responsabilidad personal subsidiaria se excluye expresamente por el párrafo primero del art. 53.1 CP (para el caso de impago de multas calculadas temporalmente) y se aumenta al año (en de multas proporcionales). Se mantiene ahora como pena principal alternativa para los delitos de amenazas (art. 171.7 CP segundo párrafo), coacciones (173.3 CP segundo párrafo), injurias o vejaciones injustas (art. 173.4 CP), todos ellos de carácter leve y en el ámbito de la violencia doméstica, además de como una de las penas sustitutivas de la prisión de duración inferior a tres meses (art. 71.2 CP).

⁵⁷⁸ Sin entrar en detalles, pueden ser ejemplos de esto: la extensión del castigo de la tentativa por la supresión del antiguo art. 15.2 CP o la posibilidad de castigar actos preparatorios de los arts. 17 y 18 CP, ambos casos para los delitos leves provenientes de las faltas (lo que supone una agravación punitiva por castigarse conductas anteriormente impunes, aunque los efectos sean mínimos en la práctica).

aunque estas no se tratan en la presente comunicación (de ahí la matización en el título de «algunas» consecuencias).

ADELANTO DE DATOS EMPÍRICOS

Alumnos y personal del Área de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público de la ULE⁵⁷⁹, en colaboración con investigadores de la Universidad de Oviedo y la Universidad EAFIT (Colombia), hemos recogido durante años (y hasta el presente) datos de las resoluciones del Juzgado de Menores provincial de León, elaborando una base de datos y un estudio cuyos resultados, previsiblemente, se publicarán pronto. Dicho trabajo de investigación nace inspirado en (e ideado para ser comparado con) el realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UPNa, cuyo objetivo fue comprobar la relación existente entre los datos estadísticos de la delincuencia de menores en la Comunidad Foral de Navarra y «la deriva hacia un progresivo endurecimiento de las sucesivas reformas producidas en la legislación penal de menores y las consecuencias prácticas que dichos cambios pudieran tener»⁵⁸⁰. El mismo objetivo persigue nuestro estudio, comparando los datos entre los distintos años registrados (en nuestro caso, desde 2005 hasta 2010 coincidiendo con los años analizados por la UPNa y, posteriormente, desde 2011 hasta 2017) y también con el estudio de la UPNa, otros similares y datos publicados por la FGE o por el INE.

Para ilustrar la importancia de las consecuencias expuestas en esta comunicación, sin adelantar las conclusiones del trabajo principal, se plasman ahora algunos datos referentes al primero de los periodos identificados (2005-2010).

En dicho lapso, hubo un total de 833 condenas por delito frente a 909 por falta, formando el «*ranking*» de ilícitos penales: en primer lugar, los delitos de robo (358); en segundo, las faltas de lesiones y maltrato de obra (313); y en tercero, la falta de hurto (218). En este caso, se trata de hechos ocurridos en ese intervalo temporal.

⁵⁷⁹ Bajo la dirección del Catedrático, el Prof. Dr. *Dres. h. c.* Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

⁵⁸⁰ OLAIZOLA NOGALES/BARBER BURUSCO/JERICÓ OJER/Francés LECUMBERRI, en: RJN 53-54 (2012), 12.

Se dictaron un total de 759 autos acordando el sobreseimiento (total o parcial, libre o provisional), motivados, la mayoría (77,9%), en los mecanismos de desjudicialización (arts. 19.1 y 27.4 LORPM, excluyéndose de la estadística los desistimientos acordados antes de la incoación del expediente por parte del MF al amparo del art. 18 LORPM).

Además, de las 1.501 medidas acordadas por sentencia, 332 fueron de permanencia de fin de semana (un 22,1%); cifra solo superada por las 370 condenas a realizar prestaciones en beneficio de la comunidad (24,7%).

Estos datos dan una idea de la importancia que la supresión del Libro III CP ha tenido en el DP de menores, la cual se verá reflejada en las estadísticas de los años 2015 y siguientes.

CONCLUSIONES

I - Aunque la LO 1/2015 justifica la supresión del Libro III CP en el principio de intervención mínima y en la racionalización del servicio público de la Justicia, la desaparición formal de las faltas no supuso la destipificación penal de la mayoría de las conductas que, por el contrario, han sufrido un endurecimiento punitivo. La regulación del principio de oportunidad es la única medida coherente con el principio (injustamente) invocado, pero no compensa si se valora el aumento generalizado e innecesario de la dureza de los castigos penales y del ámbito de represión penal que oculta la reforma.

II - La reforma adolece también de importantes fallos técnicos no deseados, siendo el más notable la degradación de varios delitos menos graves a la categoría de leves por una deficiente técnica legislativa.

III - Paradójicamente, de entre las consecuencias de la supresión del Libro III CP que afectan a la LORPM, las no buscadas derivadas de esa degradación involuntaria suponen un tratamiento más benévolo de aquellos delitos leves procedentes de delitos menos graves; asimismo, el afán recaudatorio del legislador tiene un efecto, no previsto, excluyente de la medida educativo-

sancionadora privativa de libertad de permanencia de fin de semana en la mayoría de los delitos leves.

IV - No obstante, para comprobar las consecuencias prácticas de estos y otros efectos, positivos o negativos, y valorar lo acertado o no de la reforma más allá de un plano teórico, habrá que esperar a los resultados de estudios más amplios posteriores a la reforma.

BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, José: *Derecho Penal*, 2.^a anotada y corregida por HERNÁNDEZ GUIJARRO, José Julián/BENEYTEZ MERINO, Luis, Akal, Madrid, 1986.

CUGAT MAURI, Miriam, *Consecuencias penales de la supresión del Libro III*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, 225-239.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona, 2015.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *La supresión del Libro III del Código Penal y la consecuente reconversión de las faltas*, en: aa.vv.: *Especial Reforma Código Penal 2015*, Wolters Kluwer, Madrid, 2015, 45-50.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Comparecencias para informar en relación con el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Por acuerdo de la Comisión de Justicia. (Número de expediente 121/000065)*, en: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 527, 18/3/2014 (descargable en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-527.PDF#page=2).

FARALDO CABANA, Patricia: *La despenalización de las faltas, entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa*, en: InDret 3-2014, 1-31.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio/OLLOQUIEGUI SUCUNZA, Idoia: *Notas críticas sobre la conversión de las faltas en delitos en el Anteproyecto de Reforma de 2012*, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (coord.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 67-80.

GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Secuelas «colaterales» no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal*, en: *Diario La Ley* 8.553 (2015), 1-10.

JAÉN VALLEJO, Manuel/PERRINO PÉREZ, Ángel Luis: *La reforma penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2015.

JERICÓ OJER, Leticia: *Impacto de la reforma del CP de 2015 sobre la legislación penal de menores*, en: *XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Derecho Penal general y de la empresa*, ponencia en la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 15/6/2018 (próxima publicación en: <https://ficip.es/publicaciones-juridicas/actas-de-congresos-y-seminarios/actas-del-xxi-seminario-interuniversitario-internacional-de-derecho-penal/>).

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.^a ampliada y revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

OLAIZOLA NOGALES, Inés/BARBER BURUSCO, Soledad/JERICÓ OJER, Leticia/FRANCÉS LECUMBERRI, Paz: *La Justicia de menores en Navarra: seis años de actividad (2005-2010)*, en: *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 53-54, Pamplona, 2012, 11-69.

PACHECO, Joaquín Francisco: *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo I, Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1847.

Sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a tres meses de duración

Mónica Fernández Salgado

Juez Sustituta (Ourense)

I. INTRODUCCIÓN.

El artículo 35 del Código Penal establece que son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código. La pena de prisión priva al procesado de su libertad de manera continua y en un centro penitenciario en un intervalo de tiempo establecido en la condena. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa se establece para los supuestos en el que el condenado a una pena de multa no la satisfaga y se aplicará en la forma que establece el artículo 53⁵⁸¹ del Código Penal.

Desde el punto de vista de la modificación introducida en el Código Penal español por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se analizarán brevemente los aspectos más novedosos de la regulación de la suspensión y sustitución de la pena y, con

⁵⁸¹ Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37.

También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado.

un poco más de profundidad, relevantes caracteres de la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a tres meses de duración.

La regulación de formas del cumplimiento de la pena se recoge en el Capítulo III del Libro III , en los artículos 80 y siguientes, del Código Penal bajo la rúbrica "De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional".

La sustitución de la condena, que con anterioridad al 1 de Julio de 2015, estaba recogida en el artículo 88, hoy suprimido, permitía al juez, en caso de que la pena no excediese de un año, sustituirla por trabajos en beneficio de la comunidad, multa o localización permanente.

Tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 1/15 de 30 de marzo, la sustitución de la pena de prisión por otra distinta, como la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad como beneficio autónomo ha desaparecido, encuadrándose ahora dentro de las condiciones de la suspensión de la pena (artículos 80 y 84 del Código Penal).

II. ASPECTOS MÁS NOVEDOSOS DE LA REGULACIÓN DE LA SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA CÓDIGO PENAL ESPAÑOL POR LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO.

En nuestro derecho se mantiene la culpa como base de resarcimiento aunque se tiende hacia una mayor objetivación a través de la llamada teoría del riesgo. Los requisitos para que la misma aparezca son la existencia de una acción u omisión antijurídica y culpable , una relación causal entre el agente y el daño y la reparación del daño⁵⁸².

El Tribunal Constitucional asegura que el mandato establecido en el artículo 25 de la Constitución Española⁵⁸³, dirigido al legislador y a la

⁵⁸² MAPELLI CAFARENA/TERRADILLOS BASOCO. Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., 1996.

⁵⁸³ Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.

Administración Penitenciaria, es la base y orienta la ejecución de las penas privativas de libertad⁵⁸⁴.

La necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por determinados condenados, que presentan un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, inspira el beneficio de la remisión condicional de la condena, pues en determinados casos la ejecución de una pena breve impediría la resocialización y readaptación social del penado⁵⁸⁵.

MIR PUIG⁵⁸⁶ asegura que con la suspensión de la ejecución de la pena se pretende evitar el cumplimiento de penas privativas de libertad no absolutamente necesarias. Se puede aplicar a todas las penas privativas de libertad, prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa. La eficacia de las penas cortas de prisión tiene que ir orientada a la reeducación del autor.

El Código Penal español vigente regula la suspensión de la ejecución de la pena en los artículos 80 a 87, Sección 1ª del Capítulo III titulado “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, encuadrado en el Título III dedicado a “Las penas”, dentro del Libro I del Código Penal.

Los principales cambios operados en esta institución, tras la reforma introducida por la LO 1/15, se resumen en los siguientes aspectos:

- Los jueces y tribunales valorarán si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para conocer su posible peligrosidad y, en consecuencia, si puede concedérsele o no el beneficio de la suspensión.
- Se establece la equivalencia entre los antecedentes correspondientes a condenas impuestas por los tribunales españoles y las impuestas por cualesquiera otros tribunales de Estados miembros de la Unión Europea⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 120/2000, de 11 de abril de 2015.

⁵⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 209/1993, de 28 de junio de 1993.

⁵⁸⁶ MIR PUIG. Derecho Penal. Parte General, 9ª ed., 2011, p. 689.

⁵⁸⁷ Decisión Marco 2008/675/JAI.

- Los jueces y tribunales resuelven sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez.

- El pago de la responsabilidad civil continúa siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución; pero es la ocultación de bienes, o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado, lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada.

- Como alternativas posibles, dentro del régimen único de suspensión de condena que se establece, se mantienen los supuestos de delincuentes que cometen el hecho delictivo a causa de su grave adicción a drogas o sustancias tóxicas y la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad con algunas modificaciones que intentan hacer más efectivo el sistema y que ofrecen a los jueces y tribunales una mayor flexibilidad .

- Se concede libertad a los jueces y tribunales para resolver sobre cuáles son las comprobaciones que deben llevarse a cabo para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales.

- El tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad moderándose su importe dentro de ciertos límites.

- Se precisa cuál es el momento de inicio de los plazos de suspensión. El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda, aclarándose que si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme. Cuando la decisión no pueda adoptarse en sentencia (que se hará siempre que sea posible), se articula un trámite de audiencia para las partes. Este mismo trámite se incorpora antes de resolver sobre la modificación de las condiciones o su revocación, si bien en este último supuesto queda salvaguardada la posibilidad de que el juez revoque inmediatamente ante casos de riesgo de fuga, peligro para la víctima o reiteración delictiva.

El artículo 80.1⁵⁸⁸ del Código Penal regula la suspensión ordinaria⁵⁸⁹ exigiendo como requisitos, el artículo 80.2⁵⁹⁰, que el condenado haya delinquido por primera vez. que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa, que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127 del Código Penal .

⁵⁸⁸ Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

⁵⁸⁹ Sentencia 28/2016, rec 19/16 de la Audiencia Provincial de Cuenca, sec 1ª, 14-12-16, «(...) siendo esta Sentencia de fecha posterior a la entrada en vigor de la L.O. 1/2015 , resulta aplicable la nueva legislación; es decir, la nueva redacción de los artículos 80 y siguientes del Código Penal. Sentado lo anterior, resulta que la concesión de los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena siguen configurándose en el nuevo artículo 80.1 del Código Penal como una facultad de los Jueces o Tribunales, y determinándose en el apartado 2 del referido artículo 80 las condiciones para dejar en suspenso la ejecución de la pena; condiciones que son las siguientes: "1.ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto es el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. 2.ª Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. 3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y el impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento".

⁵⁹⁰ Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

III.SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD INFERIORES A TRES MESES DE DURACIÓN.

MOLINA BLÁZQUEZ asegura que la reparación ha de ser una respuesta al delito junto con las demás consecuencias previstas en él⁵⁹¹ . Mantiene que el Código Penal de 1995 incluye como circunstancia atenuante el hecho de “*haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos*”⁵⁹², se exige la satisfacción de las responsabilidades civiles como requisito para a suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad .

El juez podrá condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento de lo acordado entre las partes si hubo mediación, al pago de multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

En el Código Penal se establece que en la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente⁵⁹³.

En la anterior regulación se tenía en cuenta que en la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente. Cuando por aplicación de las reglas anteriores procedía imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta sería en todo caso sustituida conforme a lo

⁵⁹¹ MOLINA BLÁZQUEZ, La aplicación de la pena, Edit.S.A. BOSCH,1996, p. 93.

⁵⁹² Artículo 21.5^a Código Penal .

⁵⁹³ Artículo 71 del Código Penal modificado por LO 1/15 en vigor desde el 1 de julio de 2015

dispuesto en la sección II del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda⁵⁹⁴.

La sustitución habrá de ser acordada o bien en la misma sentencia, o bien en auto motivado posterior, y en todo caso antes de dar inicio a la ejecución de la pena.

1.Multa

La pena de multa es una sanción de carácter económico⁵⁹⁵, ha de ser cumplida y conlleva antecedentes penales. El juez determinará la extensión de la multa en atención a las circunstancias del caso. No podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración. La pena de multa tiene **dos modalidades** que son el **sistema de días-multa**, el habitual salvo que el delito remita expresamente a la imposición de otra y la multa proporcional que se impone en determinados delitos como los que son contra la Hacienda Pública o los relacionados con el tráfico de drogas. Se trata de una sustitución forzosa y preceptiva que acaecerá en aquellos supuestos en los que tras la aplicación de las reglas generales para la aplicación de las penas, contenidas en los artículos 61 a 71 del Código Penal, proceda la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses.

2.Trabajos en beneficio de la comunidad

Se trata de una **pena privativa de derechos cuya imposición** requiere el **consentimiento del penado** y le obliga a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

⁵⁹⁴Artículo 71 del Código Penal de 1995 hoy derogado.

⁵⁹⁵ Artículo 50 del Código Penal

No serán retribuidos, tendrán una duración mínima de un día y máxima de un año y la duración diaria no **podrá exceder de ocho horas**.⁵⁹⁶

Como consecuencia de la desaparición de la pena de arrestos de fin de semana, el artículo 88.1, párrafo 1.º, permite sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, expresa el módulo para su conversión y contempla la posibilidad de imponer la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83, cuando no hubieran sido impuestos como penas, sin que su duración pueda exceder de la pena sustituida. También a causa de la supresión de los arrestos de fin de semana el artículo 88.1, párrafo 2.º, regula la sustitución de las penas de prisión superiores a un año e inferiores a dos por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad. El nuevo párrafo 3.º contiene una excepción a lo previsto en los dos anteriores, pues, cuando la condena hubiera sido impuesta por el delito del artículo 173.2, sólo será posible sustituir la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad, debiendo imponerse necesariamente la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la observancia de las obligaciones o deberes del artículo 83.1, 1.ª y 2.ª⁵⁹⁷.

Se puede plantear el interrogante de si es posible sustituir toda la prisión impuesta por la misma cantidad de días de trabajo en beneficio de la comunidad y, además, por la doble cantidad de días multa, o si, por el contrario, los días de prisión convertidos en días de trabajos en beneficio de la comunidad no podrán ser computados para su sustitución por multa y viceversa. La preferencia por esta segunda posibilidad resulta obvia si se repara en que el párrafo 2.º se remite al anterior que expresamente afirma sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo, por lo que los días convertidos en una de las penas sustitutivas aplicables no podrán ser tenidos en cuenta para su conversión en la otra. Para evitar la imposición de un número de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que pudiera tener un efecto desocializador,

⁵⁹⁶Artículo 49 del Código Penal .

⁵⁹⁷ ABEL SOUTO, M. La Suspensión de la Ejecución de la Pena Tras la LO 1/2015, Edit. Tirant lo Blanc, Valencia 2017, pág 133 y ss.

será necesario respetar el límite máximo de un año establecido en el artículo 40.4, y sustituir por multa el resto de pena no sustituida por dichos trabajos⁵⁹⁸.

El mínimo no podrá ser inferior al que resulte de aplicar los criterios de conversión establecidos en el art. 84.3 del Código Penal (un día de prisión por una jornada de trabajo) sobre un quinto de la pena impuesta. En un sistema jurídico integrado, el mismo habrá de fijarse según las pautas del art. 84.1,3ª CP, es decir aplicar el módulo de conversión de un día de prisión por una jornada de trabajo sobre un máximo de dos terceras partes de la pena impuesta, pero con el límite máximo de un año que fija el art. 40.4 del Código Penal , pues no podemos olvidar que se trata de una pena.

La Ley Orgánica 1/ 2015 acaba con la sustitución extraordinaria conjunta de la prisión superior cuando se acude a prestaciones laborales, obligatoriamente por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, mantiene los mismos módulo de conversión y no aclara si ahora está prohibida la sustitución conjunta por multa y prestaciones laborales ni fija un máximo en el artículo 80.3.2 a diferencia de lo establecido en el artículo 84 sobre aplicar los criterios de conversión⁵⁹⁹.

3.Localización permanente

Teniendo en cuenta la especial naturaleza de la localización permanente, que tras la LO1/15 quedó limitada a determinados delitos leves como modalidad de responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de multa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal y como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses, la nueva regulación suprimió la sustitución ordinaria como forma de ejecución de las penas privativas de libertad al derogar el artículo 88 del Código Penal⁶⁰⁰ y se atenúa así la aplicación de esta

⁵⁹⁸ Circular Fiscalía 1/2005

⁵⁹⁹ ABEL SOUTO, M. La Suspensión de la Ejecución de la Pena Tras la LO 1/2015, Edit. Tirant lo Blanc, Valencia 2017, pág. 133 y ss.

⁶⁰⁰ “..en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará (...)”.

condena que no se ha integrado en el marco de suspensión establecido tras la ley citada.

Si la localización permanente se cumple en el propio domicilio o lugar asimilado, no sería susceptible de suspensión. Si se cumple en centro penitenciario, puede ser discutible pero el hecho de que la decisión venga determinada por la reiteración en la comisión de delitos y cómo forma de excluir al reo de la posibilidad de cometer nuevas infracciones en sábados, domingos y festivos, parece que quedaría descartada la posibilidad de la suspensión.

CERVELLÓ DONDERIS ⁶⁰¹ ha manifestado que en los casos en los que se haya optado por la aplicación del cumplimiento penitenciario, y teniendo en cuenta que es una opción judicial y por tanto sin imperativo legal, la pena de localización permanente como privativa de libertad que es, debería ser suspendida a pesar de sus dificultades, ya que de lo contrario el ingreso en prisión no va a permitir la clasificación y con ello se empuja al cumplimiento íntegro de la condena sin posibilidad de atemperar la privación de libertad; en segundo lugar, si no se ha suspendido la pena y por tanto se produce el ingreso en prisión, debería ofrecerse al interno la participación en algún tipo de actividad con el necesario respeto a la separación de otros condenados, ya que de lo contrario se asemeja más a una detención en centro policial que a una privación de libertad propiamente dicha.

Es importante la cuestión de si debe apreciarse que quien deja de cumplir varias jornadas, en el marco de una misma condena, de localización permanente, incurre en un delito continuado de quebrantamiento de condena⁶⁰². Así nos encontramos con diferentes opiniones⁶⁰³:

La localización permanente es sin duda una pena privativa de libertad, pues así lo dispone el artículo 35 del Código Penal. Si se quebranta una pena de localización permanente se ha suscitado cierta controversia en torno a la

⁶⁰¹ CERVELLÓ DONDERIS, V. Revista de Estudios Penitenciarios Extra-2013 / PÁG.83.

⁶⁰² artículo 468.1 del Código Penal.

⁶⁰³ Gallego Sánchez, G., La continuidad delictiva en el incumplimiento de las penas de localización permanente y TBC. Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 3, pg. 7. 1 de julio de 2011.

interpretación que ha de darse al artículo 468.1 del Código Penal , si la pena que debe solicitar el Ministerio Público es la de prisión o la de multa. La tesis favorable a la solicitud de pena de multa se fundamenta en la aplicación de la Instrucción 3/1999 , conforme a la cual , corresponde a los Fiscales acomodar sus calificaciones en el principio de proporcionalidad entendiendo que la localización permanente es una pena cuyo ámbito ordinario de aplicación es la de los delitos leves y al tratarse de la interpretación más favorable al reo. La opción favorable a la solicitud de prisión se sustenta en la naturaleza de la pena, entendiendo que resulta incuestionable como es una pena privativa de libertad, así como en la propia literalidad del artículo 468 Código Penal, incluso existe jurisprudencia en este sentido.⁶⁰⁴

La Fiscalía General del Estado, a través de su Consulta 1/2016 de 24 de junio, ha encomendado a los fiscales de toda España " *acomodar sus calificaciones al último inciso del artículo 468.1 del Código Penal en los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario, puesto que en estos supuestos, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no supone una efectiva situación de privación de libertad* ". Se incoará una nueva **causa por delito de quebrantamiento** de condena. La circular citada también aborda los problemas que puedan surgir cuando la medida de localización permanente quebrantada derive de una sustitución conforme al artículo 71.2 Código Penal o de una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria conforme al artículo 53 Código Penal . El quebrantamiento dará también lugar a la deducción de testimonio y a la incoación de nueva causa por el tipo atenuado del artículo 468 Código Penal .

Algunos autores mantienen que no existe razón alguna que justifique un tratamiento diferenciado respecto de otras figuras delictivas en las que resulta posible la modalidad continuada. Aunque existe cierta jurisprudencia⁶⁰⁵ que

⁶⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009 de 25 de junio. Sentencia del Tribunal Supremo 1680/2001 de 24 de septiembre.

⁶⁰⁵ Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de diciembre de 2009 y 19 de enero de 2007.

mantiene su no aplicación, la Circular de la FGE 2/2004, ha defendido que las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de la localización permanente deben incluir la deducción de testimonio por el delito de quebrantamiento del condena del artículo 468 Código Penal.

Otros autores con cierto apoyo jurisprudencial⁶⁰⁶, manifiestan que cuando son varias las jornadas de trabajo a las que deja de asistir el penado o varios los días en que se ausenta del domicilio designado para el cumplimiento de la localización permanente debe considerarse un solo delito aplicando unidad natural de acción.

La jurisprudencia ha considerado que existe unidad natural de acción cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha⁶⁰⁷. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 diciembre 2010, entiende que tal doctrina de unidad normativa de acción era aplicable a los casos en que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, careciendo de sentido descomponerlo en varios actos delictivos por cuanto la lesión delictiva solo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario y responde a la misma motivación. La mayoría de las sentencias relativas a quebrantamiento de localización permanente condenan por un solo delito aun cuando sean varios los días de ausencia del domicilio.

VII. CONCLUSIONES

La institución de la “*suspensión de la pena*” constituye un pilar fundamental dentro de la “*política criminal*” moderna. Ha de orientarse hacia la reinserción social del reo y evitar así los efectos criminógenos de la prisión cuando se cumplen determinados requisitos y cuando no existe un pronóstico de reincidencia en el futuro. La suspensión no es automática sino motivada y al exigir el requisito de hacer frente a la responsabilidad civil derivada del delito se

⁶⁰⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2008 y de 23 de junio de 2005.

⁶⁰⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1997, 2 de septiembre de 1997, 19 de junio de 1999, 7 de mayo de 1999, 4 de abril de 2000.

está introduciendo un factor que en ocasiones dificultará el principio de igualdad a no ser que siempre se tengan muy en cuenta las condiciones concretas y se descienda a analizar en profundidad cada supuesto pues nos hallaremos en casos de que los condenados sean totalmente insolventes y hemos de "fiarnos" de datos externos como podrían ser la búsqueda activa de empleo.

La Reforma del Código Penal permite ahora a los Jueces ser más flexibles a la hora de acordar la suspensión del cumplimiento de la condena. Se ha buscado que los penados que por primera vez han cometido un delito y que, por el estudio de la naturaleza del hecho, de la conducta del reo y su esfuerzo por reparar el daño causado así como del análisis de sus circunstancias de manera individualizada, se supone que no volverán a reincidir de forma razonable en la infracción penal no ingresen en prisión teniendo como base para ello una escasa peligrosidad criminal.

Se trata de evitar la contaminación carcelaria que se produce en delincuentes primarios a causa de su convivencia en un centro penitenciario con avezados internos que generarán más efectos negativos y perjudiciales en su personalidad, que los de resocialización e integración social, que constituyen uno de los fines principales de la pena. Se ha buscado la existencia de unos resortes que impidan el ingreso en prisión de aquellas personas que han sido condenadas a penas cortas de prisión, bien suspendiendo la ejecución del fallo o sustituyendo éste por otro tipo de consecuencias penales menos gravosas para el infractor. Se permite conjugar los fines de prevención especial y los de prevención general, sobre todo en penas de privación de libertad de escasa duración en las que las citadas, multa, trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente, pueden resarcir el daño social e individual causados con el delito cometido. Se trata de salvaguardar también el equilibrio entre el interés de la sociedad en que se cumplan las penas y el efecto que se persigue desde políticas penitenciarias en su cumplimiento.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Sentencia nº 463/07, re. 7610/07 del Tribunal Constitucional, Auto de 17 de diciembre de 2007
" este Tribunal ha establecido como criterio general la improcedencia de la suspensión de la ejecución de aquellos fallos judiciales que admiten la restitución íntegra de lo ejecutado, como, por lo general, sucede en las condenas de contenido patrimonial, salvo que por su importancia o cuantía o por las especiales

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, M. *La Suspensión de la Ejecución de la Pena Tras la LO 1/2015*, Edit. Tirant lo Blanc, Valencia 2017
- CERVELLÓ DONDERIS, V. *Revista de Estudios Penitenciarios Extra-2013*.
- GALLEGO SÁNCHEZ, G., *La continuidad delictiva en el incumplimiento de las penas de localización permanente y TBC*. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 3, 1 de julio de 2011.
- MAPELLI CAFARENA/TERRADILLOS BASOCO. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 1996.
- MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011.,
- MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de la pena*, Edit. S.A. BOSCH, 1996.
- L.O. 10/95 de 23 de noviembre del Código Penal.
- L.O. 1/15, de 15 de marzo de 30 de marzo.

circunstancias concurrentes, su cumplimiento pueda causar daños irreparables...Por el contrario, entiende procedente acordarla en aquellos otros que afectan a bienes o derechos del recurrente de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior, lo cual sucede en las condenas a penas privativas de libertad, habida cuenta de que "la libertad constituye un derecho cuya naturaleza convierte el perjuicio irrogado en irreparable, en caso de estimarse el amparo una vez cumplida parcial o totalmente la pena" ...No obstante, este criterio no es absoluto, ni determina la suspensión automática de las resoluciones cuya ejecución afecte a la libertad, pues el art. 56 LOTC responde a la necesidad de mantener un equilibrio entre los intereses del recurrente, los generales de la sociedad y los derechos de terceros. En consecuencia es necesario conciliar el interés en la ejecución de las resoluciones judiciales y el derecho a la libertad personal, para lo que deben examinarse las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto, pues las mismas pueden incrementar o disminuir el peso de los citados intereses, inclinando la resolución a favor del interés general o del interés particular que siempre concurren en el supuesto de hecho. Así, hemos afirmado que la decisión ha de ponderar la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados y el bien jurídico protegido, su trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el tiempo que reste de cumplimiento de la misma, el riesgo de eludir la acción de la Justicia y la posible desprotección de las víctimas."

La justicia penal juvenil en España

Inmaculada Torres Moreno

Doctoranda de Derecho Penal

Universidad de Jaén

I. Introducción. La delincuencia juvenil en España

La expresión delincuencia juvenil hace referencia a la participación de los jóvenes en un hecho delictivo. Pero, ¿qué debemos entender por joven? De acuerdo con su significado etimológico, cuando hablamos de juventud nos estamos refiriendo al tramo de edad que va desde la niñez hasta la edad madura. Desde el punto de vista jurídico, dada la imposibilidad de determinar con precisión cuando se alcanza la madurez y para otorgar mayor seguridad jurídica al sistema, en el ámbito penal, cuando hablamos de juventud se hace referencia a los menores que aún no han alcanzado la mayoría de edad.

La delincuencia juvenil es un fenómeno que se da en todas las sociedades y que ha generado y sigue generando una gran alarma social, no sólo porque sus protagonistas son menores de edad, sino también porque en la mayoría de las ocasiones sus víctimas también lo son. Alarma social que se encuentra alimentada, en gran medida, por el papel desempeñado por los medios de comunicación⁶⁰⁹; que han transmitido una imagen de que la justicia penal juvenil es ineficaz, blanda y que, dados los delitos tan graves y numerosos que se cometen, es necesario endurecerla. De hecho, esta imagen o percepción de la delincuencia juvenil ha sido acogida por los diferentes partidos políticos (sin contrastar la información con otras fuentes) generándose un discurso político centrado en la necesidad de cambiar la ley de responsabilidad penal del menor

⁶⁰⁹ POZUELO PÉREZ, L. (2013), Capítulo V: La política criminal mediática en España: Las reforma de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, en *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes* (pp. 113-146), Madrid, España, Marcial Pons.

(LORPM en adelante). Pero no en cualquier sentido. Si no, en el sentido de endurecerla, en vez de preocuparse por atajar la verdadera raíz del problema.

En resumidas cuentas, la imagen que tiene nuestra sociedad sobre la delincuencia juvenil se puede estructurar en tres puntos:

- Elevada delincuencia juvenil en nuestra sociedad
- Comisión de delitos violentos por los jóvenes
- LORPM demasiado blanda

Para comprobar si esa percepción de la sociedad es cierta o no, las hipótesis de nuestro trabajo serán las siguientes:

- En España no existe una elevada tasa de delincuencia juvenil
- Los menores infractores españoles no cometen mayoritariamente delitos de extrema gravedad
- La LORPM no es *blanda*

En base a dichas hipótesis, los objetivos de nuestro trabajo serán:

- Determinar la tasa de criminalidad juvenil en España
- Estudiar la tipología delictiva de los menores infractores en España
- Analizar críticamente la LORPM con el fin de comprobar la dureza con la que responde ante la comisión de un hecho delictivo cometido por un menor infractor.

II. La delincuencia juvenil en España, ¿es elevada?

Para tratar de responder a esta cuestión, será necesario acudir a estadísticas policiales o judiciales. De acuerdo con los datos ofrecidos por el Ministerio del Interior en su anuario estadístico del año 2016⁶¹⁰, obtendríamos la siguiente tabla de menores que han sido detenidos por la Policía por la presunta comisión de algún delito:

⁶¹⁰ Recoge datos de las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, referente a aquellas personas mayores de 14 y menores de 18 años que han sido detenidas e investigadas por la presunta comisión de algún delito.

22.203	21.938	19.777	18.134	19.169
--------	--------	--------	--------	--------

Tabla de elaboración propia

Como se puede observar, durante este período de tiempo la tendencia es descendiente, habiéndose reducido un 13.66% en el año 2016 en comparación con el 2012.

Ahora bien, para conocer los menores con edad comprendida entre los 14 y 18 años que han sido condenados, debemos remitirnos al Instituto Nacional de Estadística, donde se puede extraer la siguiente información:



Tabla de elaboración propia

De esta tabla se puede extraer que los menores de edad que han sido condenados por la comisión de algún delito, han ido descendiendo en los últimos 5 años, concretamente un 20.05% en 2016 respecto a 2012.

Pero, ¿qué tasa de delincuencia juvenil existe en España? Para calcular la tasa de criminalidad se procede dividiendo el número de delitos cometidos entre el total de la población objeto de estudio, multiplicando posteriormente el resultado por 1.000. Así pues, obtendríamos la siguiente tabla:

	1.279.892	22.203	17.35
	1.773.740	19.169	10.80

Tabla de elaboración propia

Así pues, la tasa de criminalidad juvenil en España es del 10,80; esto quiere decir que se han cometido 10,8 delitos por cada 1000 habitantes. Por lo que no tenemos una elevada tasa de esta modalidad delictiva; además, se puede observar la misma tendencia que hemos apreciado anteriormente en los datos analizados, habiéndose producido un descenso del 37.75% en la tasa de criminalidad juvenil.

Por lo tanto, como conclusión a este punto debemos decir que NO existe una elevada delincuencia juvenil en España, estando la misma en descenso continuado (salvo un año que hubo un repunte) durante el periodo de tiempo analizado; confirmando así nuestra hipótesis de partida.

III. ¿Cometen los menores infractores delitos violentos?

De acuerdo con los datos del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior del año 2016, obtendríamos la siguiente tabla de menores que han sido detenidos por la Policía por la presunta comisión de algún delito.

I. Contra las personas	3.581	18,68%
Homicidios dolosos/asesinatos	35	0,18%
Lesiones	1.993	10,40%
Malos tratos ámbito familia	1.431	7,46%
Otros	122	0,64%

⁶¹¹ Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es)

II. Contra la libertad	1.344	7,01%
Malos tratos habituales ámbito familiar	186	0,97%
Contra la libertad	1.158	6,04%
III. Contra la libertad sexual	433	2,26%
Agresión sexual con penetración	70	0,38%
Corrupción de menores o incapacitados	20	0,10%
Pornografía de menores	24	0,12%
Otros	319	1,66%
IV. Relaciones familiares	2	0,01%
V. Contra el patrimonio	11.753	61,31%
Hurtos	4.376	22,83%
Robos con fuerza en las cosas	3.008	15,69%
Robos con violencia o intimidación	2.296	11,98%
Sustracción de vehículos	738	3,85%
Estafas	142	0,74%
Daños	975	5,09%
contra la propiedad intelectual e industrial	4	0,02%
Blanqueo de capitales	0	0%
Otros	214	1,11%
VI. Seguridad colectiva	950	4,96%

Trafico de drogas	329	1,72%
Contra la seguridad vial	564	2,94%
Otros	57	0,30%
VII. Falsedades	178	0,93%
VIII. Administración Pública	1	0,001%
IX. Administración de Justicia	201	1,05%
X. Orden Público	632	3,30%
XI. Legislación Especial	1	0,001%
XII. Otras	93	0,49%
Total	19.169	100%

Anuario Estadístico del Ministerio del Interior del año 2016

Tras examinar la tabla, se puede observar que la mayoría de los delitos cometidos son contra el patrimonio, constituyendo un 61.31%; seguido de los delitos contra las personas (18,68%) y por los delitos contra la libertad (7,01%).

Si nos centramos en los delitos más graves, aquellos que suelen acaparar los titulares de los medios de comunicación, tenemos que los homicidios/asesinatos suponen un 0,18% y el de agresión sexual con penetración un 0,38%.

Así pues, en base a lo expuesto, podemos llegar a afirmar nuestra segunda hipótesis al determinar que los menores infractores en España no cometen delitos de especial gravedad.

IV. ¿Es nuestra LORPM demasiado *blanda* con nuestros menores infractores?

1. La LORPM

El antecedente de nuestra LORPM lo encontramos en el Decreto de 11 de junio de 1948, el cual atribuía el control de las infracciones cometidas por menores a unos órganos. Eran denominados: Tribunales Tutelares de Menores (que a pesar

de su nombre no era un Juez ni un Magistrado, bastaba con ser un buen padre de familia). Por entonces, el menor no era considerado penalmente responsable; en caso de que cometiese algún delito debía ser objeto de protección. En estos casos, no se establecía ningún procedimiento para *juzgarlos* con garantías procesales; sino que era un mismo órgano el que se encargaba de la instrucción y de resolver. El fundamento de este peculiar sistema radicaba en que la función de dicho órgano era tutelar/corregir a los menores, no sancionarlos. Y como la finalidad era corregir, las medidas eran de duración indeterminada. De las medidas previstas, la central era la de internamiento, que se cumplía en los que todos conocemos como reformatorios.

Más tarde, en 1978 se aprobó nuestra Constitución; produciéndose contradicciones entre lo que establecía dicho Decreto y nuestra Norma Suprema. No fue hasta 1991 cuando el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional algunos preceptos de dicho Decreto. Y, en 1992 se aprobó la LO 4/1992 sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. La cual fue derogada por la actual LORPM. Su aprobación supuso la instauración de un auténtico derecho penal de menores. Entre sus objetivos se encuentran el de salvaguardar los derechos de los menores, determinar su responsabilidad así como la sanción correspondiente, pero en vez de sanciones nos habla de medidas socio-educativas, impuestas a través de un sistema flexible (frente al rígido establecido en el Código Penal), atendiendo más a las circunstancias del menor que a la gravedad del delito.

2. Reglas de aplicación de las medidas en el Derecho Penal de Menores

Las medidas pueden ser definidas como las consecuencias jurídicas aplicables a los menores mayores de 14 años y menores de 18 años, por la comisión de una infracción penal.

Para analizar la dureza de nuestra LORPM a la hora de aplicar las medidas, vamos a centrarnos especialmente en los artículos 9 y 10 de dicha ley. Comencemos, pues, con el artículo 9.

Empieza este artículo estableciendo qué medidas se puede imponer como consecuencia de la comisión de una falta. Es importante recordar que tras la reforma del Código Penal del año 2015, al suprimirse las faltas, algunas pasaron a convertirse en delitos leves y otras en infracciones administrativas (a través de la Ley de Seguridad Ciudadana). Así, por ejemplo la antigua falta de **deslucimiento de bienes muebles o inmuebles** (art. 626 CP), pasa a convertirse en una infracción administrativa leve en el art. 37.13 LOSC, castigándose con una multa **los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan infracción penal**". Por otro lado, cuando este daño o deslucimiento tenga lugar sobre bienes privados no situados en vía pública será castigado como delito, dependiendo su gravedad de si la cuantía de los daños es mayor o menor de 400 euros. Entonces, si un menor realiza un hecho que antes estuviera tipificado como falta, pero ahora como infracción administrativa ¿se debería sancionar? Considero que no, ya que la LORPM es de aplicación para los supuestos en los que el menor realice un hecho tipificado como delito en el CP o en las leyes penales especiales.

Continúa estableciendo que la medida de internamiento en régimen cerrado se podrá interponer en los siguientes supuestos:

- Delito grave
- Delitos menos grave, en cuya ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad física. Me llama la atención que no se tenga en cuenta la mayor o menor gravedad de la violencia o intimidación empleada.
- Delitos que se cometan en un grupo o el menor pertenciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Interesa destacar el hecho de que permita la aplicación de la medida de régimen cerrado en los casos en los que los delitos se cometan en grupo. Es decir, el legislador parece ser que no ha tenido en cuenta que los jóvenes suelen actuar en grupo, dentro del cual se encuentra "seguro" y también le ayuda a reforzar esa conducta delictiva (de hecho, en la

mayoría de los casos si no existiese ese “grupo” de apoyo, quizás no hubieran realizado ningún hecho delictivo”). Además habla de “delitos”, por lo que incluso un delito leve podría sancionarse con una medida de internamiento en régimen cerrado, algo, bajo mi punto de vista, es desproporcional. Por ello considero necesario que la actuación en grupo no sirva para cualificar la conducta.

Continúa estableciendo, en su apartado 3, que la duración máxima de las medidas será de 2 años, las prestaciones en beneficio de la comunidad durarán como máximo 100 horas y la permanencia de fin de semanas como máximo 8 fines de semana. Como se verá al analizar el artículo 10, esta regla general se va a convertir en excepción.

En el apartado 9.4 LORP, nos dice que en ningún caso se podrá sancionar con esta medida las acciones u omisiones imprudentes. Teniendo en cuenta que en la mayoría de las ocasiones los menores actúa por imprudencia (pues recordemos cuando nosotros teníamos 14-15 años, seguramente muchas de las actuaciones que hacíamos por entonces, las pensamos ahora y decimos: ¿cómo se me ocurría hacer tal cosa? o “menos mal que no pasó nada grave”), considero que la imprudencia, en los menores, no debería sancionarse con ninguna medida. Algunos dirán, que en el CP hay ciertos delitos en los que se condena la imprudencia y que, por ende, los menores deberían sancionarse también por ellos. Pues bien, quizás también habría que plantearse (como ocurre en Alemania) el elaborar un CP específico para menores, pues hay determinados tipos de delitos que un menor nunca cometerá (por ejemplo, prevaricación) y otros muchos que se cometen fruto de la imprudencia propia de la edad, que no deberían ser sancionados penalmente.

Finaliza el artículo 9 LORPM, estableciendo que en cuando se aprecien algunas de las circunstancias previas en los apartados 1, 2 y 3 del art. 20 del CP; sólo se podrán aplicar algunas de las medidas terapéuticas (tratamiento o internamiento ambulatorio). Como estas medidas son las que se asemejan a las medidas de seguridad del CP, si hacemos una comparación entre ellas hay una diferencia abismal. Que consiste, en la no exigencia de la peligrosidad por parte del sujeto

de reiteración delictiva. Por lo tanto en menores, basta con que concurra una circunstancia de las citadas (por ejemplo, alteración psíquica), sin necesidad de que exista un pronóstico de peligrosidad futura para su imposición. Se va a imponer sea o no peligroso el menor en cuestión.

Continuemos ahora con el artículo 10 LORPM. Éste se aplica cuando se trate de hechos susceptibles de ser sancionados con medidas de internamiento en régimen cerrado, el Juez (oído el Ministerio Fiscal, las partes personas y el equipo técnico), actuará conforme a las siguientes reglas:

- Si en el momento de cometer el delito tuviera 14 o 15 años, centrándonos en la medida de internamiento en régimen cerrado, la duración de la misma podrá alcanzar hasta los 3 años.
- Si tuviera entre 16 o 17 años, la duración máxima de la medida se incrementará hasta los 6 años.
- En los supuestos de extrema gravedad (reincidencia) de los menores de 16 o 17 años, la medida de internamiento en régimen cerrado tendrá una duración comprendida entre uno y seis años, más un periodo de libertad vigilada hasta 5 años.

Aunque me parece acertada la diferenciación en tramos de edad en atención al grado de madurez de los menores, considero excesiva la duración máxima de las medidas (donde la regla general de los dos años, se va difuminando). Pues hay que recordar que el tiempo para ellos no corre igual que para nosotros, porque por ejemplo, si a un menor de 16 años se le impone una medida de 6 años en régimen cerrado, es como si le condenarían a más de un tercio de su vida a tener que cumplir una sanción.

Respecto a la reincidencia he de decir que la LORPM no define qué debemos entender por tal. Para conocer qué debemos entender por ella, de acuerdo con la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, habrá de aplicarse supletoriamente el CP; según el cual habrá reincidencia cuando haya sido condenado en sentencia firme por un delito del mismo título y que sean de la misma naturaleza. Esta interpretación dejaría la puerta abierta a considerar como

antecedentes computables a efectos de reincidencia tanto las condenas impuestas por el procedimiento establecido en la LeCrim como a través de la LORPM. Pero la circular establece que sólo deben considerarse estos últimos.

Otro problema añadido radica en que no existen normas en la LORPM sobre la cancelación de los antecedentes penales. Al encontrarnos en esta situación, si los antecedentes penales de los menores no fuesen cancelables, sería situarlos en una peor condición que los adultos. Por lo que para salvar este vacío, siguiendo de nuevo a la Circular anterior, debe de aplicarse de manera supletoria el CP; y acudir a las normas de cancelación de antecedentes previstos allí. De hecho, como las medidas de la LORPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad, se aplicará este régimen de cancelación. Según el art. 137 CP: Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley. Por lo tanto, no se puede considerar reincidente a un menor aun cuando hubiera sido condenado con anterioridad por un delito comprendido en el mismo Título y de la misma naturaleza, cuando al tiempo de cometer el nuevo hecho ya hubiera cumplido la medida.

Seguimos analizando el artículo 10 LORPM. Para el caso de que cometa un delito de los establecidos en el artículo 138, 139, 179, 180, 571 a 580, o que estén castigados en el Código Penal o en las leyes penales especiales con una pena de prisión igual a superior a 15 años, las reglas a tener en cuenta son las siguientes:

- Si tuviera entre 14 y 15 años, la medida de internamiento en régimen cerrado tendrá una duración entre uno y cinco años, más un periodo de libertad vigilada hasta 3 años.
- Si tuviera entre 16 y 17 años, la medida de internamiento en régimen cerrado tendrá una duración entre uno y ocho años, más un periodo de libertad vigilada hasta 5 años.

- En los delitos de terrorismo, además, se impondrá una medida de inhabilitación absoluta de 4 a 15 años superior a la medida impuesta. Atendiendo a la gravedad del delito, número de delitos cometidos y circunstancias concurrentes en el menor⁶¹².

Volvemos a repetirnos en cuanto a la duración de las medidas. Pues, si aplicásemos al máximo este apartado, nos podemos encontrar con una persona de 30 años, aún cumpliendo una medida por un delito cometido con 17 años. Un tanto excesivo.

En cuanto al período de libertad vigilada, como ocurre en la determinación de la misma con los adultos, es muy difícil que el Juez pueda determinar en el momento de dictar sentencia las necesidades que va a tener el menor dentro de unos años. Se ha defendido que el juez en sentencia no determine su duración, sino sólo los criterios que van a valorarse en el futuro, cuando llegue el momento de determinar su duración para iniciar el cumplimiento de la misma. Pero si atendemos al significado literal de la LORPM, eso no es posible, ni tampoco lo sería por motivos de seguridad jurídica. Así pues, lo más adecuado es que el Juez disponga en sentencia de la duración de la medida de libertad vigilada, tal y como establece la LORPM; pero que en caso de que así resulte necesario por la evolución del menor durante el cumplimiento de las medidas, haga uso de sus facultades de sustitución o suspensión de la medida, cuando lo considere adecuada a las necesidades del menor.

El art. 13 de la LORPM recoge el régimen general de modificación de las medidas. Pero nos encontramos con dos excepciones.

- Cuando el menor tuviese 16 o 17 años, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez podrá modificar la medida impuesta, una vez cumplido el primer año de internamiento (art. 10.1.b LORPM)
- Cuando se trate de determinados delitos (entre ellos, el terrorismo) y tuviese el menor 16 o 17 años, el Juez podrá hacer uso de sus facultades de modificación,

⁶¹² En este supuesto se impondrá un período de seguridad, durante la primera mitad del cumplimiento de la medida. Durante este periodo, no se podrá modificar, suspender o sustituir la medida impuesta.

suspensión o sustitución cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta (art. 10.2.b LORPM)

Nos encontramos aquí con un periodo de seguridad, similar al establecido para los adultos. Pero, la principal diferencia radica en que, mientras en el derecho penal de adultos se permite al Juez de Vigilancia Penitenciaria la posibilidad de aplicar el régimen general en función de la evolución del penado (entre otros requisitos), en justicia penal juvenil no; y eso que se encuentra inspirado por el principio interés superior o el principio de flexibilidad. Ante esta contradicción, sería conveniente que se permitiese anular este período de seguridad cuando la evolución del menor así lo haga aconsejable; dejando al margen de esta posibilidad los menores que hayan cometido determinados delitos muy graves, como los de terrorismo.

La posibilidad de suspensión de las medidas, recogidas en el art. 40 LORPM, comparte la principal crítica con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y concesión de la libertad condicional; pues, en caso de revocación deberán cumplir, en ambos casos, el período pendiente de cumplimiento, ya que el tiempo transcurrido en suspensión, no se computará a efectos de liquidación. Es decir, no se tiene en cuenta el tiempo transcurrido en suspensión a la hora de determinar, en el supuesto de revocación, el período de tiempo que, de manera proporcional, debería proceder a cumplir. La actual regulación, de ambas instituciones, provoca que de cierta manera, se alargue la pena inicialmente impuesta (pudiendo llegar incluso al doble de tiempo), que se retrase la cancelación de antecedentes y, por lo tanto, que se dificulte su integración social y familiar. Pero además, el sistema juvenil es mucho más restrictivo que el de adultos. Citemos dos ejemplos. En primer lugar, en los supuestos de revocación por la comisión de un delito, no se exige que se trate de un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundó la decisión de suspensión ya no puede ser mantenida; ya que sólo se exige que sea condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión con carácter firme. En segundo lugar, en el sistema juvenil es indiferente que el incumplimiento de las obligaciones sea de carácter grave y reiterado o no; dejando a un margen el principio de proporcionalidad.

V. CONCLUSIONES

Comenzábamos este trabajo diciendo que nuestra sociedad tiene una imagen de que existe una elevada delincuencia juvenil en España y que nuestros menores infractores cometen delitos de especial gravedad, considerando además que la LORPM no responde con suficiente dureza ante este fenómeno.

Tras esta investigación se ha comprobado que dicha concepción social de la delincuencia juvenil es errónea.

En primer lugar, se ha concluido que no existe una elevada tasa de delincuencia juvenil, situándose en 10,8 delitos por cada 1000 habitantes; añadiendo que los menores que han sido detenidos por su presunta participación en algún delito ha descendido un 13.66% (desde 2012 hasta 2016) y el número de menores condenados un 20.05%, dentro de ese mismo periodo. Por lo que la tendencia es positiva.

En segundo lugar, se ha comprobado que los menores no cometen delitos violentos, representando los delitos contra el patrimonio más del 60% del total de delitos cometidos por menores infractores; y los delitos de homicidio, asesinato y agresión sexual representan conjuntamente el 0.56%.

En tercer lugar, respecto a la LORPM, las conclusiones que se han podido obtener son las siguientes:

- Es necesario la actualización de dicha norma. Pues, entre otros factores, hace alusión a las faltas, las cuales fueron suprimidas del Código Penal, siendo algunas reconducidas a delitos leves y otras a infracciones administrativas (por las cuales no se puede imponer ninguna medida sancionadora-educativa)
- No tiene en cuenta factores psicosociales de los menores. Esto se aprecia en diversos aspectos de nuestra norma. Por ejemplo, al establecer la posibilidad de sancionar un delito leve con una medida de internamiento en régimen cerrado por el hecho de ir en grupo (incluso los delitos leves) o al sancionar la imprudencia (es importante recordar que en el tramo de edad que estamos barajando, muchas de las lesiones a bienes jurídicos que se producen son ocasionadas por la imprudencia propia de los jóvenes o de la falta de madurez).

Esto también se aprecia en la excesiva duración de las medidas, ya que el transcurso del tiempo para los menores no corre igual que en los adultos.

- En ocasiones establece un régimen más duro para menores que para los adultos. Como por ejemplo, en los supuestos de internamiento o tratamiento ambulatorio (comparable con las medidas de seguridad de adultos) no se exige la existencia de un pronóstico de peligrosidad futura como sí ocurre en adultos. Otro ejemplo lo encontramos en la posibilidad de supresión del período de seguridad y aplicación del régimen general de cumplimiento. Posibilidad sí permitida en adultos pero no en menores.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA

POZUELO PÉREZ, L. (2013), Capítulo V: La política criminal mediática en España: Las reforma de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, en *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes* (pp. 113-146), Madrid, España, Marcial Pons.

MONTERO HERNANZ, T., *La justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones*, La ley: grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp.133 - 151

FUENTES CONSULTADAS

Anuario estadístico del Ministerio del Interior del año 2016
(www.interior.gob.es)

Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es)

Derecho Administrativo

Las administraciones independientes en el sector de la energía: tensiones presentes y futuras

Simón López

1. El Derecho de la Unión Europea, vector de independización de la regulación del sector eléctrico.

a. Las tendencias liberalizadoras y los organismos reguladores.

Es ampliamente conocida, y por ello huelga exponer en profundidad, la conexión íntima existente entre la ampliación de las competencias atribuidas a las instituciones de la Unión Europea por la sucesivas reformas de sus Tratados, por un lado, y, por otro, el continuo impulso liberalizador desplegado por aquéllas⁶¹³. A pesar de que diversas disposiciones del Derecho primario de la Unión sugieren una cauta no-intervención de la Unión en el modo en que sus Estados miembros regulan los sectores económicos más estratégicos⁶¹⁴, el Derecho de la Unión no ha quedado en absoluto al margen de tales cuestiones. Antes al contrario, las normas vinculantes y el *soft law* europeo han representado en muchas ocasiones las puntas de lanza de los procesos liberalizadores no sólo al calor de las nuevas competencias atribuidas a las instituciones de la Unión al compás de las reformas de los Tratados, sino, incluso antes de ello, mediante la interpretación extensiva de sus competencias originarias en materia de mercado interior⁶¹⁵.

En el marco de esa agenda liberalizadora, la constitución y el progresivo afianzamiento competencial de los llamados, según el caso, organismos reguladores o autoridades (administrativas) independientes ha constituido un componente fundamental del programa desarrollado por la Unión Europea y

⁶¹³ Muñoz Machado. "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en Muñoz Machado, Santiago, and José Esteve Pardo. "Derecho de la regulación económica." Madrid: Iustel (2009).

⁶¹⁴ Así, el artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que dispone que "Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros".

⁶¹⁵ Barnard, Catherine. The substantive law of the EU: the four freedoms. Oxford University Press, 2013.

acogido, mal que bien, en los ordenamientos jurídicos nacionales⁶¹⁶. En efecto, la creación de estas entidades desgajadas del cuerpo de las administraciones públicas ordinarias se integra con naturalidad en los postulados fundamentales del ideario liberalizador de las Directivas europeas, que abogan por “neutralizar” o aislar determinadas funciones, eminentemente económicas, sustrayéndolas del control del Gobierno de turno y de la administración a su servicio⁶¹⁷. Se pretende así que dichas funciones públicas no queden al albur de los idearios y programas políticos que varían con ocasión de los sucesivos ciclos electorales, sino que se ejerzan por una instancia orgánica y funcionalmente autónoma⁶¹⁸. La adopción de dicho planteamiento conlleva, según sus adalides, numerosas ventajas⁶¹⁹. El presupuesto más bien tácito de dicho desgajamiento orgánico se cifra en la identificación de una serie de materias sobre las que se pueden adoptar decisiones tendencialmente neutrales y objetivas, guiadas por criterios eminentemente técnicos⁶²⁰.

b. Los organismos reguladores en el sector de la energía.

Lo ocurrido con las funciones reguladoras y supervisoras del ámbito de la energía se inscribe plenamente en esta tendencia reciente de *autonomización* orgánica del ejercicio de determinadas prerrogativas públicas. Aunque más adelante trataremos de trazar una genealogía esquemática de este proceso, ha de señalarse que, al compás de estas modificaciones legislativas y de los correspondientes debates sobre las concretas competencias que se atribuían legalmente al organismo regulador existente en cada momento, una cuestión fundamental ha ocupado el centro de las controversias políticas y jurídicas: los

⁶¹⁶ Vírjala Foruria, Eduardo. "Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia:(especial referencia al caso español)." *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* 8 (2014), página 168.

⁶¹⁷ Pomed Sánchez, Luis Alberto. "Fundamento y naturaleza jurídica de la Administraciones independientes." *Revista de Administración Pública* 132 (1993), página 140.

⁶¹⁸ Lasheras Merino, Miguel Ángel. "La autoridad reguladora nacional en el sector de la energía: la experiencia española", en Segura, Julio (coord.). "Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español". Madrid: Fundación Ramón Areces (2018), páginas 232-233.

⁶¹⁹ Vírjala Foruria, Eduardo. "Los Organismos Reguladores ...", página 168 y siguientes.

⁶²⁰ Pomed Sánchez, Luis Alberto. "Fundamento y naturaleza jurídica ...", página 161.

organismos reguladores del sector energético, ¿son o han de ser independientes? ¿Qué ha de entenderse por tal independencia y cuáles son sus efectos?

2. Independencia: problemas de una noción ambivalente.

a. Versiones y perjudicados de la independencia.

Una de las cuestiones relevantes consiste en indagar qué sujetos son los afectados por esa independencia, valga decir sus “perjudicados”. Igual que respecto de otros elementos de su régimen, las normas que abordan la independencia de los organismos reguladores han variado en función de la aprobación de las diversas Directivas que han pautado su desarrollo. Así, se observa que, tras unos comienzos en que esa independencia se predica primariamente respecto de los actores económicos⁶²¹ que intervienen en el sector económico de que se trate (el de la energía, en este caso), las Directivas más recientes amplían el radio o ámbito de influencia de dicha cualidad para incluir también entre los destinatarios de la misma a las administraciones públicas, y particularmente al Gobierno.

En cualquier caso, la (auto)percepción de estos entes no se ha ajustado siempre estrictamente al tenor literal de sus normas reguladoras. Así, autores como Lasheras han puesto de relieve cómo ya durante los primeros pasos del organismo regulador de la energía, precisamente cuando su grado de institucionalización era aún menor, y su independencia no se predicaba explícitamente respecto del Gobierno, los diversos organismos reguladores energéticos acometieron, al menos discursivamente, una decidida tentativa de asentar y consolidar esa aspiración de independencia⁶²². Se observa así que las dos realidades han discurrido no enfrentadas, pero sí paralelamente y a distintas velocidades: por un lado, el tenor literal de las normas reguladoras –españolas y de Derecho de la Unión– de los organismos reguladores dibujaban una autonomía orgánica y funcionalmente limitada; por otro, la práctica discursiva

⁶²¹ A este respecto, no debe sin embargo olvidarse que en varios países de la UE, la realización de determinadas actividades económicas en régimen de monopolio y su posterior liberalización conducía a que una de las empresas competidoras fuese la antigua empresa pública monopolista.

⁶²²Lasheras Merino, Miguel Ángel. “La autoridad reguladora nacional...”, página 228.

de los propios organismos realzaba los rasgos institucionales en que se podía atisbar una verdadera independencia.

Este fenómeno podría constituir una manifestación de las incipientes tensiones entre, por un lado, las instituciones de la Unión Europea y los primeros organismos reguladores nacidos al amparo de su normativa, con sus tentativas de impulsar una auténtica cultura de la *regulation* en su sentido anglosajón, y, por otro, unos poderes políticos aún adheridos a un entendimiento más clásico de la *reglamentación* de los sectores económicos⁶²³. Dicho de otro modo, es necesario indagar el modo en que la aceptación como principio de la existencia de organismos reguladores más o menos independientes se ha traducido en divergencias inter-institucionales respecto de la adopción de una determinada arquitectura institucional y competencial que encarnase aquel principio.

b. Independencia, responsabilidad, “politización”.

En efecto, si el propio estatuto teórico o el engarce constitucional de los organismos autónomos presentan ya problemas de entidad, las dificultades no se disuelven, antes bien se agravan, en lo que respecta a la plasmación institucional de dicho principio.

A este respecto, las discusiones sobre la “politización” o la “colonización u ocupación partidista” de estas entidades son uno de sus aspectos más candentes. Habida cuenta de las importantes funciones que están llamados a desempeñar, los organismos reguladores están necesariamente impregnados de una no desdeñable “naturaleza política”. Esta dimensión propiamente política, en sentido laxo, de las funciones regulatorias ha sido subrayada por la doctrina⁶²⁴ y no parece que pueda ser puesta en cuestión, habida cuenta de que las competencias de los organismos regulatorios abordan con regularidad cuestiones social y económicamente sensibles⁶²⁵, sin perjuicio de la sujeción de

⁶²³ Guayo Castiella, Íñigo del. “Regulación”, Madrid: Marcial Pons (2017), *passim*.

⁶²⁴ Bacigalupo Saggese, Mariano. “Estado democrático y administraciones independientes: ¿carecen o deben carecer los organismos reguladores independientes de toda dimensión política?”, en Constitución: norma y realidad: Teoría constitucional para Antonio López Pina. Marcial Pons, 2014, *passim*, especialmente página 348; Vírjala Foruria, Eduardo. “Los Organismos Reguladores...”, página 169.

⁶²⁵ Pomed Sánchez, Luis Alberto. “Fundamento y naturaleza jurídica...”, páginas 121 y ss.

sus decisiones a criterios jurídicos⁶²⁶ y, más en general, del constitucionalmente imperativo sometimiento a la Ley y al Derecho⁶²⁷. Por ello, quizás no sea procedente equiparar totalmente ambas dimensiones (política y partidista).

Enfocado así el tema, y partiendo de que uno de los objetivos principales de los organismos reguladores es, precisamente, sustraer determinadas decisiones regulatorias de la influencia del Gobierno, sería un fracaso que, obturadas las vías formales de ejercerla⁶²⁸, esa influencia operase mediante expedientes más indirectos e informales, por ejemplo mediante la designación de miembros afines a los partidos políticos en los órganos de los organismos reguladores o mediante el ejercicio de presiones sobre ellos⁶²⁹.

En cualquier caso, según la visión generalmente compartida, la preservación de la esfera decisoria de los organismos reguladores exigiría una potenciación de su estatuto de independencia formal. Ello se concretaría, entre otros, en el refuerzo de los mecanismos institucionales que eviten su sujeción a instrucciones formales o informales provenientes del Gobierno y de la Administración, y a la consolidación y ampliación de las competencias ejercidas por ellos. No obstante, existen datos que sugieren que esos procedimientos pueden revelarse contraproducentes o, al menos, problemáticos. En efecto, estudios empíricos recientes⁶³⁰ han hallado una correlación positiva especialmente relevante entre el grado de independencia formal de los organismos reguladores y la intensidad de la influencia partidista en varias de sus manifestaciones. Entre estas últimas se cuenta, principalmente, la pertenencia pasada o presente de los miembros a un partido político o una vinculación directa a él. Tal y como señala explícitamente el estudio en cuestión, *“la idea de que la independencia formal protege a las agencias de*

⁶²⁶ Aunque, en ocasiones, revistan una menor densidad normativa.

⁶²⁷ Artículo 103.1 de la Constitución.

⁶²⁸ Por ejemplo, artículo 3.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que dispone que *“ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública [...]”*.

⁶²⁹ Víruga Foruria, Eduardo. "Los Organismos Reguladores ...", páginas 182-183.

⁶³⁰ Ennsner-Jedenastik, Laurenz. "The politicization of regulatory agencies: Between partisan influence and formal independence." *Journal of Public Administration Research and Theory* 26.3 (2015): 507-518.

la politización partidista –ya sea creando barreras institucionales o reforzando la norma de no-interferencia– está cuestionada por estos resultados”⁶³¹.

Pues bien, parece claro que la cuestión que late tras estas cuestiones es la de la responsabilidad política de las decisiones regulatorias. En efecto, la autonomía relativa de los organismos reguladores no ha alcanzado a desapoderar completamente a los órganos propiamente gubernativos del Estado⁶³² ni a disolver la idea de la responsabilidad política como algo global. Esto plantea la realidad de una disociación o evolución paralela entre, por un lado, la titularidad y ejercicio de determinadas competencias regulatorias (en ocasiones residenciadas en organismos reguladores más o menos independientes), y, por otro, la subsistencia de la responsabilidad política como algo unitario, al menos en el imaginario popular. En efecto, si la responsabilidad y, eventualmente, la censura política por la adopción de determinadas políticas públicas se imputan unitariamente al Gobierno y a los grupos políticos que lo sostienen⁶³³, es razonable pensar que estos últimos actores pretenderán mantener ciertos canales de influencia sobre las instancias independientes de decisión que ejercen determinadas prerrogativas pero que, sin embargo, no suelen hacerse acreedoras de críticas dirigidas exclusivamente a ellas. Si las vías de influencia o interferencia más directas (por ejemplo, las instrucciones) se encuentran formalmente proscritas, es previsible que las tentativas de influencia se deslicen hacia mecanismos más indirectos pero no menos intensos como el de la elección de miembros afines.

Otro ejemplo particularmente ilustrativo de esta tendencia de los órganos políticos es el de preservar competencias que, según la idea institucional propia de los organismos reguladores independientes, deberían corresponder a estas últimas, pero que aquellos conservan por mor de su índole especialmente delicada. Los avatares legislativos de la competencia de fijación de las tarifas eléctricas, que se trasladaron a la CNMC antes de retornar a manos del Ministerio, son un ejemplo de esto último. Este último caso constituye una

⁶³¹ Ídem, página 516. Traducción propia.

⁶³² Bacigalupo Saggese, Mariano. "Estado democrático ...", página 348.

⁶³³ Ídem, página 344.

manifestación particularmente instructiva del modo en que la compartimentalización de las funciones públicas en el ámbito de la energía eléctrica no alcanza a destruir el fenómeno subyacente, que es el de la exigencia de unidad y coherencia de las políticas, en este caso las relativas al ámbito eléctrico. Esta tensión entre la compartimentalización de las competencias y la persistente unidad de la responsabilidad política se percibe por, al menos, algunos titulares de los órganos políticos, que invocan nociones tan cargadas de significación como la de “soberanía nacional” para defender la limitación del apoderamiento competencial de los organismos reguladores⁶³⁴.

En un plano no completamente distinto, los vaivenes competenciales en la progresiva consolidación de los organismos reguladores⁶³⁵ pueden también analizarse como un síntoma de su quebradiza aceptación social. En efecto, queda por demostrar el grado de enraizamiento o legitimación social de estas mismas agencias entre la población en general. Tanto es así que ese déficit de respaldo social se pone de manifiesto en determinadas voces doctrinales por lo demás favorables a la consolidación de organismos reguladores⁶³⁶.

En cualquier caso, persisten determinados interrogantes relativos a la posibilidad misma de cohonestar el carácter intrínsecamente político de la actividad desplegada por los organismos reguladores independientes con su carácter contramayoritario y, a su vez, con la necesidad de cierta responsabilidad política. Es posible que nos encontremos, por tanto, ante un dilema jurídico y de políticas públicas (al menos parcialmente) irresoluble⁶³⁷.

En cualquier caso, merece la pena interrogarse sobre el grado en que estas cuestiones controvertidas son comunes a los ordenamientos nacionales de la

⁶³⁴ Así, Lasheras Merino, Miguel Ángel. “La autoridad reguladora nacional...”, página 251, citando declaraciones del exministro Nadal: “*Si ustedes quieren que estas Cortes Generales no digan nada de cómo se fijan las tarifas, es decir, los peajes, [...] y que todo lo lleve la CNMC, pues bien, pero yo pienso que hay un espacio para la soberanía nacional en la fijación de las tarifas, [...]. Yo creo que las Cortes Generales y el Gobierno tienen mucho que decir sobre eso [...]. Ahora, si ustedes piensan que no y que todo lo tiene que hacer la CNMC, es también una postura, pero a mí me parece muy extrema [...]*”.

⁶³⁵ Para una descripción más detallada, véase *infra*.

⁶³⁶ Lasheras Merino, Miguel Ángel. “La autoridad reguladora nacional...”, página 266.

⁶³⁷ *Idem*, página 237: “*la exigencia de responsabilidad es vista como la fuente primaria de legitimidad, lo que nos lleva a reconocer un cierto trade-off entre independencia y accountability, pues la exigencia de responsabilidad puede llegar a limitar la independencia, sobre todo en función de quién la exige*”.

Unión Europea, y el grado en que las mismas responden a particularidades institucionales o causas históricas específicas del ordenamiento jurídico español.

3. La resistencia de poderes políticos a la adopción integral del modelo regulador: ¿una particularidad española?

A efectos de determinar, siquiera sea sumariamente, si existe o no alguna particularidad del Derecho español respecto a su capacidad de integrar las novedades institucionales en lo que respecta al ordenamiento eléctrico, y en particular a la implantación de un organismo regulador en el mismo⁶³⁸, es imprescindible remontarse a la principal causa de transformación de ese subsector del ordenamiento en las últimas décadas: el Derecho de la Unión Europea⁶³⁹.

En efecto, el Derecho eléctrico español ha mutado en gran medida al compás de los sucesivos paquetes normativos aprobados por las instituciones europeas, y posteriormente transpuestos al Derecho interno. Si se intenta trazar una breve genealogía de dicho proceso, puede observarse que, en lo que al Derecho de la Unión Europea respecta, la voluntad normativa se ha caracterizado por impulsar una gradual pero inequívoca potenciación del organismo regulador como forma institucional central del ordenamiento eléctrico de los Estados miembros⁶⁴⁰. Sin embargo, paralelamente, el legislador español no ha mostrado una voluntad tan nítida de reforzar la independencia orgánica y aumentar las potestades de ese organismo regulador. Antes al contrario, se atisba en la actividad legislativa del último un continuo vaivén entre las parciales tentativas de fortalecimiento institucional del organismo regulador y una notable reticencia a cortar los vínculos de dependencia de este respecto de los poderes políticos. En definitiva, *“la evolución del organismo regulador energético español muestra con claridad la*

⁶³⁸ Sobre esta cuestión, véase más ampliamente Bianculli, Andrea C., Xavier Fernández-i-Marín, and Jacint Jordana. "The world of regulatory agencies: Institutional varieties and administrative traditions." (2013).

⁶³⁹ Véase, en general, Solanes Mullor, Joan. "Administraciones independientes y estado regulador: el impacto de la Unión Europea en el derecho público español." Congreso de los Diputados (2016).

⁶⁴⁰ Idem, páginas 184-185.

resistencia del legislador español a articular una auténtica administración independiente en el sector energético"⁶⁴¹.

Los hitos de esa evolución pueden referirse brevemente de la siguiente manera⁶⁴²: tras unos inicios voluntariosos con la aprobación de la LOSEN en 1994⁶⁴³, que se adelantó a lo que habrían de ser los posteriores esfuerzos de las Directivas de la UE, la obra legislativa española se tornó mucho más ambivalente. Así, tras la primera ola de Directivas de 1996 y hasta hoy en día, la construcción del organismo regulador del sector energético ha ido siempre a remolque de las exigencias del Derecho de la UE⁶⁴⁴, en una tendencia que sólo ha conocido de singulares excepciones. Así, ya en 1997, con ocasión de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico (LSE) que emprendió por lo demás un giro liberalizador en el sector, se registró, con la creación de la Comisión Nacional del Sector Eléctrico (CNSE), "*un retroceso en cuanto al objetivo de dotar al mercado energético español de un organismo regulador con poderes reales y un auténtico estatus de independencia*", ya que "*los tímidos avances que comportó la LOSEN y la CSEN fueron revertidos y se apostó por un nuevo organismo regulador mucho más conectado con los poderes políticos*"⁶⁴⁵.

Tras de este episodio legislativo habrían de seguir varias reformas más, destacando la operada por la Ley 34/1998 de Hidrocarburos, que no trastocarían en demasía el cuadro orgánico dibujado por la LSE. En cualquier caso, puede incluso decirse que la ya débil independencia del organismo regulador se resintió aún más⁶⁴⁶, y que si bien se reforzaron determinadas potestades, es significativo que ello se realizó "*sin [...] modific[ar] su debilitado estatus de independencia*"⁶⁴⁷.

Esta ambivalencia en el comportamiento del legislador español – aumentando y reforzando en ocasiones sus funciones nominales, mientras se mantenía o se

⁶⁴¹ Idem, página 184.

⁶⁴² Para más detalles, véanse Lasheras Merino, Miguel Ángel. "La autoridad reguladora nacional...", página 226 y ss; y Solanes Mullor, Joan. "Administraciones independientes...", página 184 y ss.

⁶⁴³ Que creó una Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) con prerrogativas aun limitadas, pero que dejaban atisbar cierta consonancia o incluso adelanto respecto del estado de la cuestión en la Unión Europea.

⁶⁴⁴ Solanes Mullor, Joan. "Administraciones independientes...", página 184-185.

⁶⁴⁵ Idem, páginas 187 y 189.

⁶⁴⁶ Idem, páginas 189 y ss.

⁶⁴⁷ Idem, página 192.

debilitaba su limitado estatuto de independencia - respecto del organismo regulador energético, es ciertamente reveladora. En particular, puede analizarse como una manifestación de la voluntad de los poderes políticos de mantener abiertas las vías de control sobre el conjunto de la política energética como contrapartida a la sujeción que comporta la asunción exclusiva de la responsabilidad política por dichos poderes políticos. Así, durante este período que se extiende de mediados de los años 1990 a principios de los años 2010, el legislador no opuso demasiados obstáculos al aumento gradual de las competencias nominales del organismo regulador energético, acompañando así la normativa interna al proceso impulsado por el Derecho de la UE. Al tiempo, sin embargo, se aseguró de mantener los mecanismos institucionales que consagran su subordinación relativa a los poderes políticos, de suerte que estos mecanismos operasen a modo de válvula de seguridad ante una quizás lejana, pero ciertamente temida, situación potencial: aquella en que los órganos políticos se encontrarían en la obligación de asumir en bloque la responsabilidad política por la política energética, pero sin disponer de los mecanismos para controlar todos los resortes de la misma. Esta operación legislativa podía, ya en su momento, hacer presagiar que, en caso de que los vínculos de dependencia orgánica del organismo regulador energético respecto del Gobierno se debilitasen en el futuro, el legislador podría mostrarse mucho más reacio a persistir en el proceso de progresivo reforzamiento de las potestades de aquél.

Tras este período de equilibrio relativo y reformas graduales, en que el reforzamiento de las funciones del organismo regulador era del algún modo contrarrestado por su aún limitado estatuto de independencia orgánica, advino una nueva etapa que sería testigo de transformaciones sustanciales, principalmente en razón de la profundización de la agenda normativa de las instituciones de la Unión Europea⁶⁴⁸. Así, tras la aprobación del, por el momento, último paquete de normativa de la UE en 2009, el legislador español se limitó en un primer momento a abordar el aspecto de la independencia orgánica del organismo regulador a través de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible (LES),

⁶⁴⁸ Idem, página 193.

que si bien “*comport[ó] cambios institucionales de calado, apenas [...] aument[ó] las exiguas competencias de la CNE tal y como se exigía en la tercera generación de normativa europea de 2009*”⁶⁴⁹. No obstante, la otra vertiente, relativa al aumento de las competencias propiamente dichas del organismo, acabó por incorporarse al Derecho positivo interno a través del Real Decreto-Ley 13/2012, apuntalando así “*el fortalecimiento institucional del 2011 [con un] aumento considerable de las funciones reguladoras del CNE, que significó el abandono de la naturaleza esencialmente consultiva y de propuesta que atesoraba desde su creación en los años noventa*”⁶⁵⁰.

Como puede observarse por contraste con las cautelosas reformas anteriores, y se confirmará una vez indicada la evolución posterior, las reformas del bienio 2011-2012 habrían de constituir, a la postre, una pequeña anomalía histórica en la orientación de las constantes transformaciones del régimen jurídico del organismo regulador. A este respecto, probablemente no es casualidad que sea precisamente en 2012, en uno de los momentos álgidos de la crisis financiera que azotaba a España, cuando esto ocurriese. En un momento de dudas sobre la sostenibilidad de la deuda pública española, con presiones provenientes de las instituciones europeas sobre la orientación de las políticas económicas y regulatorias, se registró una excepción en lo que había sido, y más tarde tornaría a ser, el equilibrio entre la atribución de competencias al organismo regulador energético y el grado o intensidad de su estatus de independencia. Así, el bienio 2011-2012 fue testigo, a modo de excepción histórica, de un aumento de las funciones regulatorias del organismo regulador energético complementada, esta vez sí, con un simultáneo reforzamiento de la independencia del mismo respecto del Gobierno.⁶⁵¹

Sin embargo, la creación de la CNMC vendría a alterar este orden de cosas, situando a la contienda relativa a la posición institucional y las potestades del organismo regulador eléctrico en las coordenadas en que se había movido con anterioridad a 2011. Con la fusión de diversos organismos reguladores en una única administración independiente, a lo cual se anudó una cierta limitación de

⁶⁴⁹ Idem, páginas 193-194.

⁶⁵⁰ Idem, página 194.

⁶⁵¹ Idem, páginas 195-196

sus facultades⁶⁵², arreciaron las críticas tanto de la Unión Europea como de los próximamente extintos organismos reguladores sectoriales⁶⁵³. Esto último no es baladí a los efectos de indagar sobre la resistencia opuesta por el ordenamiento jurídico español, y en este caso por su legislador, a la integración de un modelo fuerte de administración independiente en el ordenamiento energético. Del mismo modo, es ilustrativo que la misma mayoría política que en 2012, acuciada por una situación económica crítica, llevó a la CNE a su máximo grado de independencia y dotación de competencias, desandase poco después ese camino una vez los parámetros económicos se hubieron estabilizado.

Estos elementos sugieren la existencia de una verdadera reticencia del legislador español a asumir el modelo propugnado por las instituciones europeas, al menos en lo relativo a la independencia del organismo regulador y a la amplitud de sus competencias⁶⁵⁴. A ello se suma la discordancia existente entre la aceptación formal del modelo de regulación diseminado por el ordenamiento de la UE y su problemática plasmación por medio de mecanismos competenciales concretos y efectivos⁶⁵⁵. En definitiva, cabe concluir que los vaivenes y la posición ambivalente, ya apreciable en la etapa anterior, cuando las exigencias institucionales del Derecho de la Unión eran aún tenues, ha dado paso a una clara renuencia del legislador español a reforzar el organismo regulador energético cuando el modelo postulado por el Derecho de la Unión ha requerido unos rasgos de independencia más pronunciados.

⁶⁵² Idem, página 206.

⁶⁵³ Idem, página 205.

⁶⁵⁴ Un rasgo institucional comparado, éste, que también se pone de manifiesto en Jordana, Jacint, David Levi-Faur, e Imma Puig. "The limits of Europeanization: regulatory reforms in the Spanish and Portuguese telecommunications and electricity sectors." *Governance* 19.3 (2006):, página 457. Si bien el estudio data de 2006, y es por lo tanto anterior a las Directivas de 2009 y a la creación de la CNMC, se ha observado que, en un análisis comparativo con un ordenamiento jurídico de similar inspiración como el portugués, el Derecho español se muestra más bien tímido en la atribución de competencias al organismo regulador.

⁶⁵⁵ Solanes Mullor, Joan. "Administraciones independientes...", páginas 207 y 209.

4. Presente y futuro del organismo regulador: avatares competenciales de la CNMC, nuevos actores políticos y Paquete de invierno de 2016.

El período posterior a la creación de la CNMC ha estado igualmente caracterizado por distintas tensiones entre el organismo regulador, ahora integrado en un superorganismo pretendidamente más sólido, y los órganos políticos, Gobierno y Parlamento, que aún conservan numerosos resortes de la política energética. Paralelamente, esta nueva fase también ha estado marcada por las divergencias existentes en el seno del propio organismo regulador, por ejemplo respecto de la reglamentación de la denominada “economía colaborativa”.

Por una parte, determinadas potestades han polarizado las tensiones sobre el reparto de competencias entre el organismo regulador y los poderes políticos. Es el caso, de modo palmario, de la competencia para la fijación de los peajes eléctricos. Tras un controvertido Real Decreto aprobado por el Gobierno en octubre de 2017⁶⁵⁶, en virtud del cual el Gobierno se arrogaba la facultad de fijar la cuantía de dichos peajes, la CNMC interpuso recurso contencioso-administrativo contra diversos preceptos del mismo, alegando, entre otros, que esa habilitación vulneraba lo dispuesto por las Directivas europeas⁶⁵⁷. Puesto que el recurso del organismo regulador solicitaba el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es probable que, sea cual sea la decisión por la que finalmente se incline el Tribunal Supremo, las instancias de la Unión desempeñen un papel decisivo sobre la cuestión. No en vano, la Comisión Europea también estudia su posible incompatibilidad con el Derecho de la Unión.

Por otra parte, ha de notarse una cierta intensificación o explicitación de las implicaciones políticas del estatus jurídico de independencia. Las cuestiones regulatorias y en particular las relativas a la CNMC han entrado de lleno en la

⁶⁵⁶ Real Decreto 903/2017 de 13 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital.

⁶⁵⁷ Nota de prensa de la CNMC, “La CNMC interpone ante el Tribunal Supremo un recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 903/2017 sobre reordenación del Ministerio de Energía”. Disponible en su web.

contienda política, favoreciendo así una relativa clarificación de las decisiones políticas que se esconden tras las abstrusas cuestiones competenciales. En este sentido, las declaraciones del anterior Ministro de Energía, ya citadas, son especialmente reveladoras⁶⁵⁸.

Al mismo tiempo, el nuevo conjunto de disposiciones propuesto por la Comisión Europea en otoño de 2016⁶⁵⁹, denominado “Paquete de invierno”, que se aún en fase de negociación, tendrá también, a expensas de su contenido final, un innegable impacto en las discusiones sobre la configuración institucional de la CNMC.

Finalmente, ha de destacarse que el panorama político español ha registrado importantes novedades con posterioridad a la creación de la CNMC. En efecto, las nuevas formaciones políticas parecen adoptar posiciones más nítidas, ya sea por su simpatía o su hostilidad, sobre la posición del organismo regulador en materia eléctrica, lo cual parece alejarlos de la ambivalencia que han demostrado las hasta ahora dos únicas fuerzas políticas de gobierno. Las propuestas programáticas de estos nuevos actores serán de indudable relevancia en un contexto en que el cambio de Gobierno a resultas de la moción de censura ha abierto un período de reconfiguración de las políticas energéticas.

El efecto combinado de estos fenómenos determinará la futura trayectoria del organismo regulador eléctrico en España. A priori, existen dos cauces a través de los cuales resolver las tensiones institucionales existentes hasta el momento: por un lado, el ordenamiento jurídico español podría acomodarse plenamente al modelo regulatorio impulsado por la Unión Europea, arrumbando así determinadas facultades de los poderes políticos respecto de las políticas eléctricas; por otro, el escenario opuesto consistiría en que los poderes políticos afirmen, una vez más, su inveterada reticencia al desgajamiento de competencias para su posterior atribución al organismo regulador, abriendo así la vía a

⁶⁵⁸ Véase nota 24.

⁶⁵⁹ Para el estado de avance de cada instrumento normativo, véase Comisión Europea, “Clean Energy for All Europeans”, disponible en su web.

conflictos jurídico-políticos de mayor intensidad con las instituciones de la Unión respecto de estas cuestiones.

5. Conclusiones.

En suma, los organismos reguladores constituyen una de las modalidades institucionales más emblemáticas de las tendencias que han transformado el Derecho público económico de los países europeos, y particularmente el español. A pesar de no tratarse de su única causa impulsora, el Derecho de la Unión Europea ha desempeñado un papel preponderante en el proceso por el cual los ordenamientos jurídicos han sido moldeados en un sentido liberalizador, disminuyendo, a nivel global, el grado y las modalidades de intervención de la Administración sobre determinados sectores económicos estratégicos.

Las sucesivas reformas legales que, en el caso español, han instrumentado ese movimiento liberalizador, han adoptado una posición ambivalente respecto de la independencia del organismo regulador del sector eléctrico, distinguiéndose así de las instituciones de la Unión, que propugnaban ese modelo de manera más decidida. Los vaivenes en la postura de los poderes políticos españoles, que no han aumentado la autonomía orgánica y las competencias del organismo regulador sino a remolque de las exigencias del Derecho de la Unión y en ocasiones se han resistido a las mismas, son indicativas de una reticencia de principio a la recepción plena del modelo regulatorio que tiene en las administraciones regulatorias independientes uno de sus ejes centrales.

Además de las cuestiones que ya actualmente suscitan divergencias entre los poderes políticos y el organismo regulador, como el de la designación de la autoridad responsable de fijar los peajes del sistema eléctrico, no puede descartarse que otras controversias mantengan e incluso intensifiquen esas tensiones. Diversos fenómenos, tales como la emergencia de nuevas formaciones políticas o la aprobación de las disposiciones del *Paquete de invierno*, amenazan con erigirse en causas generadoras de desavenencias entre los poderes políticos y el organismo regulador. Al cabo, el desenlace de las pugnas jurídicas y políticas

entre esas fuerzas contrapuestas determinará la orientación que adoptará, en España, el gobierno de los aspectos políticos y económicos del sector eléctrico.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo Saggese, Mariano. "Estado democrático y administraciones independientes:¿ carecen o deben carecer los organismos reguladores independientes de toda dimensión política?", en Constitución: norma y realidad: Teoría constitucional para Antonio López Pina. Marcial Pons (2014).
- Bianculli, Andrea C., Xavier Fernández-i-Marín, and Jacint Jordana. "The world of regulatory agencies: Institutional varieties and administrative traditions." (2013).
- Barnard, Catherine. The substantive law of the EU: the four freedoms. Oxford University Press (2013).
- Guayo Castiella, Íñigo del. "Regulación", Madrid: Marcial Pons (2017).
- Ennsner-Jedenastik, Laurenz. "The politicization of regulatory agencies: Between partisan influence and formal independence." Journal of Public Administration Research and Theory 26.3 (2015).
- Jordana, Jacint, Levi-Faur, David y Puig, Imma. "The limits of Europeanization: regulatory reforms in the Spanish and Portuguese telecommunications and electricity sectors." Governance 19.3 (2006).
- Lasheras Merino, Miguel Ángel. "La autoridad reguladora nacional en el sector de la energía: la experiencia española", en Segura, Julio (coord.). "Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español". Madrid: Fundación Ramón Areces (2018).
- Muñoz Machado. "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en Muñoz Machado, Santiago, and José Esteve Pardo. "Derecho de la regulación económica." Madrid: Iustel (2009).
- Pomed Sánchez, Luis Alberto. "Fundamento y naturaleza jurídica de la Administraciones independientes." Revista de Administración Pública 132 (1993).

- Solanes Mullor, Joan. "Administraciones independientes y estado regulador: el impacto de la Unión Europea en el derecho público español." Congreso de los Diputados (2016).
- Vírjala Foruria, Eduardo. "Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia:(especial referencia al caso español)." Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional 8 (2014).

Las Administraciones Públicas y canales de comunicación: nuevas estrategias para el comportamiento sostenible de los ciudadanos

Marta Cerezo Prieto⁶⁶⁰

Universidad de Salamanca

1. Introducción

Las administraciones públicas se enfrentan a diario a numerosas situaciones que requieren cambiar el comportamiento de sus ciudadanos o la opinión pública sobre un determinado asunto; bien desde la legislación, la regulación, los incentivos, las ayudas, la información o la influencia directa sobre los ciudadanos.

Existen muchísimos factores que contribuyen y regulan el comportamiento humano, desde el contexto externo (relaciones sociales, cultura, lugar geográfico, educación, empleo...) hasta la propia persona (creencias, actitudes, experiencias, conocimientos, valores, percepciones...). Los poderes políticos, entonces, tienen una responsabilidad que debe cubrir el mayor número de variables posibles para hacer llegar su mensaje.

A esto se suma lo que la economía del comportamiento denomina distorsiones cognitivas, es decir, errores, sesgos o malas decisiones que cometemos por estar poco informados, por actuar por inercia, malos hábitos o por costumbre.

Por ejemplo, los agentes responsables de la gestión y creación de políticas públicas se enfrentan a problemas que acechan a las sociedades desarrolladas como el tabaquismo, la obesidad, el medio ambiente, los accidentes de tráfico...

A continuación se mencionarán diferentes modos de llegar al público para alentar o concienciar acerca de este tipo de problemas.

⁶⁶⁰ Personal Investigador en Formación. Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal. Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca. Trabajo realizado en el marco de la Tesos Doctoral "Estrategias de innovación social para la sostenibilidad en las administraciones públicas" (Junta de Castilla y León, cofinanciado por el Fondo Social Europeo), dirigido por los Dres. Ricardo Rivero Ortega y Francisco Javier Frutos Esteban.

2. La comunicación entre Administraciones y la población: nuevos mensajes, nuevos canales.

Cuando hablamos del proceso de comunicación nos viene a la mente las teorías básicas que describen sus elementos: emisor, receptor, mensaje, código, canal y contexto.

Este esquema aparentemente tan sencillo es en realidad una compleja relación de variables y relaciones en el que actualmente tienen cabida psicólogos, economistas, comunicólogos o sociólogos como asesores.

En este contexto, existen numerosas asociaciones e instituciones cuyo trabajo consiste en simplificar lo más posible pautas y estrategias a llevar a cabo por las administraciones para que sus mensajes sean efectivos.

Desde Department for Environment, Food & Rural Affairs (DEFRA), por ejemplo, proponen el Modelo de Diamante para el Cambio de Comportamiento con la política de las cuatro E's (Dolan et al., 2010), que consisten en intervenciones o acciones que deberían cumplir los Gobiernos que se proponen cambiar el comportamiento de la sociedad. estas cuatro máximas son:

- *Enable*, habilitar. facilitar a la población la comprensión, educarla, darle facilidades y alternativas.
- *Encourage*, fomentar: ofrecer los beneficios de la actuación, informar sobre el cambio que se va a producir con ella o proporcionar retroalimentación.
- *Engage*, involucrar: a las personas, para que creen un sentimiento de compromiso y pertenencia a la decisión
- *Exemplify*, ejemplificar, dar ejemplo con la revisión de medidas y políticas que tienen y tomar medidas en la propia administración.

A raíz de estas cuatro actuaciones se ha ido ampliando el número de factores. Por ejemplo, Dolan y colaboradores (2010) incluyen dos E's más: Explorar antes de la implementación de la política y Evaluar los resultados de la misma.

También existe un modelo extendido con el modelo de las 7 E's (7e-model.be), que incluye Entusiasmar (despertando la motivación interna), Iluminar (brindar información clara y útil) y Experimentar (Leal Filho, 2018).

A continuación se desarrollará de manera concisa los principales canales que hoy día los agentes públicos emplean para hacer llegar mensajes pro-sociales y sostenibles a la población. Para ello, se partirá de los medios de comunicación tradicionales para después mencionar otro tipo de acciones conocidas como *nudges*.

2.1. Medios de comunicación y campañas de concienciación.

Los medios de comunicación ofrecen una imagen determinada de un suceso, decisión o persona, visto desde el comercialismo más bruto, vende marcas de productos a los ciudadanos y estos deciden si comprarlos o no.

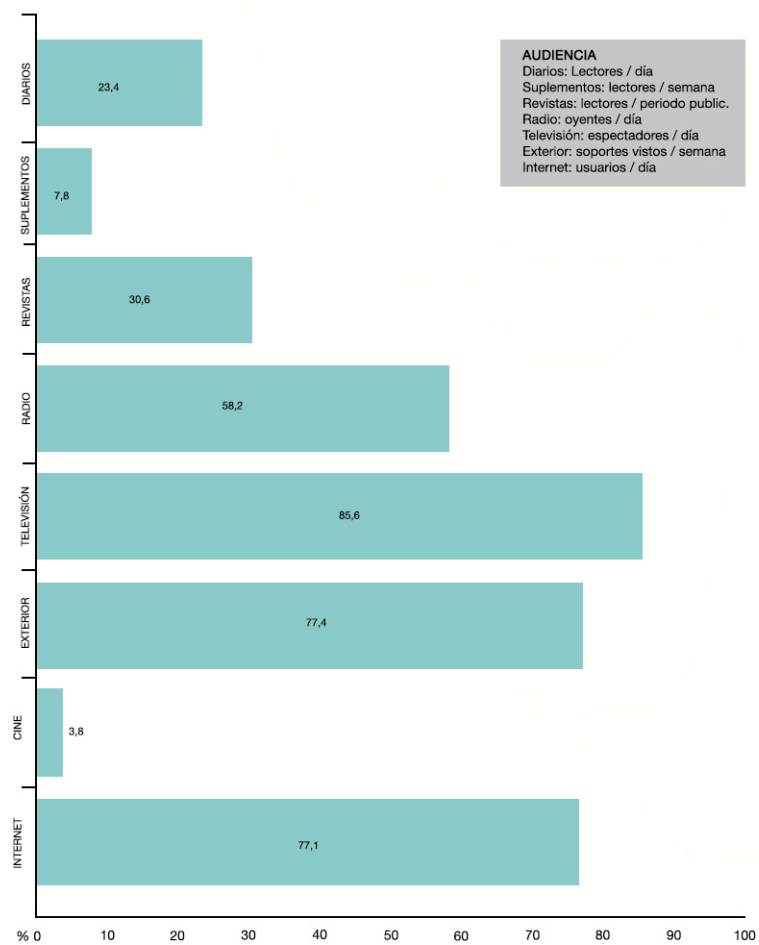
La instauración de los medios de comunicación de masas ha ofrecido a los ciudadanos la posibilidad de tener un papel de intervención mayor en el proceso comunicativo, desintermediando a los medios (Castells, 2008).

Así, los poderes políticos dependen en gran medida de los medios de comunicación. Sin ir más lejos se nos vienen a la cabeza las continuas discusiones del presidente Donald Trump con los medios de comunicación americanos.

Este papel activo de los ciudadanos determina la forma de gestionar las normas y valores de las sociedades, por lo que el acuerdo de la opinión pública es esencial para los poderes públicos dejando de lado la imposición, coerción y la dominación.

Como menciona Castells (2008), la política se basa en la comunicación socializada, en la capacidad para influir en la opinión de las personas.

Ante esta situación, en la que los ciudadanos son también divulgadores de información e ideas, donde el control de las Administraciones Públicas se diluye entre las múltiples (que no siempre quiere decir efectivas) posibilidades de



aproximación a estos, ¿qué estrategia es la más apropiada para lanzar un mensaje a los ciudadanos? ¿qué medio es el más efectivo?

Según el informe sobre la Penetración de medios de comunicación en España (De Medios, E.G., 2018) (Figura 1), el medio de comunicación más consumido por los españoles sigue siendo la televisión, seguido por medios exteriores (como las marquesinas de autobús, metro, vallas publicitarias, cabinas...) e Internet. En lo referido al *target*, en el caso de la televisión, a más edad, más consumo de este medio, mientras que en el caso de Internet

Figura 1. Informe sobre la Penetración de medios de comunicación en España, 2018. AIMC. Fuente: EGM

se da el efecto contrario. Esto significa que tanto es importante elaborar un buen mensaje como también lo es elegir el soporte en el que se va a materializar.

Si se tiene a pensar en algún mensaje que haya recibido recientemente con autoría de los poderes administrativos y políticos, posiblemente lo que más

fácilmente se le venga a la cabeza el correo postal previo a las elecciones generales o las recientes campañas contra el excesivo uso de plásticos en el consumo, por ejemplo.

¿Se ha fijado en las campañas de prevención de accidentes de tráfico del Ministerio de Interior? Sin lugar a duda, hay un abismo entre la controvertida campaña “No podemos conducir por ti” (2005), recordada por la ironización del ex presidente José María Aznar, quien se burla del paternalismo de dicha campaña (CEST, 2007); y campañas como los testimoniales de 2017, en los que miembros de asociaciones de víctimas de accidente contaban sus experiencias con mensajes reales y directos, entre iguales (Gutiérrez, 2017).

A lo largo de nuestra vida recibimos mensajes continuos que nos persuaden de los modos más variados para que tomemos decisiones. Como se ha mencionado, no interiorizaremos de igual modo un mensaje paternalista, a uno que clama a la empatía, a la solidaridad, a la preocupación por las nuevas generaciones... y no solo el mensaje es importante, también la audiencia a la que se quiere dirigir. No es lo mismo que el Estado proponga una campaña sobre concienciación medioambiental con un mensaje como “dentro de ochenta años el agua potable del planeta se reducirá a equis proporciones” y que afecte de igual forma a una persona octogenaria que a un adolescente. Estos últimos tienen una visión muy cortoplacista y ven el tiempo como una preocupación de adultos, mientras que una persona de la tercera edad puede sentirse más afectado por el legado que le deja a sus nietos o, por el contrario, conformarse con que no vivirá esos estragos.

A principios del año 2018 el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y



Figura 2. Imagen de la campaña #CadaGotaSuma, del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente (2018).

Medio Ambiente sacó a la luz la campaña #CadaGotaSuma (Figura 2), concienciando sobre el ahorro de agua y ofreciendo datos

sobre cuánto agua podemos ahorrar con sencillos gestos como llenar la lavadora o reducir el tiempo de nuestras duchas. En la frase final de la campaña se puede leer el mensaje “¿Nos importa más quedarnos sin Internet que sin agua? Internet no se acaba, el agua sí”. Esta campaña se desarrolló tanto en televisión como en prensa, Internet, redes sociales y espacios públicos, con lo que se intentó llegar al mayor número de población posible, aunque posiblemente a aquellas personas que no tienen un uso diario de Internet no sería tan eficiente.

Como se ha comentado, las maneras de llegar a su audiencia van desde el golpe de un Real Decreto, como el recientemente aprobado sobre la reducción del consumo de bolsas de plástico; pasando por campañas informativas (como las campañas en los medios de comunicación concienciando sobre el consumo de alcohol y drogas), los incentivos y desincentivos (como el carnet de conducir por puntos)...

A continuación se abordará la Teoría *Nudge*, una reciente forma de intervención de los Gobiernos sobre el comportamiento de sus ciudadanos.

2.2. La Teoría Nudge

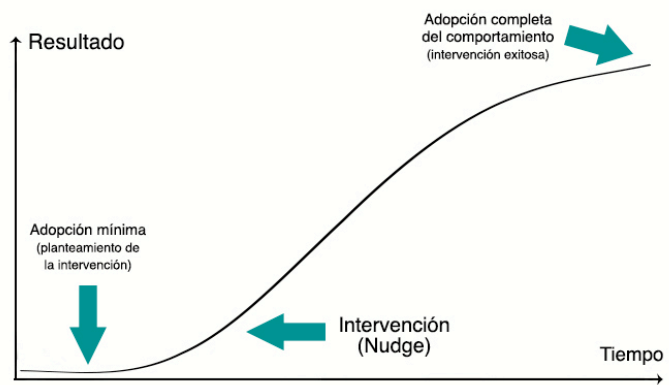
En esta sección se dará una visión general de la Teoría *Nudge*, gestada y bautizada por Richard Thaler y Cass Sunstein.

Thaler y Sunstein (2008) sostienen que la clave está en no imponer a los ciudadanos qué hacer, sino que se les ofrecen diferentes opciones en al toma de decisiones conduciéndoles (manteniendo su libertad) a las opciones más cívicas o beneficiosas para ellos. Es decir, evitar que los ciudadanos sean víctimas de sus propias distorsiones cognitivas orientándoles, no imponiéndoles.

En base a ello, definen *Nudge* (empujoncito, traducido al castellano) como cualquier aspecto de la arquitectura de elección que altera el comportamiento de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción o cambiar significativamente sus incentivos económicos. Para contar como un simple empujón, la intervención debe ser barata y fácil de evitar. Los empujones no son mandatos. Poner fruta a la altura de los ojos [con la esperanza de que la gente

elija fruta sobre alternativas no saludables] cuenta como un empujón. Prohibir la comida basura, no. (Thaler y Sunstein, 2008: 6).

En la actualidad, la Teoría *Nudge* está más que implantada entre los asesores políticos de las democracias. Ya en 2010 el Primer Ministro David Cameron dio un primer paso para su formalización y creó el Behavioural Insights Team o “Nudge Unit”, donde se discutían sobre el rediseño de nuevas formas de influir en la conducta de los ciudadanos. Al otro lado del charco, Obama se dejó asesorar por Sunstein y acercó los problemas de legisladores y economistas con la psicología del comportamiento. Así, el pensamiento conductual se abrió paso en la Ley financiera o la Política de cambio climático estadounidense (Halpern, 2015).



Para facilitar su comprensión DEFRA (2008) elaboró un gráfico (Figura 3) en el que muestra el efecto en el tiempo de las intervenciones *nudge*. En él se puede ver que a medida que pasa el tiempo desde que se aplica la intervención, los efectos van siendo menos beneficiosos. Esta es una de las críticas más comunes a la Teoría *Nudge*: su baja efectividad a largo plazo.

En España se pueden encontrar algunos ejemplos de este tipo de estrategias, aunque es cierto que en muchos casos no hay un estudio previo sobre la eficacia de los *nudges*, si no que la iniciativa procede de que los agentes decisorios lo han visto en otros países y les ha gustado la idea o les ha servido como excusa para ocultar algunas circunstancias. A continuación se presentan algunos ejemplos.

En el año 2009 se inició una campaña en algunas estaciones de metro de Madrid (Figura 4) que animaban a los usuarios a ir a pie en lugar de usar las escaleras mecánicas. Para ello, incluyeron carteles por paredes y suelos de las estaciones

con mensajes como “Aprovecha el Metro para hacer ejercicio. Libera tensiones y reduce el estrés”.



Figura 4. Campaña del Metro de Madrid “Salúmetro”.

Lo que aparentemente era una iniciativa del Ayuntamiento para promover hábitos saludables entre sus ciudadanos resultó ser una imposición, ya que durante ese período de tiempo las escaleras mecánicas estaban averiadas y se convocaron numerosas huelgas entre los trabajadores de metro que provocaron reducciones de los servicios de transporte y numerosos retrasos (Álvarez, 2009).

En 2016, aprovechando la final de la Champions, Carmena instaló un sistema para que los ciudadanos fumadores votaran por su ganador, lo que llamaron “Colillómetro” (Figura 5). Esto no era más que una papelerera transparente en la que se preguntaba quién sería el ganador de dicho partido, una excusa para votar a un equipo y no tirar las colillas al suelo. Uno de los portavoces de Ahora Madrid justificó que era una idea que habían encontrado en Internet y se animaron a hacerla (Ramírez, 2016).



Figura 5. Colillómetro, iniciativa del Ayuntamiento de Madrid.

En Barcelona Puig Rivera y Eves (2010) colocaron en una estación de metro mensajes como “7 minutos de escaleras trepando un día protege su corazón” o “Manténgase saludable, use las escaleras”.

En su estudio concluyeron que los varones, los peatones jóvenes y blancos eran más propensos a usar las

escaleras que los grupos de comparación y que aquellos ciudadanos que llevaban bolsas pesadas o iban acompañados de niños tendían más a subir por el ascensor.

3. Consideraciones finales

Tras la breve presentación realizada hasta ahora, es momento de interrogarse sobre la efectividad de las actuaciones comunicativas que se han realizado por parte de las administraciones públicas. Este texto sirve como base para futuras investigaciones que quieran profundizar sobre los canales comunicativos que transmiten mensajes a la audiencia desde una perspectiva sostenible, con la finalidad de crear una mejor convivencia entre los ciudadanos y con el medio ambiente.

A día de hoy siguen conviviendo los medios de comunicación más tradicionales con las nuevas tecnologías debido a los heterogéneos hábitos de la población. Por ello, es necesario que se mantengan los mensajes tanto en la televisión, radio, periódicos o Internet, pero sin perder de vista las características de la audiencia y la efectividad de las campañas. En muchas ocasiones los creadores de campañas de comunicación se centran en el mensaje que quieren contar, lo difunden por diferentes medios pero no comprueban la efectividad (*engage*) que estos han conseguido sobre el comportamiento ciudadano. El objetivo del proyecto que aquí se presenta es abordar desde la comunicación diferentes estrategias que promuevan un comportamiento más sostenible de la población, partiendo de la economía del comportamiento, el neuromarketing y la comunicación como ejes conductores. La Teoría Nudge parte de estas materias y es cada vez más común en documentos y acuerdos de Estados que abogan por las prácticas sostenibles como punto de partida para sus diseños. Sin embargo, en España no se ha terminado de implantar con una base teórica con mucha investigación tras de sí, si no como ideas para crear campañas originales que llaman la atención de los públicos por un tiempo. En el futuro, habrá que seguir profundizando y acercando este tipo de prácticas tanto a las instituciones públicas como a la población y cuantificando sus resultados para seguir perfilando caminos que nos involucren en comportamientos sostenibles.

Bibliografía

- Álvarez, M. J. (31 de marzo de 2009). Un metro a la japonesa. ABC. Recuperado de <https://www.abc.es/20090331/madrid-madrid/metro-japonesa-20090331.html>
- Castells, M. (2008). Comunicación, poder y contrapoder en la sociedad red (I). Los medios y la política. *Telos*, 74, 13-24.
- Colombo, C. (2006). Innovación democrática y TIC, ¿ hacia una democracia participativa?. *IDP: revista de Internet, derecho y política= revista d'Internet, dret i política*, (3), 7.
- CEST. (3 de mayo de 2007). Aznar: "Déjame que beba tranquilamente". *El País*. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2007/05/03/actualidad/1178180233_850215.html
- De Medios, E. G. (2018). Resumen general de resultados EGM. Octubre 2017 a mayo 2018. Disponible en <https://www.aimc.es/a1mc-c0nt3nt/uploads/2018/06/resumegm218.pdf>
- DEFRA (2008) UNDERSTANDING BEHAVIOURS IN A FARMINGCONTEXT: Bringing theoretical and applied evidence together from across Defra and highlighting policy relevance and implications for future research. Disponible en <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130222210253/http://www.defra.gov.uk/statistics/files/defra-stats-foodfarm-environ-obs-research-behaviour-aceopaper-nov08.pdf>
- Dolan, P., Hallsworth, M., Halpern, D., King, D. and Vlaev, I. (2010) MINDSPACE Institute for Government, London. Recuperado de <http://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/MINDSPACE.pdf>
- Gutiérrez, A. (28 de junio de 2017). El ministro del Interior presenta una nueva campaña para prevenir accidentes. *Tráfico y Seguridad Vial*. Recuperado de <http://revista.dgt.es/es/noticias/nacional/2017/06JUNIO/0628ministerio-del-interior-presenta-una-nueva-campana.shtml#.W5d3NegzaUk>
- Halpern, D. (2015). *Inside the nudge unit: How small changes can make a big difference*. London, England: WH Allen.

- Leal Filho, W. (Ed.). (2018). *Handbook of Sustainability Science and Research*. Springer.
- Puig-Ribera, A., & Eves, F. F. (2010). Promoting stair climbing in Barcelona: Similarities and differences with interventions in English-speaking populations. *European Journal of Public Health*, 20(1), 100–102. doi:10.1093/eurpub/ckp059
- Ramírez, D. (23 de mayo de 2016). Carmena instala en Madrid un sistema para votar con el cigarro quién ganará la Champions. *El Español*. Recuperado de https://www.elespanol.com/deportes/futbol/20160523/126987420_0.html
- Revenga, J. (5 de febrero de 2018). Las trampas del semáforo nutricional. *El comidista*. Recuperado de https://elcomidista.elpais.com/elcomidista/2018/01/17/articulo/1516197336_140139.html
- Thaler, Richard H.; Sunstein, Cass R. (2008). *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. Yale University Press.

**El desistimiento en la ley 39/2015, de 1 de octubre, del
Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones**

Públicas y su aplicación a la adjudicación de concesiones demaniales

Jesús Manuel Coca López

Profesor Asociado

Universidad de Córdoba

PRIMERA.- BREVE INTRODUCCION A LA FIGURA DEL DESISTIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN

El desistimiento como instrumento de la administración no es una figura desconocida al derecho administrativo. Bien es cierto que tanto la ley de 1958 como la anterior ley de procedimiento, ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no contemplaban expresamente esta posibilidad si bien la jurisprudencia admitió el desistimiento como instrumento al servicio de la administración apercibiendo de la necesidad de una resolución expresa conforme el artículo 42.1 de la ley 30/1992, así lo han entendido entre otros GAMERO CASADO⁶⁶¹.

No es sino con la nueva ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas cuando se positiviza y encuentra acomodo el desistimiento como herramienta al servicio de la administración. No obstante, como se pone de manifiesto en el presente trabajo, el desistimiento habrá de cumplir los requisitos que, según la normativa de aplicación, sean necesarios para que puedan desarrollar sus efectos.

⁶⁶¹ Gamero Casado, Eduardo y Fernández Ramos, Severiano. Manual Básico de Derecho Administrativo, pag.398 edit. Tecnos 11ª edición 2014

SEGUNDA.- SOBRE EL DESISTIMIENTO EN LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como hemos adelantado, la construcción jurisprudencial del desistimiento, por permitírseme la licencia, tiene su positivización inmediata en la actual ley de procedimiento, concretamente el artículo 93 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“En los procedimientos iniciados de oficio, la Administración podrá desistir, motivadamente, en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes.”

De la exegesis de dicho artículo se extrae que, en primer lugar, opera para aquellos procedimientos iniciados de oficio, entendiéndose por procedimientos iniciados de oficio todos aquellos que restrinjan, limiten, cercenen o de alguna manera afecten a la esfera patrimonial del administrado o impongan alguna condición al derecho subjetivo del individuo. Así a modo de ejemplo nos encontramos con las múltiples variables del ejercicio de la potestad sancionadora, la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, los procedimientos de responsabilidad patrimonial cuando corresponda o el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en régimen de concurrencia como es el caso central de esta comunicación

Dicho desistimiento también se contempla en el artículo 35.1g) de la Ley 39/2015, que expresamente confirma la necesidad de motivación del mismo:

“g) Los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio

Requiere por tanto, que el desistimiento habría de ser motivado –causas legales que fundamentan la resolución- y en los supuestos y con los requisitos previstos en las leyes. Resulta obvio que se trata de una facultad que ha de estar establecida ex lege, no pudiendo pasar por una clausula general pues nos encontraríamos con un ejercicio arbitrario del propio derecho.

Por lo tanto, entendemos que el requisito de la previsión legal resulta inevitable por expreso mandato del legislador. Hasta la fecha, solo en algunas leyes expresamente estaba previsto como es el caso de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

De entre aquellas previsiones legales de la figura del desistimiento destaca aquellas realizadas en materia expropiatoria donde comúnmente es aceptado por la jurisprudencia que el acto de desistimiento en los procedimientos expropiatorios tiene naturaleza revocatoria así lo han establecido, entre otras, la SsTS de 23 de junio de 1973; 4 de diciembre de 1991; 28 de junio de 2000; 16 de marzo de 2011 (rec. cas. 149/2002), que cita las anteriores; y 5 de diciembre de 2012(rec. 864/2010).⁶⁶²

SEGUNDA.- SOBRE EL CESE DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS CONCESIONES DEMANIALES

Todos aquellos procedimientos donde pudiera darse el desistimiento han de venir precedidos por un acuerdo de inicio de expediente administrativo. Dicho acuerdo –entendiendo que la potestad de la que nace sea discrecional– tendrá que, necesariamente, motivarse conforme al artículo 35. i) de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y ello con una relación, siquiera sucinta de los hechos y fundamentos de derechos en los que se basa.

La base del desistimiento habrá de sustentarse en relación a los hechos alegados para el inicio del expediente y vendrá determinado por la modificación sobrevenida de los hechos establecidos en el acuerdo de inicio o por la desaparición de los mismos, no bastando meramente el capricho de la administración pues se encuentra sometida a las bases que determinaron el nacimiento del expediente. De alguna manera, el control de discrecionalidad de

⁶⁶² Parejo Alfonso, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo 9ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2018 Pág. 621

la administración opera, en el desistimiento, en la referencia a los fundamentos que decidieron que se iniciara el expediente.

Para el caso de concurrencia competitiva y en concreto de las concesiones demaniales, la discrecionalidad en el procedimiento se encuentra en la redacción de las bases que rigen el mismo y cesa una vez establecido el procedimiento de su concesión, y genera una auténtica exigibilidad de la concesión al solicitante que de acuerdo con las bases sostenga la propuesta más ventajosa.

Así lo han entendido los profesores Martín Retortillo en su libro “Derecho de Aguas” o el profesor Fernández Acevedo en su libro “Concesiones de Dominio Público”:⁶⁶³

“A otro tipo de supuestos se ha referido también el prof. Sebastián MARTÍN RETORTILLO. Se trata de aquellos casos en los que el otorgamiento de las concesiones demaniales se efectúa en régimen de licitación pública o concurrencia competitiva, procedimiento que hoy es la regla general conforme al art. 93.1 de la Ley de Patrimonio y a buena parte de la normativa sectorial. Aquí la limitación de la discrecionalidad administrativa vendría de la mano de las bases que regulan la licitación. En estos casos, la Administración se autolimita al aprobar las bases, de modo tal que, observa el citado Profesor, se crea a favor del solicitante que de acuerdo con las mismas resulte el mejor “una auténtica exigibilidad de la concesión. A ello se refiere el art. 96.5 de la Ley de Patrimonio cuando ordena otorgar la concesión atendiendo al mayor interés y utilidad pública de la utilización o aprovechamiento solicitado, valoración que habrá de realizarse atendiendo justamente a los criterios especificados en los pliegos de condiciones ...”

No obstante, a las concesiones demaniales se le ha venido aplicando de forma acrítica la normativa de contratación pública para hacer valer de forma análoga el artículo 152 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁶⁶³ Fernández Acevedo, Rafael. “Las concesiones administrativas de dominio público”, Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2007, pág. 100-101

Dicha aplicación de la legislación contractual no puede hacerse sin más cuando se habla de bienes naturaleza concesional y demanial pues expresamente queda vedada su aplicación. Así, el artículo 9 de la ley 9/2017 excluye las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público debiendo aplicarse su legislación específica y, únicamente establece, que se aplicarán los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

El Tribunal Supremo se ha cuidado de establecer mutatis mutandi los principios contractuales a las concesiones demaniales en multitud de ocasiones. Sin ánimo de ser exhaustivo traemos a colación la Sentencia de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 11 de Julio de 2014 sobre este particular. Ante la alegación de legislación de contratación, responde en su fundamento décimo lo siguiente:

“Pero, sobre todo, porque, cuando en su punto 2 se resaltan los supuestos efectos del silencio administrativo en los procedimientos en materia de contratación, para pretender su proyección al caso (punto 3), no se hace la menor cuestión sobre lo que en cambio resulta especialmente controvertido y polémico, a saber, la procedencia de aplicar a las concesiones demaniales las previsiones legales establecidas en materia de contratación administrativa.

Resulta, en efecto, improcedente pretender sin más la aplicación mecánica de tales previsiones legales a una figura cuya naturaleza jurídica resulta extremadamente polémica y en cuyo debate prevalece incluso su consideración como acto administrativo requerido de aceptación; acaso tratándose de concesiones de servicio público, cuyo perfil contractual resulta más acusado y donde en consecuencia son menores las dificultades para la proyección de las previsiones legales antes indicadas, podría tratar de ensayarse dicha proyección; pero, en todo caso habría de justificarlo también suficientemente, porque, dada su peculiaridad, la normativa contractual remite asimismo a las disposiciones normativas singulares reguladoras en cada caso del servicio público específicamente concernido (con más matices ahora que antes, a tenor del artículo 276 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 11 de noviembre).

De cualquier modo, y por lo que a nuestro caso refiere concretamente, no se ofrece explicación alguna para la pretendida recepción acrítica de las previsiones establecidas por la normativa contractual en el campo de las concesiones demaniales: la Ley de Costas no se remite a dicha normativa en los preceptos correspondientes (artículos 64 y siguientes de la Ley 22/1998); y significativamente, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de diciembre: artículos 91 y siguientes; más particularmente , artículo 84.2) también se cuida de evitar, con carácter general para las concesiones demaniales, la indicada remisión a la normativa reguladora de la contratación administrativa.”

No resulta, por tanto, pacífica, la doctrina en cuanto a la posibilidad de la aplicación, sin más, de la normativa de contratación pública - y la figura del desistimiento- pues como puede observarse de las sentencias traídas a colación, habrá que estar al caso concreto.

Efectivamente, esta facultad como es bien sabido, como potestad discrecional de la Administración, está limitada, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual aquélla debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas).

TERCERO.- SOBRE LA NECESIDAD DE MOTIVACIÓN DEL DESISTIMIENTO.

Aceptando a efectos meramente dialécticos, la aplicación de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y su normativa de desarrollo a la adjudicación de la concesión demanial a pesar de ser un negocio jurídico expresamente excluido por Aplicación exclusiva que desplaza

la normativa sectorial y especial sobre la materia y que expresamente está excluida de su ámbito de actuación por el artículo 9.

Es esta la línea que parece seguir la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 5/1996, de 7 de marzo, cuando señala que “la figura de la concesión demanial debe quedar relegada a supuestos que encajen en su concepto, sin que resulte aplicable a la misma la Ley de Contratos Administraciones Públicas, sino su normativa específica”

Así lo ha entendido también REBOLLO PUIG sobre la distinción establecida en los artículos 21 y 22 de la Ley de Bases de Régimen Local relativa a contratos y concesiones relativa a la competencia de los alcaldes o del pleno⁶⁶⁴

Podemos traer a colación el informe 4/2011 de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que resuelve sobre la aplicación de ciertos aspectos de la normativa sobre contratación pública:

“Dada la singularidad del supuesto se ha de indicar: que la aplicación de la LCSP no procede en toda su extensión sino solo sus principios para resolver dudas y lagunas como establece el artículo 4.2, que no parece necesario garantizar el secreto de una proposición que ya es pública, que no se vulneran los principios de igualdad y no discriminación entre los licitadores y candidatos puesto que sólo ha concurrido una empresa, y que podría dudarse de la transparencia de la actuación dado que se rechaza al licitador cuando ya se conoce su oferta”

Según dicción expresa del artículo 152 de la Ley 9/2017 existe un carácter dividido del desistimiento; por una parte el desistimiento propiamente dicho ha de estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación –y tales circunstancias habrán de encontrarse en el expediente y motivarse en la resolución- mientras que la renuncia ha de estar motivada por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. Parece, con poca fortuna, una

⁶⁶⁴ Rebollo Puig, Manuel. Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007 Pág. 561

doble distinción que provoca no pocas confusiones en el seno de la propia administración

Por renuncia al contrato hay que entender la voluntad manifestada de la Administración de no celebrar el contrato licitado por causas sobrevenidas durante el procedimiento de adjudicación. No puede realizarse caprichosamente por el órgano de contratación. La ley exige la existencia de razones de interés público que justifiquen esta medida, razones que lógicamente deben ser sobrevenidas al inicio del procedimiento de adjudicación ya que no tiene ningún sentido que se invoquen razones que ya existían cuando dicho procedimiento se puso en marcha salvo en los casos en que no fueran conocidas por el órgano de contratación.

En todo caso la Ley obliga al órgano de contratación a motivar su decisión de renunciar a la celebración del contrato, motivación que debe recoger obviamente las razones de interés público antes referidas y el perjuicio que para dicho interés se derivaría de la celebración del contrato. Estas razones se expresarán en el acto administrativo en el que se adopte la decisión y se debe dejar constancia del mismo en el expediente de contratación. Lógicamente la norma prohíbe que se promueva una nueva licitación en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado de manera inalterable desde su Memoria de 1986, hasta el momento actual, recogiendo los límites y el ámbito del ejercicio de tal facultad. El dictamen 1208/2008, resume la doctrina señalando que *"el desistimiento unilateral de la Administración ha sido en muchas ocasiones admitido como causa resolutoria de los contratos, sin perjuicio cualquier posible pacto de mutuo disenso y siempre y cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de contratos públicos"* (dictamen del Consejo de Estado núm. 4.350/97, de 6 de noviembre). Ahora bien, también se ha insistido en que *"el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y, en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre*

utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público (dictamen del Consejo de Estado núm. 1.336/2005, de 17 de noviembre)”.

En cuanto a los daños, el propio artículo 152 de la ley de contratos prevé una compensación económica para los candidatos o licitadores por los gastos en que hubieren incurrido, compensación que se determinará en la forma prevista en el anuncio de licitación o en los pliegos. En los casos en que no se haya previsto nada sobre dicha compensación, se determinará de conformidad con las reglas de la responsabilidad patrimonial previstas en la Ley 39/2015.

Efectivamente, esta facultad como es bien sabido, como potestad discrecional de la Administración, está limitada, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual aquélla debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas).

De hecho ese interés general habrá de comprender las características que dice la STS, Sec. 5a, 27-05-11, RC 2182/2007, tras examinar la naturaleza y límites del desistimiento en el procedimiento administrativo, se centra en la exégesis del "interés general", como causa legitimadora para denegar el desistimiento presentado por quién promovió el inicio del procedimiento administrativo, señalando que ese interés general *“únicamente es el que aparece, late y resulta inherente al propio procedimiento administrativo en que se sustancia dicha cuestión y que precisa de la conclusión del mismo, a pesar del desistimiento formulado. Y no se refiere, por tanto, al interés general latente en otros procedimientos*

administrativos, en conexión más o menos intensa con aquel en el que se ha producido el desistimiento" (FJ 6o). Más aún, añade la sentencia que "el interés general no puede confundirse con el interés de la Administración o con la mera conveniencia administrativa" (FJ 7o).

Como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994 (RJ 1994\3781): "**Lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisiones fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita**".

A modo de ejemplo encontramos el acuerdo 19/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra que expresamente desestima la hipótesis de una futura reclamación como interés general

"Que si un argumento acertado de desistimiento fuera evitar nuevas reclamaciones, no sería posible presentar ninguna licitación. Que un nuevo pliego no garantiza que no vayan a haber nuevas reclamaciones y, por lo tanto, se podría demorar más en el tiempo la solución de este contrato con un nuevo pliego que continuando con el actual"

"No constituye una razón de interés público evitar que en el futuro se planteen futuras reclamaciones..., máximo cuando, además de resultar un razonamiento genérico e inconcreto, su ejercicio constituye un derecho... que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ni tampoco lo es evitar la demora en el procedimiento resultante de la valoración técnica, argumento que decae por el hecho de que el órgano de contratación ha iniciado un nuevo expediente de Acuerdo Marco para el suministro de

material de oficina para 2013, cuyo anuncio ha sido publicado en el Portal de Contratación con fecha 6 de julio de 2013”

CUARTO.- SOBRE LA INDEMNIZACIÓN

Conforme la aplicación del artículo 152 del de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la indemnización nace ope legis por la previsión contemplada en el apartado segundo del mismo.

Entendemos que, en los supuestos de renuncia, nace por imperativo legal, el derecho a la indemnización. Es más, se puede sostener que esa indemnización ha de ser previa o al menos valorada con anterioridad a la renuncia. No puede pretender la administración trasladar a un momento posterior al desistimiento el pago de unas cantidades realizadas basadas en el principio de confianza legítima.

Así pues, en la relación de la Administración Pública con los particulares y empresas tienen más importancia de la que a veces se les otorga los signos o actos externos que produce la Administración, y que resultan lo suficientemente concluyentes para inducir al administrado a realizar u omitir una actividad que puede repercutir en su esfera patrimonial o, en general, en su situación jurídica individualizada.

Esta convicción que la Administración es capaz de producir en sus relaciones con los ciudadanos -a veces, aunque no necesariamente, plasmada en actos expresos-, tiene un claro reflejo legal y jurisprudencial a través de los denominados principios de confianza legítima y buena fe.

En ocasiones, en función de la actuación que ha podido tener la Administración en el desarrollo de un procedimiento determinado, es tal la importancia que pueden tener estos principios, que no son sino plasmación del más general imperativo de seguridad jurídica, que se les ha llegado a colocar por encima incluso de lo que dispone un concreto precepto legal.

Así, el Tribunal Supremo, desde su Sentencia de 1 de marzo de 1991, (RJ 1991\2502), Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, plantea ya situaciones de potencial conflicto entre los principios de legalidad y el de seguridad jurídica (en el que, como hemos indicado, quedarían englobados los de confianza legítima y buena fe); otorgando prevalencia incluso, en función de las circunstancias concurrentes, al principio de seguridad jurídica:

“TERCERO.- El conflicto que se suscita en orden a la prevalencia de los principios de «legalidad» y de «seguridad jurídica», ambos garantizados por el art. 9-3 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875), *en relación con la conformidad a derecho y efectos de los actos formalmente producidos por la Administración Pública, tiene primacía aquel último -seguridad jurídica-, cuando concurre la circunstancia propia de otro que, aunque no extraño a la «bona fides» que informa a nuestro Ordenamiento Jurídico, ha sido acuñado por reiteradas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de la que España forma parte y también asumido por la jurisprudencia de esta Sala que ahora enjuicia en numerosas sentencias de las que son una muestra las de 28 de febrero de 1989 (RJ 1989\1458) y 1 de febrero de 1990 (RJ 1990\1258), entre otras; que consiste en el denominado «principio de protección a la confianza legítima» al que tiene derecho todo ciudadano en sus relaciones con la Administración, no tan sólo porque se produzca en el mismo cualquier tipo de convicción psicológica, sino únicamente cuando la creencia del ciudadano se basa en signos o actos externos, que la Administración produce, lo suficientemente concluyentes para inducir razonablemente a aquél, a realizar u omitir una actividad que directa o indirectamente habría de repercutir en su esfera patrimonial o sus situaciones jurídicas individualizadas.*

Y, al amparo de esta misma doctrina jurisprudencial, podemos ver cómo, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en su Sentencia nº 460/2002, (Sala de lo contencioso-administrativo) RJCA 2002/1126, decide que si la Administración concedió a un contratista la opción de que renunciara voluntariamente a la adjudicación del contrato, y éste aceptó esta opción que, ingenuamente, le ofreció la Administración, no puede luego pretender la Administración demandada ampararse en el tenor literal del

precepto, que no contemplaba esta posibilidad de renuncia voluntaria del contratista, sin soportar el perjuicio patrimonial de perder la garantía provisional constituida para participar en la licitación:

“TERCERO.- El artículo 3 («principios generales») de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), establece en su apartado 1, párrafo segundo:

«Igualmente [las Administraciones Públicas] deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima».

(...). Y hay que puntualizar que si bien los principios de «buena fe» y «confianza legítima», como derivados del de seguridad jurídica, son de difícil diferenciación, lo que interesa resaltar aquí es que el que *el acto de la Administración, esto es, el escrito que nos ocupa concediendo las dos opciones, fue lo suficientemente claro y concluyente como para provocar en la mercantil la confianza en que al renunciar a la adjudicación actuaba correctamente (en este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 1994 [R] 1994, 9935) **sin consecuencias gravosas para ella**, y ello, independientemente de que el texto del citado artículo 83.3 no autorizara las opciones que se le ofrecían; y en el escrito no se hacía referencia alguna al artículo 35.2 «in fine» del Real Decreto Legislativo 2/2000 (RCL 2000, 1380, 2126) («... la garantía será retenida al empresario incluido en la propuesta de adjudicación o al adjudicatario e incautada a los empresarios que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación»), precepto que invoca la demandada.*

En conclusión, no podía la Administración calificar la renuncia de la mercantil a la adjudicación de la obra como una retirada injustificada de su oferta económica (calificación que conllevaba la incautación de la garantía provisional constituida por la empresa), si el Servicio de Contratación había provocado en la empresa la creencia de que tal renuncia era una opción válida a la que podía acogerse sin consecuencia negativa alguna para la renunciante.”

La indemnización habrá de operar en todo caso si se considera que es de aplicación el citado artículo 139 de la antigua ley de contratos como recoge la Audiencia Nacional

“Audiencia nacional. Sección primera. 16 de octubre de 2013

No se discute el derecho de la Administración a la renuncia de la adjudicación en los términos realizados. Este pronunciamiento de la Resolución del TACRC es firme, como también lo es que no existió desviación de poder y que la renuncia de la Administración obedeció a una causa de naturaleza presupuestaria. Ahora bien, sin discutir la legalidad de la actuación de la Administración, el art. 139.2 de la Ley 20/2007 dispone que: "La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración".

Ahora bien, el caso de autos es distinto y singular con respecto al caso anterior, porque en el supuesto que analizamos el concurso de proyectos si finalizó con la proclamación de los ganadores del concurso y, precisamente por ello, como apuntaba la sentencia que hemos indicado, en éste caso si existe lesión, debiendo compensarse los gastos en los términos previstos en el art. 139.2. Que la base 13 hubiese establecido que "no se abonarán premio o pago a los participantes en ninguna de las fases del concurso", no impide el juego de la compensación regulada en el art. 139.2, sino que únicamente excluye el premio o pago por la superación del concurso - art 168.2.b) Ley 30/2007 (LA LEY 10868/2007) -. Por lo tanto, la Sala comparte también en este punto el criterio del TACRC y entiende que procede conceder la compensación en los términos indicados en la Resolución combatida.

Esta misma postura (son daños indemnizables, y lo son todos sin distinción, a través de una reclamación patrimonial) sostiene el Consejo Consultivo de Madrid en su dictamen 137/10 de fecha 26/05/2010:

“Esta obligación establecida legalmente (la indemnizatoria) no precisa de ulterior examen de la antijuricidad del daño padecido puesto que ésta está preestablecida legalmente. Es decir que el artículo 139 de la LCSP considera que existe

antijuridicidad del daño por el solo hecho de que por parte de la Administración se renuncie al contrato en los términos establecidos en la misma, siendo únicamente procedente examinar la cuantía y acreditación de los daños alegados y su relación de causalidad con la actuación de la Administración”.

En cuanto al alcance de la compensación, esta comprenderá todos los gastos relativos al concurso en el procedimiento e incluso a una cantidad equivalente al seis por ciento relativa al beneficio industrial. Así lo ha entendido Blanquer Criado⁶⁶⁵

“Al tratarse de la frustración de una expectativa, en rigor no hay derecho a ser indemnizado por un supuesto lucro cesante que es puramente hipotético. Ahora bien, en atención a las particulares circunstancias que concurran en cada caso, puede existir fundamento para reclamar además una compensación fijada en equidad y a tanto alzado, por la pérdida de la oportunidad procesal real de resultar adjudicatario del contrato. Con fundamento en el arbitrio judicial, en la práctica la jurisprudencia reconoce el derecho a percibir una compensación por un importe equivalente al 6 por ciento del beneficio industrial que se habría obtenido de haberse adjudicado y ejecutado el contrato, cuando el negocio jurídico tenga por objeto la ejecución de una obra o la realización de un suministro (artículos 222.4 y 276.3 de la LCSP 30/2007); en ese sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (Tol 1177569), 6 de junio de 2007 (Tol 1106943), 15 de noviembre de 2004 (Tol 541798)”

6.- CONCLUSIONES

En cuanto al desistimiento de la administración habrá que estar a la concreta materia sobre la que se esté tratando pues, como se ha visto, responde a distinta naturaleza según se trate de un ámbito u otro; así en los procedimientos expropiatorios, por ejemplo, tiene naturaleza revocatoria y en los procedimientos de contratación pública parece que su naturaleza viene ligada a una suerte de

⁶⁶⁵ Blanquer Criado, David. Los Contratos del Sector Público. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013. Pág. 259

culpa in contrahendo en cuanto a la frustración de una expectativa legítima y la obligación de reparar una suerte de confianza en la administración.

Sea como fuere y responda a una u otra naturaleza, cualquier desistimiento de la administración pública ha de responder a una necesidad de interés general; interés general que ha de aparecer suficientemente reflejado en el expediente y comunicado de forma motivada al interesado.

Resulta importante incidir sobre la necesidad, establecida legalmente, de que el desistimiento aparezca establecido en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes. Dada su reciente entrada en vigor, aún no podemos dar una respuesta unívoca sobre si sería posible el desistimiento en aquellos casos no previstos específicamente en las leyes. A priori podría considerarse que sería posible en aquellas materias –que no apareciera expresamente la facultad de desistimiento- reguladas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 39/2015, verbigracia la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa, y parece que el presupuesto legal habilitante sería una condición para su ejercicio en aquellas Leyes de posterior entrada en vigor.

Parece evidente que la consecuencia inmediata y directa del desistimiento es el nacimiento del derecho a ser compensados en los gastos invertidos en la preparación del procedimiento y, no sólo, por expresa previsión legal, sino por ser parte del principio de confianza legítima que ha de predicarse de la administración pública.

BIBLIOGRAFÍA

BLANQUER CRIADO, D. Los Contratos del Sector Público. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. “Las Concesiones de Administrativas de Dominio Público”, Primera Edición 2007, Editorial Thomson Civitas

GAMERO CASADO, E y FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Manual Básico de Derecho Administrativo”, 11ª Edición, 2014, editorial Tecnos

GARRIDO FALLA, F. "Tratado de Derecho Administrativo Vol. II", 13ª edición, editorial Tecnos

GUTIERREZ COLOMINA, V. (coord.) Gyure Le caessant, J. Editorial Tirant lo Blanc. "Régimen de los Bienes de las Entidades Locales". 1ª edición, 2012.

MORELL OCAÑA, L. Editorial Aranzadi, "Curso de Derecho Administrativo", T. I. 1996

PARADA VÁZQUEZ, R., "Derecho Administrativo, Parte General, III", Undécima Edición, Marcial Pons, 2007

PAREJO ALFONSO, L., "Interés público como criterio de control de la actividad administrativa", Biblioteca Digital del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (www.iadb.org/etica)

REBOLLO PUIG, M. Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007

El modelo de gobernanza en los puertos. La necesidad de un sistema integrador portuario-litoral

Yolanda Torres Barquilla

Becaria FPU del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Cádiz

1. EL CONCEPTO DE GESTIÓN INTEGRADA DE LAS ZONAS COSTERAS Y SU INTERRELACIÓN CON LOS PUERTOS.

La escasez, fragilidad y los múltiples usos a los que se ve sometido el espacio litoral demandan una respuesta de la Administración encaminada a la protección y ordenación de cualquier zona del territorio litoral. De ahí que desde la década de los 70's los organismos europeos hayan promovido diferentes herramientas, con mayor o menor éxito, para mejorar el modelo de gestión del litoral⁶⁶⁶. En este contexto surge el movimiento de la Gestión Integrada de las Zonas Costeras (GIZC), definida en el Protocolo de Gestión Integrada de las Zonas Costeras del Mediterráneo como "*...un proceso dinámico de gestión y utilización sostenibles de las zonas costeras, teniendo en cuenta simultáneamente la fragilidad de los ecosistemas y paisajes costeros, la diversidad de las actividades y los usos, sus interacciones, la orientación marítima de determinados usos y determinadas actividades, así como sus repercusiones a la vez sobre la parte marina y la parte terrestre*" (artículo 2. f). Este proceso dinámico de gestión y utilización sostenible de las zonas costeras se ha marcado como primer objetivo proporcionar una serie de directrices a los poderes públicos. Como consecuencia de ello, estos se ven obligados, para satisfacer las necesidades actuales y demandas futuras, a administrar cada espacio del litoral atendiendo a los principios instaurados por este movimiento,

⁶⁶⁶ En 1972 con la norteamericana Ley Federal de Gestión de las Zonas Costeras se marca un punto de arranque en la introducción del concepto de gestión integrada, sirviendo de inspiración para posteriores medidas, hasta que hoy en día nos encontramos con escasos instrumentos de carácter no vinculante, pero de gran trascendencia para la aplicación de este modelo de gestión.

garantizando de esta forma el desarrollo sostenible proclamado como principio en la Declaración de Río de Janeiro de 1992⁶⁶⁷.

Coincidimos con el profesor RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ en que la GIZC es una afortunada denominación para explicar el alcance de la buena administración y el buen gobierno aplicado a este concreto espacio territorial⁶⁶⁸.

La buena administración ha sido recogida por la Carta europea de los derechos fundamentales de 2000 como un derecho fundamental de la persona en su artículo 41, comprendiendo no solo el derecho de toda persona a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, sino también a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales y comunes a los Derechos de los Estados miembros. Sin embargo, este derecho a la buena administración no se limita únicamente al establecimiento de criterios procesales para las distintas instituciones y órganos, sino que su naturaleza se entiende mucho más compleja, llegando a configurarse como un auténtico código de actuaciones. En este sentido, comprende la obligación de todos los poderes de garantizar una serie de derechos, entre ellos, y como señala el artículo 37 de la Carta de derechos fundamentales de la UE de 2000, deberán integrar y garantizar, con arreglo al principio de desarrollo sostenible, un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad. En el mismo sentido nuestra Constitución también reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, imponiendo a los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva (artículo 45 CE).

⁶⁶⁷ El principio 4º de la Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo declara que “A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”.

⁶⁶⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, X. (2009): “La buena administración y el buen gobierno del litoral en Europa especial referencia a la gestión integrada de las zonas costeras”, en GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.), y SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, p. 165.

La utilización racional de los recursos con el fin de mejorar la calidad de la vida y proteger el medio ambiente es una expresión del nuevo derecho fundamental que, aplicado al espacio litoral, implica la asunción de un conjunto de buenas prácticas de actuación que garanticen una gestión adecuada de un espacio tan sensible como es el litoral. En este contexto queda claro que el litoral, como integrador de recursos litorales finitos, debe estar gestionado en base a los principios de buen gobierno y buena administración.

En este sentido resulta obvio que los puertos, como parte del espacio litoral, e infraestructura socioeconómica de interés general, deben ser gestionados desde los principios del buen gobierno y de la buena administración y, por ende, se debe atender en su gestión a los principios que derivan de la GIZC. Lo cierto es que la única forma de lograr los objetivos de este movimiento es partir de un planteamiento global que tenga en cuenta diferentes mecanismos de integración y no se estanque en compartimentos estancos. El buen gobierno y la buena administración del litoral y, por ende, de los espacios portuarios, pasa entonces por una triple integración: ambiental, institucional y territorial.

En este sentido las leyes portuarias son un ejemplo de gestión integrada, dibujando un marco más estratégico e integrado, en donde tienen cabida elementos de integración ambiental, institucional y territorial. En las páginas siguientes procedemos brevemente a analizar los mecanismos de integración que encontramos en las leyes portuarias estatales y autonómicas con carácter general, diferenciando para ello entre integración ambiental, institucionales y territorial.

2. INTEGRACIÓN AMBIENTAL

La protección del medio ambiente es uno de los componentes que debe quedar reflejado en la normativa sobre puertos, y ello no sólo desde la perspectiva de la evaluación del impacto, sino con introducción de principios inspiradores y exigencias mínimas ambientales en los instrumentos de ordenación territorial y en la tramitación de proyectos.

En primer lugar, parte de las previsiones de carácter ambiental de las leyes de puertos tienen que ver con distintas técnicas de prevención ambiental, acogiendo las mismas como requisito para la aprobación de planes, la realización de nuevas obras de infraestructura y ampliación de las existentes, obras de dragado, otorgamiento de concesiones, entre otros. Así los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, deberán someterse al procedimiento de evaluación ambiental, de acuerdo con la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, lo que incluye tanto la «evaluación ambiental estratégica» como la «evaluación de impacto ambiental».

Por otro lado, se ha impuesto en la normativa portuaria el respeto a ciertos principios relacionados con la protección ambiental. Por ejemplo, la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía (en lo sucesivo LRJEPA), en su artículo 2 advierte que “el Sistema Portuario de Andalucía, como elemento de desarrollo socioeconómico, se regirá por los principios de respeto al medio ambiente, solidaridad, gestión integrada, accesibilidad y sostenibilidad”. No obstante, hay que destacar el principio de desarrollo sostenible que en atención al artículo 66 de la Ley de Puertos andaluza debe regir la programación y construcción de nuevos puertos, así como la ampliación de los existentes.

Junto a estas técnicas ambientales, las legislaciones más actuales han abordado la protección ambiental desde una perspectiva más amplia, reservando alguno de sus títulos a este asunto. Así, el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM) ha dedicado su Título IV al medio ambiente, encontrando 4 disposiciones referentes a la prevención y lucha contra la contaminación en el dominio público portuario, recepción de desechos y residuos procedentes de buques, obras de dragado y planes de emergencia y seguridad. Por su parte, la Ley de Puertos de Andalucía ha dedicado su Título V a los puertos y al medio ambiente. El contenido, similar al que es objeto en la Ley estatal, también se dedica a los vertidos, recepción de residuos y obras de dragado. Sin embargo, hay dos preceptos que merece la pena destacar por su innovación. El primero es el que se refiere a las zonas de exclusión (artículo 67),

y el segundo el que instaura las obligaciones de la persona concesionaria en relación con el medio ambiente (artículo 69).

3. INTEGRACIÓN INSTITUCIONAL

Al ser los puertos un espacio en donde intervienen diferentes poderes públicos con competencias sobre diversas materias, la GIZC, como expresión del buen gobierno y la buena administración, exige relaciones coordinadas entre las diferentes instituciones. Y es que como señala MEILÁN GIL⁶⁶⁹, la buena administración, no solo es un actuar, es también estructuras y organización, añadiendo además que “una organización administrativa adecuada para la realización de los intereses generales es síntoma de buena administración”, sin embargo, “una inadecuada configuración de los procedimientos de actuación puede dañar la finalidad garantista de la actuación administrativa”.

La organización territorial de España y el complejo sistema competencial que dibuja nuestra Constitución en los artículos 148 y 149, y que se encuentra completado por la redacción de los Estatutos de Autonomía y la Ley de Bases del Régimen Local en lo que respecta a las competencias municipales, dificulta, “a priori”, una integración a la altura. Debemos advertir que esta integración no se refiere a la concentración de competencias en una sola entidad, facilitando la toma de decisiones sobre las distintas materias (algo por otra parte imposible en el Estado español), sino que su objetivo se centra en potenciar la cooperación entre Administraciones y la instauración de cauces que permitan la coordinación de competencias. La cooperación, coordinación y participación son los tres pilares de la gestión integrada de competencias.

Para ello se utilizan distintos mecanismos que eviten en último término que las competencias estatales, autonómicas y locales interfieran en las propias portuarias, configurándose un sistema integrado de cooperación que persigue una toma de decisiones más acorde a la naturaleza de los bienes en juego. En este sentido podemos destacar varios mecanismos que tienen relevancia en la

⁶⁶⁹ MEILÁN GIL, J.L. (2013): “El paradigma de la buena administración”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, p. 249.

ordenación integrada del espacio portuario, estos son: la calificación de la zona de servicio como sistema general portuario por parte de los planes generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística; los informes y el período de consultas; la reserva de la elaboración y aprobación de los planes especiales a entes diferentes; y la figura de un organismo portuario (Puertos del estado/Autoridad portuaria).

Por otro lado, también hay que hacer una alusión a la participación pública en el proceso de gestión de los espacios portuarios. Ejemplo de ello es el proceso que se está viviendo en Cádiz en el marco del Taller Participativo de Integración Puerto-Ciudad que llevan a cabo la Universidad de Cádiz y la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz por el que se ha permitido a la ciudadanía que opinen sobre los usos que en el futuro tendrán los terrenos portuarios que dejen de tener actividad relacionada con el tráfico marítimo⁶⁷⁰. Como vemos, es imprescindible contar con la sociedad para garantizar la información pública y la colaboración en la toma de decisiones, respetando así el principio de transparencia.

4. INTEGRACIÓN TERRITORIAL. LA PARTICULARIDAD DE LA PLANIFICACIÓN PORTUARIA ESCALONADA.

La estrategia propuesta durante el 6º Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente, bajo la rúbrica “Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”, señala en el apartado 2.5 que “en el complejo juego de fuerzas y presiones que dan lugar a los problemas ecológicos, la planificación y gestión de los usos del suelo desempeñan un papel vital”, de ahí que “el único papel que puede desempeñar la Comunidad es impulsar y propiciar una planificación eficaz y políticas adecuadas a nivel local y regional”.

La asunción de los principios del movimiento de la GIZC en el gobierno de los puertos requiere, pues, un planteamiento territorial integrado que sea bueno también para otras zonas. Para la consecución de este objetivo la ordenación del

⁶⁷⁰ Véase la Noticia del Diario de Cádiz “Ni casas, ni hoteles, ni grandes superficies”, de 17 de mayo de 2017.

territorio resulta decisiva al configurarse como el marco de ejercicio común e integrador de cualquier competencia que se refiera al espacio territorial. La GIZC también nace con esta necesidad de articular adecuadamente las diferentes políticas públicas, de ahí que pueda decirse que es una modalidad de gestión del territorio⁶⁷¹.

Ante esta situación observamos como la legislación estatal y autonómica dictada en materia de puertos ha previsto diversos instrumentos de ordenación que posibilitan la gestión territorial integrada de estas zonas. Siendo esto así, sin embargo, debemos advertir que no todos los puertos requieren la misma solución. Del análisis del ordenamiento jurídico estatal y autonómico se desprende la utilización de la figura del planeamiento como técnica de ordenación de los espacios portuarios. Sin embargo, el alcance territorial de las infraestructuras portuarias ha planteado el debate acerca de si este tratamiento debe llevarse a cabo a través de instrumentos sectoriales, en este caso aprobados por la administración portuaria competente, o si exclusivamente deben ser encargados a la planificación urbanística y/o territorial. Parte de la doctrina considera que ambos extremos parecen equivocados, entendiendo que la elección de la combinación más correcta para alcanzar la ordenación ideal puede y debe depender de la concurrencia de múltiples factores, tales como la titularidad competencial de los puertos, su localización y dimensiones, las funciones desarrolladas en los mismos, los problemas espaciales y ambientales existentes, los criterios políticos y técnicos, el interés de los ciudadanos respecto de las cuestiones portuario-urbanísticas, entre otros⁶⁷².

Durante nuestro estudio hemos evidenciado que la ordenación territorial de los puertos puede llevarse a cabo de distintas maneras y bajo la gestión de distintos entes. En primer lugar, es posible que la administración portuaria (puertos del Estado/Autoridad portuaria) correspondiente promueva la elaboración de instrumentos de ordenación estructural y funcional que lleven a cabo la gestión de todas las cuestiones relaciones con la localización de los puertos y la

⁶⁷¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, X. (2009): "La buena administración y...", cit., p. 168.

⁶⁷² PONS CÁNOVAS, F. (2001): *El régimen Jurídico de la ordenación de los espacios portuarios*, Cedecs, Barcelona, pp. 299 y 307.

distribución de los usos a que se destinan las distintas zonas. Esta ordenación se lleva a cabo bajo tres niveles: el plan especial de carácter sectorial, el plan de delimitación de usos, y la planificación urbanística. De todos ellos el plan especial se configura como la pieza central de todo el sistema de ordenación territorial, debiendo contener entre sus determinaciones las medidas y previsiones necesarias para garantizar una eficiente explotación del espacio portuario, su desarrollo y su conexión con los sistemas generales de transporte terrestre.

Por otro lado, es posible que esta gestión portuaria debe someterse a unos estándares mínimos establecidos por la planificación territorial y urbanística, recayendo el peso de su aprobación en la administración autonómica y regional. Estos instrumentos de planeamiento territorial, que encontramos en disposiciones autonómicas, han sido utilizados con gran frecuencia para el tratamiento de los puertos. De las múltiples modalidades de instrumentos existentes podemos diferenciar tres clases o tipos, dependiendo del ámbito al que se extienden sus determinaciones o de la generalidad o especificidad de su objeto: planes o directrices territoriales generales o regionales, planes o directrices territoriales parciales o subregionales y planes o directrices territoriales sectoriales. Los planes o directrices territoriales generales establecen los elementos básicos para la organización y estructura de un territorio, constituyéndose de esta forma en el marco orientador de referencia territorial para el conjunto de actuaciones que sobre ellos se desarrollen⁶⁷³. Por otro lado, los planes o directrices territoriales parciales o de ámbito subregional establecen los elementos básicos para la organización de distintas áreas con características físicas, funcionales o/y socioeconómicas homogéneas, sirviendo como marco de referencia territorial para el desarrollo y coordinación de las diversas actuaciones desarrolladas en ese espacio físico⁶⁷⁴. Y, por último, los planes o directrices territoriales sectoriales tienen por objeto planificar la implantación, ejecución y

⁶⁷³ El Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía contiene una serie de estrategias y prioridades territoriales del sistema portuario, sin embargo, su aplicación práctica es pequeña por cuanto sus determinaciones tienen el carácter de directrices, y por tanto tan sólo con vinculante en cuanto a sus fines.

⁶⁷⁴ En Andalucía se aprueban, con este fin, los llamados planes subregionales regulados en el art. 13 de la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía.

gestión, de determinadas actuaciones de innegable incidencia territorial en materia de infraestructuras, servicios, dotaciones u otras instalaciones, tanto de iniciativa pública como privada, cuando su incidencia trascienda del término municipal en el que se localicen por su importancia, magnitud, demanda social o especiales características, o que se asienten sobre varios términos municipales⁶⁷⁵.

Estas dos esferas, sin embargo, no resultan incompatibles, por cuanto, como hemos venido señalando, el movimiento de la gestión integrada promueve la adopción de decisiones conjuntas y la eliminación de compartimentos estancos, dibujando una red de cooperación que facilite la toma adecuada de decisiones sobre determinados asuntos en los que se ven involucrados distintos entes con competencia.

Para ello se ha utilizado por algunas de las Leyes de Puertos, lo que se conoce como “planificación portuaria escalonada”⁶⁷⁶. Como consecuencia de esta planificación se deja en manos del planeamiento territorial general, parcial o sectorial la configuración básica de la ordenación de los puertos dibujándose de esta forma un marco de regulación sobre el que construir una ordenación integrada por parte de las autoridades portuarias. En la mayoría de los casos estos instrumentos incorporan directrices, por lo que obligan en cuanto al fin perseguido, pero no en cuanto al objetivo. El Plan de Puertos de Cataluña es un ejemplo de instrumento de ordenación territorial que tiene por objeto el establecimiento de los criterios para la utilización portuaria adecuada y racional de la costa. En el ámbito autonómico andaluz, la LRJEPA no se refiere al Plan Director de Puertos de Andalucía como Plan con Incidencia en la Ordenación del

⁶⁷⁵ Arts. 22 Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de ordenación del territorio de Galicia; 17 a 19 Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial; 38 y 39 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo; y 16 a 21 de la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco. En Valencia se conocen como planes de acción territorial, entendidos como instrumentos de ordenación territorial que desarrollan, en ámbitos territoriales concretos o en ámbitos sectoriales específicos, los objetivos, principios y criterios de la Estrategia Territorial de la Comunitat Valenciana (art. 16 Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana).

⁶⁷⁶ PONS CÁNOVAS, F. (2001): *El régimen Jurídico...*, p. 317, desarrolla este concepto en relación con la ordenación de los espacios portuarios.

Territorio, pero sí que advierte en su artículo 11 que “los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional que afecten al litoral incluirán la localización de nuevos puertos y la ampliación de los existentes”.

Tras este “escalón”, los planes especiales se convierten en los instrumentos más adecuados para llevar a cabo una ordenación más específica de cada puerto “figura idónea debido a la versatilidad de su alcance y contenido y a la participación de las administraciones portuarias y urbanísticas en su elaboración, tramitación y aprobación”⁶⁷⁷. Los planes especiales son, en definitiva, instrumentos de planeamiento que se redactan por la autoridad portuaria competente y que se aprueban finalmente por la consejería competente en materia de urbanismo, siempre previo traslado a la Autoridad portuaria para que se pronuncie sobre los aspectos de su competencia. A nivel estatal las principales leyes de ordenación no hacen referencia a los planes especiales como sí lo hacen algunas normas urbanísticas autonómicas. Ejemplo de ello es el artículo 14 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía que señala que los planes especiales pueden ser municipales o supramunicipales y tener por objeto, entre otros, “establecer, desarrollar, definir y, en su caso, ejecutar o proteger infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos, así como implantar aquellas otras actividades caracterizadas como Actuaciones de Interés Público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable”.

Por último, debemos señalar en un escalón intermedio al planeamiento urbanístico, para el caso de que no existan planes territoriales o especiales aplicables, teniendo como principal misión servir de mecanismo de coordinación al deber calificar la zona de servicio de los puertos como sistema general portuario. Además, contendrán otra serie de determinaciones básicas, como pueden ser las relativas a la accesibilidad, conectividad o edificabilidad, a efectos de garantizar la coherencia con el modelo territorial y con la estructura general y orgánica del plan en el que se integre la zona portuaria⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ PONS CÁNOVAS, F. (2013): “Puertos, urbanismo y medio ambiente”, en LÓPEZ RAMÓN, F., y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (Coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, pp. 502-503.

⁶⁷⁸ Art. 36 Ley de Puertos de Cataluña.

De todo lo expuesto podemos afirmar que el sistema de planificación escalonada de los espacios portuarios alcanza un protagonismo manifiesto en el modelo de gestión integrada, destacando en la cúspide de la escalera los planes especiales como principales instrumentos de ordenación. Y es que como señala el artículo 12 de la LRJEPa “el Plan Especial recogerá la ordenación integral del puerto y las determinaciones necesarias que garanticen la integración de este sistema general en la ordenación urbanística del municipio, conforme a las previsiones del proyecto aprobado y del Plan de Usos de los Espacios Portuarios o de la concesión de obra pública, con criterios de flexibilidad que, teniendo en cuenta las particularidades de la gestión portuaria, hagan posible su adecuación a los cambios que coyunturalmente procedan”.

5. CONCLUSIONES

Como hemos señalado, los puertos son parte del espacio litoral, como infraestructura tendente a cambiar el mismo, de ahí que sea necesario que el desarrollo sostenible que proclama la GIZC, y la ordenación del litoral, determine el lugar más conveniente para su ubicación, así como las técnicas necesarias para lograr una utilización racional de los recursos.

Debido a ello es normal que la buena administración y el buen gobierno de los puertos pase por la asunción de una serie de principios que inspiran el movimiento de la GIZC. La ordenación de los puertos pasa, entonces, por la integración ambiental, institucional y territorial de estos espacios en el conjunto del espacio territorial.

Podemos decir, entonces, que las leyes portuarias son un ejemplo de Gestión integrada, en el que sigue prevaleciendo el enfoque sectorial, pero en el que se vislumbra un marco más estratégico e integrado. ¿Cabe decir, entonces, que el gobierno de los puertos tiene en cuenta los principios de la GIZC? En parte podemos decir que sí, puesto que no sólo se encuentran mecanismos coordinadores y técnicas ambientales, sino que la propia naturaleza de los planes especiales permite la integración territorial de los espacios portuarios.

Por otro lado, sin embargo, los distintos instrumentos de ordenación territorial no acogen de una manera adecuada la previsión de la integración de estas infraestructuras en el territorio y es que, si bien recogen un marco básico de regulación, su aplicación práctica, como hemos dicho, resulta limitada en tanto que se trata de directrices tan solo vinculantes en cuanto a sus objetivos. En este sentido llama la atención la escasa atención que le han dedicado a estos espacios los instrumentos de ordenación del litoral, en particular el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, y es que, si estos han nacido con vocación de instrumentos planificadores de este singular espacio, deberían contener alguna indicación en referencia a los puertos, en cuanto se trata de infraestructuras pertenecientes al territorio litoral.

Para una gestión integrada con el litoral queda todavía un proceso largo, pero la planificación portuaria escalonada, como proceso de ordenación territorial de los puertos, parece ser el mejor ejemplo del camino que debe seguirse para la consecución del buen gobierno y la buena administración en estos espacios, y es que el mismo supone la participación de las distintas Administraciones Públicas, salvaguardando de esta forma la óptima satisfacción del interés general.

Debemos destacar, por último, como un aspecto muy positivo, los esfuerzos que se están llevando a cabo en Asturias para la aprobación del Plan Territorial Especial para la Estrategia Integrada de Gestión Portuaria Litoral del Principado de Asturias⁶⁷⁹. Esta Estrategia, tramitada como Plan Territorial Especial, supone -como señala la información pública contenida en la página web del Gobierno del Principado de Asturias- dar un paso más en las políticas vinculadas al litoral al trascender el enfoque territorial, y abordar la gestión de este espacio desde un enfoque “integral e innovador” en el que se tratan aspectos diversos estudiados integralmente (como es el caso de las políticas portuarias, o la diversificación económica en las actividades vinculadas al litoral).

⁶⁷⁹ Este documento se encuentra en tramitación, en fase de coordinación interadministrativa. Finalizada dicha fase, será sometido a aprobación inicial e información pública.

BIBLIOGRAFÍA

MEILÁN GIL, J.L. (2013): “El paradigma de la buena administración”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, pp. 233-257.

PONS CÁNOVAS, F. (2001): *El régimen Jurídico de la ordenación de los espacios portuarios*, Cedecs, Barcelona.

PONS CÁNOVAS, F. (2013), “Puertos, urbanismo y medio ambiente”, en LÓPEZ RAMÓN, F., y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (Coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, X. (2009): “La buena administración y el buen gobierno del litoral en Europa: especial referencia a la gestión integrada de las zonas costeras”, en GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.), y SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, pp. 163-180.

La responsabilidad por daños al medioambiente. Especial referencia a la valoración y determinación del daño ambiental

Adriana Antúnez Sánchez
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

Es algo conocido y reconocido, que los sistemas tradicionales de responsabilidad medioambiental se han mostrado insuficientes como medios efectivos de reparación ambiental. La carencia de los sistemas tradicionales, representados tanto por la responsabilidad extracontractual como por la responsabilidad administrativa derivada de los procedimientos sancionadores, no han sabido responder a las necesidades que presentaba la protección del denominado daño ecológico puro. Ante esta tesitura, el legislador español, procedió a la transposición de la conocida Directiva de Responsabilidad Ambiental, cuyo resultado fue la promulgación de la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Esta Ley supuso un antes y un después en el ámbito de la responsabilidad por daños al medioambiente, pues se basó en los principios de prevención y reparación, creando un sistema de protección de los recursos naturales, siendo el medioambiente el objeto protegido, sin necesidad de que estos ocasionen daños a terceros. Si bien este sistema ha supuesto un avance en la responsabilidad por daños ambientales, existen determinados aspectos como la valoración del daño, que comportan una problemática difícil de solventar, la cual será desarrollada en este trabajo y se tratará de aportar soluciones efectivas a la misma desde un prisma exclusivamente jurídico.

2. REGIMEN JURÍDICO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

El artículo 45 de la Constitución Española establece el deber de los poderes públicos 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 medioambiente. Así mismo, la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de medioambiente⁶⁸⁰, siendo esa competencia exclusiva del Estado significativa del interés general que subyace en la protección el medioambiente⁶⁸¹ lo que legitima la intervención de la Administración Pública⁶⁸² en aquellas actividades que presenten incidencia ambiental, mediante la imposición de deberes y obligaciones que eviten la producción de daños y la reparación de los ya producidos.

El artículo 45 impone además de un deber al legislador estatal de velar por la protección y defensa del medio ambiente, el de desarrollar por medio de una Ley o Reglamento el deber de restauración ambiental, deber que ha sido cumplido con la promulgación del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, al que más tarde se hará referencia.

En el ámbito nacional el marco jurídico de referencia se encuentra conformado por la Ley 26/2007, de 27 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, en adelante LRM, y el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

Como ya se ha adelantado, la LRM viene a trasponer a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre

⁶⁸⁰ De conformidad con el artículo 149.1 CE.

⁶⁸¹ Como recuerda la STC 5/2013, de 17 de enero, FJ 4, no se puede ignorar que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace un interés general, que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, siempre y cuando aquella competencia se ejerza de manera legítima (STC 204/2002, FJ 7.º).

⁶⁸² El artículo 103.2 CE establece que la Administración servirá a los intereses generales, dentro de los cuales se encuentra la protección y preservación del medioambiente.

responsabilidad medioambiental en materia de prevención y reparación de daños ambientales. El resultado es la implantación de un sistema de responsabilidad ambiental cuyas notas características son la responsabilidad objetiva e ilimitada y cuyos principios rectores, al igual que en la DRA, son el de prevención y quien contamina paga.

El sistema de responsabilidad ambiental que crea la LRM, consiste en la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva⁶⁸³ a la reparación de los daños ambientales para las actividades establecidas en el anexo III⁶⁸⁴, estableciéndose para el resto de actividades un sistema de responsabilidad subjetiva⁶⁸⁵. Entre las especialidades de la LRM destaca el tratamiento que se le da a las autoridades públicas como garantes de la prevención y reparación de los daños así como la aplicación de este sistema tanto a la reparación de los daños producidos como a su prevención.

La LRM tiene por finalidad regular la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que *quien contamina paga*.

El sistema que introduce la presente Ley consiste en primer lugar, en la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva a la reparación de los daños

⁶⁸³ La responsabilidad objetiva no exige la existencia de dolo o culpa para exigir la obligación de resarcir los daños cuando se trata de actividades productoras de riesgo, en la que cuando una actividad desarrollada por una persona representa una fuente de provechos para ella y un riesgo adicional para el resto, el resarcimiento de daños y perjuicios se configura como una especie de contrapartida de utilidad proporcionada por la actividad peligrosa, aunque tal daño se haya producido sin poder evitarlo y pese a haber adoptado las precauciones técnicas prescritas. En definitiva, existe responsabilidad objetiva cuando aun habiendo actuado el causante con diligencia y de conformidad con la legalidad, se produce un daño resarcible y antijurídico pues el perjudicado no tiene el deber de soportarlo.

⁶⁸⁴ Los operadores de las actividades recogidas en el Anexo III de la LRM tienen siempre la obligación de adoptar medidas de prevención, reparación y de evitación de nuevos daños. Entre las actividades que se recogen en el Anexo III por considerarse especialmente lesivas para el medioambiente, se encuentran aquellas sometidas a autorización ambiental integrada y diversos sectores normativos como la gestión de residuos, vertidos en aguas interiores y mar territorial, utilización confinada, liberación intencional o comercialización de organismos modificados genéticamente, la explotación de los lugares de almacenamiento de carbono o el traslado transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea sujeto a autorización o prohibido, entre otros.

⁶⁸⁵ La responsabilidad subjetiva exige la existencia de dolo o culpa por parte del causante del daño.

ambientales que se produzcan como consecuencia de las actividades que se recogen en el Anexo III de la LRM, a las que se hizo mención en apartados anteriores, y que por su relación con este apartado se vuelven a desarrollar aquí:

Los operadores de las actividades recogidas en el Anexo III de la LRM tienen siempre la obligación de adoptar medidas de prevención, reparación y de evitación de nuevos daños. Entre las actividades que se recogen en el Anexo III⁶⁸⁶, por considerarse especialmente lesivas para el medioambiente, se encuentran aquellas sometidas a autorización ambiental integrada y diversos sectores normativos como la gestión de residuos, vertidos en aguas interiores y mar territorial, utilización confinada, liberación intencional o comercialización de organismos modificados genéticamente, la explotación de los lugares de almacenamiento de carbono o el traslado transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea sujeto a autorización o prohibido, entre otros.

En segundo lugar, la LRM contiene, además de un sistema de responsabilidad objetivo para determinadas actividades, un sistema de responsabilidad subjetiva, se establecen dos sistemas distintos de responsabilidad cuya aplicación dependerá de la actividad originadora del daño. La responsabilidad objetiva permite que la Administración pueda imponer de forma coactiva la adopción de medidas de reparación o bien asumirlas ella misma, trasladando los costes de la operación de reparación al causante del daño. Por otro lado, la LRM tiene como objetivo principal prevenir y reparar los daños ambientales, sin que ello signifique la eliminación del sistema tradicional de responsabilidad (responsabilidad extracontractual) pues cada uno de los sistemas atiende a distintos tipos de daños. El alcance de estos objetivos únicamente puede lograrse a través del establecimiento de una responsabilidad ilimitada, cuyo perjuicio

⁶⁸⁶ De conformidad con el art. 19.1 LRM, el operador incluido en el Anexo III tiene la obligación de ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad competente y adoptar las medidas de reparación que procedan y, en este sentido, según dispone el art. 20.1 LRM sin demora y sin necesidad de advertencia de requerimiento o de acto administrativo previo deberá: (i) adoptar todas aquellas medidas provisionales necesarias para, de forma inmediata, reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, de acuerdo con los criterios previstos en el anexo II; y (ii) someter a la aprobación de la autoridad competente una propuesta de medidas reparadoras de los daños medioambientales causados elaborada conforme a lo previsto en el anexo II.

sufrido no se entiende reparado con una indemnización sino que es necesario que el medio dañado vuelva al estado previo a la causación del daño, dejando evidencia de que el interés que persigue la ley no es reparar el valor económico sino el medioambiental.

Las Administraciones Públicas se conforman como garantes de la protección el medioambiente, teniendo además de la obligación de reparar, la de prevenir los daños ambientales.

Respecto al ámbito material de la ley, es necesario advertir que con carácter general, no todos los daños que se produzcan al medio quedan amparados por la LRM⁶⁸⁷, sino solo aquellos que comporten «daños ambientales», a los que se define como el cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio a recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente, dentro de los que se incluyen aquellos daños medioambientales que hayan sido ocasionados por los elementos transportados por el aire⁶⁸⁸.

Realiza también la ley una clasificación de los daños que debemos entender como medioambientales, entre los que se incluyen:

- Los daños a las especies silvestres y a los hábitats, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitats o especies. El

⁶⁸⁷ La LRM excluye expresamente de su ámbito de protección a los daños causados a particulares: «(Artículo 5) Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se registrarán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación. Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda.»

⁶⁸⁸ Como apunta LOZANO CUTANDA, interesa señalar que en el concepto de daño se incluyen de forma expresa «aquellos daños medioambientales que hayan sido causados por elementos transportados por el aire», lo que se explica porque entre los recursos objeto de protección no se incluye per se a la atmósfera, resultando el aire elemento relevante solo en cuanto el transmisor de la contaminación. Esta exclusión se justifica porque la contaminación atmosférica es un daño difuso y, por ello, imposible en muchos casos de imputar a un solo agente causante, y muy difícil de cuantificar y reparar, por lo que las políticas públicas de protección de este recurso deben centrarse en la prevención y utilizar otros medios, como son los previstos en la legislación de calidad del aire, *Del daño tradicional al daño ambiental*, 2011.

carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I.

- Los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos:

a) Tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de aguas superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de aguas artificiales y muy modificadas. A tales efectos, se estará a las definiciones que establece la legislación de aguas.

b) En el estado medioambiental de las aguas marinas, tal y como se define en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección de Medio Marino, en la medida en que diversos aspectos del estado medioambiental del medio marino no estén ya cubiertos por el texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

- Los daños a la ribera del mar y de las rías⁶⁸⁹, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquella.

- Los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debidos al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo.

⁶⁸⁹ La ribera del mar y de las rías no contaba con una protección específica en la DRA, sin embargo, la LRM le ofrece una protección específica, aumentando el nivel de protección de la directiva.

Este sistema de responsabilidad medioambiental no extiende su protección a los daños realizados a particulares o bienes privados, pues ya se encuentran protegidos por la responsabilidad civil, salvo que esos daños se relacionen con los daños ambientales objeto de protección de la LRM. El objeto de la implantación de este sistema no es sustituir al sistema de responsabilidad extracontractual, sino complementarlo, en la medida en que intenta proteger y amparar la reparación de ciertos tipos de daños que hasta el momento no contaban con una protección exhaustiva.

Respecto al ámbito de aplicación, la ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. Se establece la presunción *iuris tantum* de que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo.

La propia ley específica, en aquellas actividades distintas e las enumeradas en el Anexo II, que la exigencia de medidas de prevención, evitación y reparación por parte del operador económico operará cuando medie dolo, culpa o negligencia de la actividad dañosa.

Así mismo la ley establece la exigencia probatoria de la relación de causalidad entre los daños y las actividades de operadores concretos, como requisito para la existencia de responsabilidad medioambiental en el caso de los daños causados por una contaminación de carácter difuso, es decir, con independencia del régimen de responsabilidad que resulte de aplicación, un operador podrá conseguir la inaplicación de la LRM si consigue acreditar que la actividad que aquel desarrolla en nada tiene que ver con la naturaleza de los daños causados.

La LRM excluye su aplicación en aquellos casos en los que el origen de los daños medioambientales residan en actos derivados de un conflicto armado, de hostilidades, de guerra civil o de una insurrección; fuerza mayor definida como

un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; y actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, y a las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales. De igual manera, tampoco se aplica a los siguientes tipos de daños:

- A los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de que tales daños se produzcan, cuando tengan su origen en un suceso cuyas consecuencias en cuanto a responsabilidad o a indemnización estén establecidas por alguno de los convenios internacionales enumerados en el Anexo IV, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, vigentes en España.

- A los riesgos nucleares, a los daños medioambientales o a las amenazas inminentes de que tales daños se produzcan, causados por las actividades que empleen materiales cuya utilización esté regulada por normativa derivada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, ni a los incidentes o a las actividades cuyo régimen de responsabilidad esté establecido por alguno de los convenios internacionales enumerados en el Anexo V, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, vigentes en España.

En el ámbito competencial de la Administración General del Estado, cuando afecte a obras públicas de interés general, la ley se aplicará:

- A los daños causados a las especies y a los hábitats protegidos, a las aguas, al suelo y a la ribera del mar y de las rías, y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia.

- A los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de estas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador.

Como última referencia, dispone la ley la posibilidad de que la normativa autonómica pueda determinar la aplicación de lo dispuesto anteriormente a las obras públicas de especial relevancia e interés equivalentes a las de interés general del Estado, cuya titularidad y competencia corresponda a las Comunidades Autónomas.

2.1 La obligación de prevención y evitación de los daños ambientales introducida por la LRM

La Ley de Responsabilidad Medioambiental incluye como principal novedad la exigencia al operador de la actividad de prevenir y evitar los daños ambientales como consecuencia de la actividad de riesgo. La obligación de prevenir y evitar el daño se conforma así, como rasgo diferenciador del sistema tradicional de responsabilidad extracontractual, cuya nota característica es la reparación del daño ya producido. La protección otorgada por el sistema que introduce la LRM se sitúa en un estadio anterior a la aparición del daño, pretende evitar el deterioro o destrucción de recursos naturales exigiendo al operador de la actividad la puesta en marcha de los mecanismos necesarios dirigidos a la evitación del evento dañoso. Además de suponer una novedad respecto al sistema de responsabilidad tradicional, también se conforma como tal en relación con la protección que otorga la DRA, pues ésta únicamente reconoce la exigencia de la reparación del daño a través del consagrado principio de quien contamina paga, sin hacer mención a la obligación de prevenir y evitar el daño, que por el contrario, queda plenamente reconocido por la LRM. Esta obligación se configura de manera objetiva, con independencia de que concurra o no, dolo, culpa o negligencia por parte del causante del daño. La Ley prevé para el caso de que el operador no cumpla voluntariamente con las medidas de prevención, la iniciación de oficio o a instancia de cualquier interesado, del procedimiento de exigencia de responsabilidad (arts. 41 a 49), el cual finalizará con una resolución en la que se establezca la responsabilidad a la que debe hacer frente el operador, además de la relación de medidas de prevención o de evitación de nuevos daños que se deban adoptar, acompañadas, en su caso, de las instrucciones oportunas

sobre su correcta ejecución (art. 45.2.c).

La Ley de Responsabilidad Medioambiental traslada en primera instancia la obligación de prevenir y evitar los daños ambientales al operador de la actividad de riesgo. Ante una situación de amenaza inminente de daños medioambientales originada por cualquier actividad económica o profesional, el operador de la actividad de riesgo tiene «el deber de adoptar sin demora y sin necesidad de advertencia, requerimiento o de acto administrativo previo las medidas preventivas apropiadas». Como novedad respecto a la DRA, la LRM introduce las denominadas medidas de evitación de nuevos daños, cuyo campo de actuación radica en que una vez producido el daño, se evite la producción de mayores daños medioambientales, controlando y limitando el alcance de los ya producidos.

2.2 La recuperación del estado original de los recursos naturales como objetivo del sistema de responsabilidad medioambiental

De tener que establecerse el principal objetivo que pretende la LRM, éste sería, sin lugar a dudas, la reparación integral de los daños, y no como erróneamente se suele creer, su indemnización. Las medidas que establece la Ley para la consecución de dicho fin son distintas en función de la naturaleza de aquello que se pretende reparar. Por un lado, nos encontramos con las medidas de restauración de aquellos recursos naturales que han sido dañados, a las que la Ley denomina medidas de reparación primaria.

Por otro, cuando la reparación primaria ya no es posible, la Ley establece medidas tendentes a una reparación complementaria dirigida a «compensar» el daño causado mediante actuaciones en otros recursos naturales similares al que ha sido objeto de lesión.

Las medidas de reparación comprenden toda acción o conjunto de acciones,

incluidas las de carácter provisional, que tenga por objeto reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, o facilitar una alternativa equivalente a ellos según lo dispuesto en el Anexo II, el cual establece un marco común que habrá de seguirse a fin de elegir las medidas más adecuadas para garantizar la reparación del daño ambiental.

El marco referente a la reparación que se establece en el Anexo II difiere en función del recurso natural objeto de protección:

- En caso de que se produzcan daños al suelo, las medidas que se deben adoptar, en el marco de la legislación de residuos, consistirán en la eliminación, control, contención o reducción de sustancias, preparados, organismos o microorganismos nocivos, cuya finalidad supone la recuperación de los suelos contaminados al dejar de implicar un riesgo para la salud de las personas o para el medioambiente.

- Para el resto de daños medioambientales, la acción de reparación se extiende a las medidas necesarias para que el recurso natural lesionado vuelva a su estado previo a la causación del daño, así como la recuperación de los servicios y funciones que los mismos prestaban a otros recursos naturales, al ecosistema o a la sociedad. El deber de reparar el daño se extiende aquí a todas las medidas conducentes y efectivas que sean necesarias para devolver el recurso dañado a su estado original, con independencia del coste que conlleve. Esta reparación se realiza a través de las medidas de reparación primaria, y cuando no sea posible la devolución del recurso a su estado básico, establece la ley las medidas de reparación complementaria, consistentes en la compensación del daño causado a través de la actuación en otro recurso de igual o similar valor medioambiental.

3. EL DAÑO AMBIENTAL

El daño ambiental se configura como centro de gravedad del sistema de responsabilidad medioambiental. Este sistema no solo exige la existencia de un daño para poder desplegar sus efectos, sino que además requiere que éste daño tenga el calificativo de ambiental, es decir, que el perjuicio o lesión afecte a alguno de los objetos que la ley protege expresamente y que se encuentran recogidos en el artículo 2.1 de la DRA.

Si bien la LRM no aporta una definición concreta de daño ambiental, pues se limita a enumerar los objetos que podrá tener dicho daño, sí que realiza una definición de lo que debemos entender por daño: «aquél cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales tanto si se produce directa como indirectamente».

Continuando la definición con la inclusión del concepto de daño, de aquellos daños medioambientales que hayan sido ocasionados por elementos transportados por el aire.

En cuanto al *objeto* que puede tener el daño ambiental, el legislador español aumenta la protección que ofrece la directiva, pues amplía el listado de elementos que pueden ser objeto de lesión ambiental, al incluir la ribera del mar y las rías⁶⁹⁰. Los objetos que puede tener el daño ambiental son, por tanto, los siguientes:

- Los daños a las especies silvestres y a los hábitats, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o mantener el estado favorable de conservación de esos hábitats o especies.

⁶⁹⁰ El artículo 2.1 c) LRM dispone: «Los daños a la ribera del mar y de las rías, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquella.»

- Los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos, incluido tanto los referidos al estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de agua superficiales y subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas como las referidas al estado medioambiental de las aguas marinas.

- Los daños a la ribera del mar y de las rías, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquélla.

- Los daños al suelo, conformados por cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medioambiente debidos al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo.

3.1 Los elementos del daño ambiental

Como ya ha sido adelantado en los anteriores apartados, el daño ambiental se define como *aquel cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente*. La existencia de un daño ambiental, requiere por tanto, en primer término, que la lesión sea mensurable y que se produzca con ella un cambio adverso en el recurso natural (la ley entiende como cambio adverso, cualquier modificación del recurso natural que cause un perjuicio para el mismo, ya sea producido por la destrucción o degradación del recurso, como si es a causa de medidas dirigidas a mejorar los valores ambientales del mismo, a raíz de las cuales se acaba produciendo finalmente un daño) se trata, por tanto, de una valoración del resultado de la actividad, que debe implicar en última instancia la producción de

un daño, con independencia de la intención que motive dicha acción.

El segundo requisito que establece la Ley es que ese daño sea mensurable, es decir, que pueda ser valorado económicamente, siendo aquí donde se encuentra la problemática que lleva aparejada el daño ambiental, pues se trata de un daño que carece de parámetros objetivos a los que se pueda acudir para proceder a su evaluación económica. Además de lo anterior, la LRM reconoce como daño ambiental, aquellos que supongan un perjuicio para los recursos naturales, tanto directa como indirectamente.

La DRA y la LRM conscientes de la dificultad que plantea la valoración del daño ambiental, han introducido una serie de parámetros dirigidos a objetivar y facilitar esta tarea, con los que se pretende determinar si un daño es o no significativo como para encuadrarse dentro del ámbito de aplicación de la LRM. Por su parte, la tarea de determinar el daño ambiental ha sido encomendada por el legislador al Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

El daño ambiental, al igual que el resto de daños objeto de responsabilidad, exigen para su apreciación, que cumplan con una serie de requisitos. El cumplimiento de estos requisitos se extiende también al daño ambiental, si bien es cierto que con ciertas especialidades debido a su singular naturaleza. Esta singular naturaleza se manifiesta en distintos aspectos:

En primer lugar, respecto a la *titularidad del objeto sobre la que recae el daño*, no se exige, en el caso de los daños ambientales, que la lesión se produzca sobre un bien de titularidad privada como requisito previo a la existencia de responsabilidad. Esto tiene sentido en cuanto los recursos naturales no son susceptibles de apropiación privada, se trata de bienes cuyo uso y disfrute (con

las limitaciones que la ley establezca en cada caso) corresponde, en términos generales, a la totalidad de las personas⁶⁹¹.

En segundo lugar, respecto a la *manifestación de los efectos* producidos, el daño ambiental se caracteriza por la incertidumbre temporal, en ocasiones la manifestación es automática a la producción del daño y, en otras, se manifiestan a lo largo del tiempo pues, por ejemplo, un daño concreto en las aguas marinas puede desencadenar la intoxicación o desaparición de fauna y flora marina, lo cual puede manifestarse en el momento, o más ocasionalmente, a lo largo de un periodo relativamente extenso de tiempo.

Si bien en la mayoría de los sistemas de responsabilidad medioambiental se requiere la individualización del daño, su concurrencia va a ser exigida aquí con matices⁶⁹².

Los daños ambientales se caracterizan porque no afectan a un sujeto concreto, individualizado, sino que el perjudicado por el daño es la sociedad en su conjunto, ya que el medioambiente es reconocido por la Constitución Española como un derecho colectivo de interés general.

Junto con los anteriores requisitos, la exigencia de efectividad del daño, es un

⁶⁹¹ Al respecto, se ha señalado que «en el sistema jurídico español se indemnización aquellas consecuencias negativas en la situación de una persona- sean o no patrimoniales esas consecuencias-que resulten de una lesión o de un derecho de la personalidad (vida, integridad física, libertad, honor, intimidad, etc.) o de un derecho o interés patrimonial (propiedad, u otro derecho real, posesión). Pero en el terreno ecológico, nos encontramos con buen número de consecuencias negativas sobre el medioambiente que no encajan en ese círculo del daño resarcible que se acaba someramente de delimitar: alteraciones en la calidad del aire, agua o suelo que no afectan de forma apreciable a la salud humana, daños en animales salvajes o en ejemplares vegetales que no son de propiedad privada, alteraciones del paisaje, etc.» GÓMEZ POMAR, F., *La responsabilidad por el daño ecológico: ventajas, costes y alternativas*, Ecología y Mercado, Madrid, 1994, páginas 46 y 47.

⁶⁹² Señala en este sentido RUDA GONZÁLEZ: «de las primeras cosas que puede llamar la atención cuando se oye hablar de daños ecológicos puros es que se utilice, precisamente, la palabra daños. Se presupone que existe alguien que sufre o padece el daño, una víctima a la que el ordenamiento concede una vía o mecanismo para que reclame su reparación. Más el daño ecológico puro se caracteriza porque no existe una víctima individual sino que, como se ha dicho, el quebranto tiene carácter colectivo. Más que a una persona concreta, afecta a la colectividad o al medioambiente como tal», en *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*, Universidad de Gerona, 2006.

requisito común que se aplica a la teoría general de la responsabilidad. Para que un daño sea efectivo, es necesario que sea real, que no se base en meras conjeturas o expectativas⁶⁹³. Sin embargo, otra de las especialidades de los daños ambientales consiste en admitir que aquellos daños que aún no se han manifestado a consecuencia de la acción, pero que se sabe con certeza que llegarán a producirse, sean resarcibles. En este caso, los operadores que hayan detectado la producción de un daño ambiental se encuentran obligados desde este momento a adoptar todas las medidas necesarias para evitar lo que la doctrina ha denominado «daños en cascada».

4. LA EVALUACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO AMBIENTAL

La ausencia de parámetros objetivos o baremos que sirvan de guía para determinar las indemnizaciones que deben proceder como consecuencia de un daño ambiental que comporta uno de los grandes problemas de este sistema de responsabilidad. Cuando nos encontramos ante la producción de un daño es necesario repararlo, y la reparación exige para su consecución la evaluación económica del daño producido, pues en aquellos casos en los que sea imposible la reparación in natura, será exigible el resarcimiento a través de una indemnización.

La evaluación económica comporta en el ámbito de los daños ambientales, una dificultad añadida, pues ésta no solo debe cuantificar el daño producido, sino también los efectos que haya podido tener dicho daño⁶⁹⁴.

La valoración del daño se conforma de esta manera, por la suma de los costes

⁶⁹³ Así, la STS 1011/1998, de 16 de febrero: «Para que pueda hablarse de un daño efectivo es preciso que sea actual y definitivo no pudiéndose incluir en tal concepto daños eventuales, de futuro o meramente posibles» y la STS 2234/2014, de 2 de junio: «Uno de los presupuestos o requisitos necesarios para la viabilidad de la acción de responsabilidad es que exista un daño real y efectivo, y no traducible en meras especulaciones o expectativas.»

⁶⁹⁴ Tales como la pérdida de cualidades de medioambiente, la destrucción del paisaje, o determinar las actividades que van a ser necesarias para determinar el medioambiente lesionado, CONDE ANTEQUERA, J., El deber jurídico de reparación ambiental, editorial Comares, 2004.

necesarios para proceder a la reposición del recurso natural dañado a su estado originario, junto lo que ha sido denominado «perdidas provisionales», por lo que debe entenderse en palabras de CONDE ANTEQUERA, «las pérdidas derivadas del hecho de que los recursos naturales o los servicios de los mismos no puedan desempeñar su función ecológica, o prestar servicios a otros recursos o al público en general, durante el tiempo que media entre la causación y la reparación del daño».

Si bien el Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley de Responsabilidad Medioambiental, en adelante, RLRA, establece algunos métodos para determinar la cuantificación del daño ambiental, estos distan mucho de conformar un sistema perfecto, como se expondrá más tarde. Antes de entrar en las críticas o carencias del sistema, conviene entrar en el análisis de los propios métodos que el RLRA establece, otorgándole un valor económico al recurso natural dañado:

- *Método del precio de mercado.* El valor se estima a partir del precio que tiene el bien en el mercado. Este método no solo plantea problemas por la dificultad de otorgar a un recurso natural un valor de mercado, pues se trata de un bien que se encuentra fuera del mercado y por tanto no es comerciable, sino que en aquellos casos en los que efectivamente pueda otorgárseles un valor, dudosamente será este el valor real, pues como comentábamos anteriormente, este valor es desconocido e incalculable.

- *Método de reemplazo o sustitución.* El valor se calcula en base a la totalidad del coste de reparación del bien.

- *Método de la estimación del precio hedónico.* Consiste en la valoración del efecto que causa el daño no sólo en el recurso dañado, sino en todos aquellos productos relacionados con el objeto de la lesión (por ejemplo, en la venta de pescado procedente de aguas que han sido contaminadas por un vertido).

- *Método del coste del viaje.* Este método se basa en la cantidad que deben abonar las personas para llegar al lugar donde se encuentra el bien que ha sido lesionado.

- *Método de la transferencia de beneficios.* El valor económico se calcula atendiendo al resultado de otros estudios que han sido realizados en relación con bienes de características similares.
- *Método de valoración contingente.* Método a través del cual se realizan encuestas a la población determinando cuánto estarían dispuestos a pagar por un determinado bien o servicio ambiental.
- *Método de la productividad.* Se estima el valor económico de productos o servicios ambientales que contribuyen a la obtención de bienes comerciables⁶⁹⁵.

Estos métodos se utilizan para cuantificar el bien ambiental, en función de la cantidad que se está dispuesto a pagar por su disfrute y de los beneficios que aporta a la sociedad. Esta valoración atiende por tanto a valores de uso y de no uso, es decir, se valora la utilidad del bien ambiental, conforme a los siguientes valores⁶⁹⁶:

El *valor de uso*, que se divide a su vez en:

- *Valor de uso directo.* Se reconoce de manera inmediata a través del consumo del recurso o de su recepción por individuos.
- *Valor de uso indirecto.* Se refiere a los beneficios que recibe la sociedad a través de los servicios ambientales de los ecosistemas y de las funciones de los hábitats.
- *Valor de opción.* Se refiere al valor de los usos potenciales de los recursos biológicos para su utilización futura.

El *valor de no uso*, que incluye a su vez:

⁶⁹⁵ FUENTE: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., y ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M., *Determinación y valoración del daño ambiental*, Revista Andaluza de Administración Pública, nº 81, 2011.

⁶⁹⁶ FUENTE: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., y ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M., *Determinación y valoración del daño ambiental*, Revista Andaluza de Administración Pública, nº 81, 2011.

Vid. DE ALBA, E. y REYES, M.E. «Valoración económica de los recursos biológicos del país», en la obra *La diversidad biológica de México: Estudio de País*, 1998, Conabio, Comisión Nacional para el Conocimiento y uso de la Biodiversidad, México, 1998.

- Valor de herencia. Se refiere al valor de legar los beneficios del recurso a las generaciones futuras.
- Valor de existencia. Es el valor de un bien ambiental simplemente porque existe.

Los distintos tipos de mercado a los que se puede atender para determinar el valor económico del recurso natural dañado, radican en el parámetro que se tome como referencia, de manera que si atendemos a un *mercado real*, se tendrá en cuenta el precio de mercado como parámetro objetivo que permita cuantificar el recurso; adoptando un modelo de *mercado sustitutivo*, se atiende a los precios de mercado reales para calcular, de modo estimado, el valor monetario de los recursos ambientales para los que no existe mercado; si optamos por un *mercado simulado*, la técnica más utilizada es la de atender al método de encuestas, cuyo resultado establece cuánto está dispuesta a pagar la población por usar y disfrutar de los recursos naturales.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA EVALUACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO AMBIENTAL

Como bien ha sido expuesto en los epígrafes anteriores, el sistema de responsabilidad ambiental introducido por la LRM, carece de parámetros o guías que aporten criterios objetivos dirigidos a la evaluación económica del daño ambiental, aspecto que se conforma como esencial para cumplir con el espíritu de la misma LRM y de la normativa comunitaria en materia ambiental, cuyos principios rectores se basan en la prevención y en la reparación, y bien es sabido, que si no es posible la evaluación económica, muy difícilmente lo será su reparación, pues no se sabrá el coste real del recurso natural dañado.

Siendo numerosa la problemática que presenta la cuantificación del daño ambiental, son varias las críticas que pueden hacerse al sistema que la LRM implanta: en primer lugar, la ausencia de criterios objetivos supone una merma de la protección que la Ley pretende otorgar al medioambiente, pues tanto

operadores como jueces carecen de parámetros que determinen con certeza cuál es el importe al que debe hacer frente para conseguir la reparación integral, en el caso del operador, y cuál es la indemnización, que de ser imposible la reparación, deberán determinar los tribunales como medida destinada a compensar el perjuicio causado.

Tal y como exponen ALVAREZ GONZÁLEZ y ÁVILA RODRÍGUEZ, los mecanismos que confiere la Ley para valorar el daño ambiental, carecen de estructuras ordenadas, consensuadas y normativizadas que permitan obtener un sistema de valoración del daño ambiental con todas las garantías.

Por otro lado, los métodos que aporta tanto la LRMA como RLRMA, se basan en una economización de los valores ambientales, que por sus propias características, entiendo que no pueden distar más de lo que son los valores económicos y de mercado. Estos métodos no proporcionan unos criterios a través de los cuales se obtenga el valor real del bien objeto de la lesión, sino que pretende otorgar, a bienes que por su intrínseca naturaleza se encuentran fuera del comercio, un valor de mercado. Estos métodos además no aportan una respuesta armonizada a los distintos eventos dañosos que puedan acaecer, además de que en la práctica no se conforman como métodos eficientes para dar respuesta a la totalidad de la lesión⁶⁹⁷.

La magnitud de la cuantía de algunas indemnizaciones supone, en ocasiones, la quiebra de las empresas que producen el daño con su actividad, a pesar de la solvencia que a priori puedan aparentar, pues en temas de responsabilidad medioambiental nos encontramos ante indemnizaciones que suponen sumas millonarias a las que hacer frente puede conllevar la ruina económica del operador.

Por otro lado, tal y como ha sido expuesto en este trabajo, la garantía financiera

⁶⁹⁷ Vid. el estudio jurisprudencial que realizan ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., y ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M. en *Determinación y valoración del daño ambiental*, Revista Andaluza de Administración Pública, nº 81, 2011.

no cubre la totalidad de los daños que puedan causarse, y si le sumamos el hecho de que aún no tiene carácter obligatorio para los operarios, esta previsión carece de utilidad práctica. En cuanto a los seguros que se puedan suscribir, tampoco suponen la cobertura total de la reparación, significando ello que será la Administración la que deberá hacer frente al coste restante de la reparación, sin perjuicio, de exigir posteriormente la cantidad relativa al coste de la reparación al causante del daño.

En definitiva, considero que el legislador tiene ante sí el reto de elaborar un sistema de evaluación de los daños ambientales, que sea coherente con los principios que inspiran la Ley y que además de ser efectivo, ofrezca la seguridad jurídica necesaria para operadores y para la propia Administración, que simplificando, somos todos. La importancia de otorgar un sistema de evaluación económica del daño se conforma como requisito esencial para articular un sistema de resarcimiento de daños al medioambiente.

BIBLIOGRAFÍA

ALENZA GARCÍA, J. F., *Manual de Derecho Ambiental*, Universidad Pública de Navarra, 2001.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., y ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M., *Determinación y valoración del daño ambiental*, Revista Andaluza de Administración Pública, nº 81, 2011

ARÉVALO FERNÁNDEZ, T., *Valoración del daño ambiental. La necesidad de seguir avanzando en el desarrollo de las herramientas de evaluación*, 2006.

AAVV, *Responsabilidad ambiental: penal, civil y administrativa*, Ecoiuris, 2003.

CASTAÑÓN DEL VALLE, M., *Valoración del daño ambiental*, Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 67, 2006.

CONDE ANTEQUERA, J., *El deber jurídico de reparación ambiental*, editorial Comares, 2004.

DE ALBA, E. y REYES, M. E. "Valoración económica de los recursos biológicos del país" en la obra *La diversidad biológica de México: Estudio de País 1998*. Conabio, Comisión Nacional para el Conocimiento y uso de la Biodiversidad, México, 1998.

DELGADO PIQUERAS, F., *Régimen jurídico del derecho constitucional al medioambiente*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 38, 1993.

GARCÍA AMEZ, J., *Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*, Aranzadi, 2015.

GÓMEZ POMAR, F., *La responsabilidad por daño ecológico: ventajas, costes y alternativas*, Ecología y Mercado, 1994.

JORDANO FRAGA, J., *La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril sobre Responsabilidad Medioambiental*, Revista electrónica de derecho ambiental, 2014.

JORDANO FRAGA, J., *Responsabilidad por daños al medioambiente*, Derecho del Medioambiente y Administración Local.

LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J., *Administración y legislación ambiental*, Dykinson, 2015.

LOZANO CUTANDA, B., *Del daño tradicional al daño ambiental*, 2011.

LOZANO CUTANDA, B., *La responsabilidad por daños ambientales: La situación actual y el nuevo sistema de "responsabilidad de derecho público" que introduce la Directiva 2004/35/CE*.

MORENO GUZMÁN, I., *Aproximación al régimen vigente de responsabilidad ambiental*, Diario La Ley, Nº 8820, Sección Doctrina, Editorial La Ley, 2016.

MOROTE LEYVA, J. F., *Régimen de responsabilidad y mecanismos jurídicos para la reparación del daño ambiental*, Observatorio Medioambiental, 2016.

RUDA GONZÁLEZ, *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*, Universidad de Gerona, 2006.

SORO MATEO, B., *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Medioambiente, 2005.

VERA JURADO, D. J., *Derecho ambiental de Andalucía*, Tecnos, 2005.

ZAMBONINO PULITO, M., *La Administración y la reparación ambiental (consideraciones sobre la responsabilidad de la Administración por daños al ambiente)*, Revista de Administración Pública nº 156, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

El conflicto netflix-movistar. Una aproximación jurídica a los acuerdos de peering

José Zapata Sevilla

Universidad de Málaga

1. Introducción.

Internet es cada día más importante en el mundo de los negocios. Los empresarios ya no pueden descuidar su faceta online si desean sobrevivir en un mercado cada vez más global, competitivo y donde el conocimiento es la base del desarrollo empresarial.

Uno de estos modelos de negocio, cuyo pilar es Internet, es el de las plataformas OTT Netflix, HBO y Sky. Estas plataformas proporcionan servicios de *streaming*, una tecnología que permite la visualización de contenidos de Internet sin necesidad de descarga previa, de modo que el cliente puede disfrutar al instante, en cualquier momento, de series y películas. Se trata, en definitiva, de televisiones que utilizan el modelo de pago a través de suscripción que da acceso a un catálogo de series y películas, en el que la visualización de los contenidos y el manejo del aplicativo, es decir todo el servicio, tiene lugar exclusivamente a través de Internet.

Ningún modelo de negocio está exento de problemática, mucho menos uno tan novedoso y peculiar como el de estos nuevos proveedores de contenidos. De ahí que surjan en este ámbito nuevos problemas que requieren una respuesta jurídica.

El peering con los ISP constituye un elemento fundamental para que las plataformas tipo Netflix puedan prestar un servicio eficaz a sus usuarios. Es un hecho que Netflix representa una opción muy buena para el entretenimiento en la medida en que el contenido es el propio de un servicio de videoclub, pero con una serie de comodidades que antes de Internet eran impensables: no hay

necesidad de desplazarse para adquirir los contenidos, hay un acceso ilimitado gracias a la suscripción a todo el catálogo, existen sugerencias y una clasificación perfecta de los contenidos más un buscador..., etc. No obstante, los servicios de Netflix no son disfrutables si no hay una visualización inmediata. El rendimiento de la plataforma es fundamental para sus usuarios. El servicio de Netflix será óptimo, siempre que se haya celebrado un acuerdo de interconexión (peering).

El objeto del estudio es la disputa por la falta de un acuerdo de *peering* gratuito entre Netflix y los sujetos sin los cuales no sería posible que accediéramos a Internet, los proveedores de servicios de Internet (ISP, por sus siglas en inglés, como se verá).

La problemática surgió en EE.UU, país de origen de Netflix y su principal mercado, y se reproduce cada vez que Netflix se expande a otros países y se encuentra con proveedores de servicios de Internet que le exigen un precio a cambio del acuerdo de peering.

En esta investigación se ha tomado como referencia el caso Netflix-Movistar, ya que así el lector está prevenido de los efectos que puede tener el conflicto sobre la suscripción que ha realizado, o podría realizar, con Netflix.

2. Concepto de Peering y régimen jurídico aplicable a los contratos.

2.1. Concepto y delimitación del peering objeto de estudio

El "*Peering*" o interconexión no es un fenómeno nuevo en el mundo de las telecomunicaciones.

Tradicionalmente había sido una fórmula a través de la cual los proveedores de servicios de internet (ISP) se intercambian la información que demandan sus usuarios, y que se localiza en redes de otro operador, a fin de facilitarles el acceso a los datos en las mejores condiciones. Esta interconexión requería que, en un lugar físico denominado punto neutro⁶⁹⁸, las redes de los ISP se interconectarán directamente.

⁶⁹⁸ Un ejemplo de Punto neutro, en España, vendría dado por la asociación Espanix: <https://www.espanix.net/es/index.html>.

Otra fórmula para conseguir el intercambio de datos entre operadores consistía en recurrir a un tercero con acceso a las redes de los operadores en cuestión. Esta vía, del tránsito (Transit⁶⁹⁹), se utiliza, por ejemplo, si los operadores no pueden interconectar sus redes directamente por sí mismos.

Otra modalidad de peering es la de las redes de distribución de contenido⁷⁰⁰ - CDN, por sus siglas en inglés, en adelante- que consiste en la disposición de una serie de servidores con copia de datos que se encuentran alejados de la red a la que se encuentran conectados, a fin de facilitar la conectividad.

Hasta hace unos años, se decía que estos acuerdos eran *handshake agreements*⁷⁰¹, esto es, que no se formalizaban en contratos, sino en (aparentemente) acuerdos sin vinculación jurídica. La razón estriba en que la inmensa mayoría de estos acuerdos se basaban en el "*bill-and-keep*" *agreements*,⁷⁰² esto es, que las partes se compensaban los datos aportados mediante el intercambio mutuo, de tal manera que lo único que tienen que sufragar eran los costes compartidos de la instalación donde se interconectaban las redes.

No obstante, en los últimos años se ha comprobado que este régimen cooperativo se resquebraja cuando aparecen asimetrías en el intercambio⁷⁰³. Así surge la modalidad de *Paid Peering*, dentro del género de los acuerdos de *Peering*, por la que una de las partes deberá dar a la otra un precio para compensar la falta de correspondencia en el intercambio de datos.

Siendo esto así, lo cierto es que la problemática se ha presentado cuando los "*carriers*" o empresas que se dedican al tránsito, como se ha comentado

⁶⁹⁹ William B. NORTON, "Internet Service Providers and Peering v3.0", disponible en: <http://drpeering.net/white-papers/Internet-Service-Providers-And-Peering.html>.

⁷⁰⁰ Francisco RODRÍGUEZ, "Content Delivery Network (CDN): Qué es, para qué sirve y por qué no rompe con la Neutralidad de la Red." disponible en: <https://www.xatakamovil.com/conectividad/cdn-que-es-para-que-sirve-y-por-que-no-rompe-con-la-neutralidad-de-la-red>

⁷⁰¹ WARREN COMMUNICATIONS NEWS, "Paid Internet Peering on the Rise, Disputes Possible", *Communications Daily*, vol 33, núm. 126, julio, 2013, disponible en: <http://www.cs.columbia.edu/~misra/news/CD070113.pdf>.

⁷⁰² Sasha SCHWEITZER y Lukas WIEWIORRA, "Paid Peering and Content Delivery", *Economics of IS. Thirty Fifth International Conference on Information systems*, disponible en <https://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=icis2014>.

⁷⁰³ Schweitzer, S Wiewiorra, L. *op. cit.*

anteriormente, de las conocidas como *plataformas over the top*⁷⁰⁴ (en adelante, OTT), han incurrido en las comentadas asimetrías en sus acuerdos de interconexión con los ISP debido al ancho de banda que estas plataformas consumen.

Sin embargo, el *paid peering* que se va a analizar en este trabajo, será una modalidad de acuerdo de interconexión directa, esto es, sin tener a terceros intermediarios (se evita la fórmula del tránsito). Esto se consigue gracias a una red de distribución de contenidos-CDN- que la plataforma OTT implanta en las “redes” del ISP. Las partes del acuerdo son un proveedor de contenidos de Internet, plataforma OTT en nuestro caso, y un ISP. El objeto del acuerdo es la mejora del rendimiento de los contenidos de la plataforma para los clientes que la plataforma OTT y el ISP tienen en común, a cambio de un precio cierto (pues Netflix no pudo convencer al regulador de que debía imponer la gratuidad). Se trata de un contrato por el que la plataforma OTT solicita la interconexión de su red de distribución de contenidos con las redes de los ISP.

Netflix utiliza el sistema *Open Connect* para hacer llegar sus contenidos en buenas condiciones a todos los usuarios que tiene repartidos por el mundo⁷⁰⁵. El sistema consiste en una red de distribución de contenido (CDN), que utiliza un conjunto de servidores- denominados por la propia Netflix OCAs- que almacena copias del catálogo de la plataforma. El objetivo de dichos servidores es acercar los contenidos lo máximo posible al cliente final, de acuerdo con su situación geográfica. Este sistema requiere la colaboración de los ISP, para hacer llegar datos que consumen tanto ancho de banda con calidad. Así necesita conectar dichos servidores que constituyen su red CDN con los ISP, tanto en sus centros de datos como en Puntos neutros donde se encuentren las redes de los ISP.

⁷⁰⁴ María FERNANDA BIANCO, “Los derechos de explotación del contenido audiovisual y la entrada de las plataformas Over The Top (OTT): estudio caso Netflix. Estudios”,- ICADE. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales, núm. 100, 2017

⁷⁰⁵ Todd HOFF, “La compleja infraestructura detrás de Netflix: ¿qué pasa cuando le das al “play”?” , disponible en: <https://www.xataka.com/streaming/la-compleja-infraestructura-detras-de-netflix-que-pasa-cuando-le-das-al-play>

La norma general es que el ISP acceda a instalar en sus redes los servidores que forman parte de la red CDN de Netflix. Por otro lado⁷⁰⁶, la propia Netflix ofrece condiciones ventajosas para que los ISP accedan a que dichos servidores se interconecten directamente con sus redes: ofrecen un seguimiento, mejoras y mantenimiento gratuito. Tanto en el documento explicativo de Netflix como en la información anterior citada⁷⁰⁷ se entiende que la introducción gratuita de dichos servidores es beneficiosa para la red del ISP, ya que los contenidos de Netflix demandados proceden de los OCAs, en lugar del “upstream”⁷⁰⁸ de Internet. Ahora bien, en este supuesto de peering, la plataforma OTT espera que el acuerdo no le suponga ningún tipo de contraprestación. Sabemos que este acuerdo gratuito se ha celebrado en España con ISPs como Vodafone, Orange, etc.

No obstante, algunos ISP como Comcast, Verizon, Movistar, se han negado a permitir la instalación de estos OCAs en sus centros de datos o a interconectar sus redes con ellos si no era a cambio de un precio. De ahí que se hable de paid peering en este caso.

Ocurre que los conflictos de peering de Netflix han evolucionado a lo largo de su existencia. En un primer momento Netflix pretendía realizar acuerdos de peering con los ISP a través de los *carriers*, que tienen sus correspondientes acuerdos de peering con los ISP. La disputa surgió cuando el ISP sufría una asimetría con el carrier debido al significativo tráfico de datos de Netflix y el ISP quería cobrar una compensación por esta asimetría. En la actualidad Netflix ha cambiado su estrategia: prescinde del intermediario y pretende celebrar el acuerdo de peering con el ISP a través de su CDN. El desacuerdo se produce cuando el ISP no autoriza la instalación de la CDN gratuitamente.

2.2 Régimen jurídico aplicable al contrato

⁷⁰⁶ Netflix, “Open Connect Overview”, disponible en: <https://openconnect.netflix.com/Open-Connect-Overview.pdf>.

⁷⁰⁷ Hoff, T, *loc. Cit*

⁷⁰⁸ Michelle CLANCY, “Netflix moves all global traffic to Open Connect CDN Read more: Netflix moves all global traffic to Open Connect CDN”, disponible en: <https://www.rapidtvnews.com/2016031942170/netflix-moves-all-global-traffic-to-open-connect-cdn.html#axzz5H6zusf62>.

En primer lugar, cabe preguntarse si el ISP podría verse obligado a celebrar acuerdos de peering debido a la potestad de los reguladores de imponer determinadas obligaciones de interconexión a los ISP.

Esta pregunta fue contestada por el organismo europeo competente en materia de telecomunicaciones en 2012, The Body of European Regulators for Electronic Communications (en adelante BEREC). En su informe⁷⁰⁹ el regulador concluyó que el artículo 5 de la Directiva 2002/19/CE -que tendría su transposición en el artículo 12, apartado 5 de la vigente ley general de telecomunicaciones- permitiría, en abstracto, imponer al operador, con posición de dominio o no, una obligación de interconexión sobre la base de su deber de no discriminación. A pesar de ello, la interconexión no tendría que ser gratuita, por lo tanto, en caso de asimetría sería legítimo un *paid peering*. En todo caso, reconocía el regulador que el mercado era eficiente por sí mismo a la hora de resolver estas disputas de interconexión, y que, en atención a dicho hecho, una intervención pública sería dañina, por lo que recomendaba la no intervención directa y ceñirse a recopilar información sobre el mercado.

Acerca de la normativa de la Unión Europea sobre la “neutralidad de la red”⁷¹⁰. El núcleo de este Reglamento se encuentra en su artículo 3.3, primer párrafo, que dispone: *“Los proveedores de servicios de acceso a internet tratarán todo el tráfico de manera equitativa cuando presten servicios de acceso a internet, sin discriminación, restricción o interferencia, e independientemente del emisor y el receptor, el contenido al que se accede o que se distribuye, las aplicaciones o servicios utilizados o prestados, o el equipo terminal empleado.”*

El fin de la normativa es, por tanto, impedir que los ISP puedan adoptar medidas de gestión de tráfico de datos, que perjudiquen a determinados

⁷⁰⁹ BODY OF EUROPEAN REGULATORS FOR ELECTRONIC COMMUNICATIONS, “An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality”, BoR (12) 130, de 6 de diciembre de 2012, disponible en: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/1130-an-assessment-of-ip-interconnection-in-the-context-of-net-neutrality.

⁷¹⁰ Reglamento (UE) 2015/2120 del parlamento europeo y del consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la directiva 2002/22/ce relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el reglamento (ue) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la unión.

contenidos. Netflix intentó influenciar la normativa de neutralidad de la red de Estados Unidos⁷¹¹, con el objeto de que existiera la obligación de celebrar acuerdos de peering gratuitos. El razonamiento consistía en que los consumidores debían tener la libertad de acceder a los contenidos con las velocidades contratadas sin que se le impusieran nuevos cargos a los proveedores de contenidos, pues estos les serían repercutidos indirectamente.

Pero si hacemos una lectura del artículo extractado (sin hacer mención a la problemática excepción que prevé posteriormente el articulado del Reglamento) se hace referencia al tratamiento activo del tráfico de datos que pueda realizar el ISP y no impone la obligación de que los contenidos lleguen con una determinada calidad a los usuarios. Es más, la guía del BEREC sobre el Reglamento analizado⁷¹² confirma que la normativa sobre la neutralidad de la red no es aplicable a los acuerdos de interconexión o peering.

En el párrafo 53 de la guía se insiste en que no existe la obligación de que todos los usuarios reciban la misma calidad del servicio. A continuación, la guía explica las excepciones que la normativa prevé a la interdicción de gestionar el tráfico de datos por parte de los ISP, excepciones que resultan aplicables a Netflix por las especiales características de su servicio.

Entiendo que, además, sería conveniente interpretar este Reglamento a partir de las consideraciones que sobre la relación Neutralidad de la Red- Acuerdos de peering han realizado las autoridades estadounidenses. No hay que olvidar que la regulación de la Neutralidad surgió al otro lado del Atlántico.

Para la Decisión de la Comisión Federal de Telecomunicaciones de Estados Unidos (FCC) del 2015⁷¹³, teniendo en cuenta el derecho de los consumidores a

⁷¹¹ NETFLIX, "Netflix Submits FCC Comments on Proposed Net Neutrality Rules", disponible en: <https://media.netflix.com/en/company-blog/netflix-submits-fcc-comments-on-proposed-net-neutrality-rules>.

⁷¹² BODY OF EUROPEAN REGULATORS FOR ELECTRONIC COMMUNICATIONS, "BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules", disponible en: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules.

⁷¹³ FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, "In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet, report and order on remand, declaratory ruling, and order" Vol. 80, No. 70 /

llegar a todos los contenidos de internet (legales), los ISP tienen que celebrar los acuerdos de Peering que fueren necesarios, aunque en ningún momento dice que deban ser gratuitos.

En el párrafo 29 se reconoce por primera vez a la Comisión -la FCC- competencia para intervenir en las disputas entre los sujetos que deben celebrar estos acuerdos. Se menciona aquí el supuesto de las disputas entre los *carriers* de Netflix, pues en esta época el Peering de Netflix se desarrollaba a través del tránsito.

No obstante, posteriormente, en el párrafo 31, la Federal Communications Commission (en adelante, FCC) aporta una solución similar a la ofrecida por el BEREC respecto de la aplicación de la Directiva de acceso a los acuerdos de peering. Entiende la FCC que la intervención pública podría ser dañina en un sector todavía desconocido, por lo que no son aplicables directamente las normas de neutralidad de la red a los acuerdos de peering, sin perjuicio de la supervisión que ejercerá en este tipo de disputas. Este criterio volverá a aparecer en los párrafos 200 y siguientes del mismo texto.

Lo interesante de este texto no es la solución dada, pues no es más aclaratoria que la decisión del BEREC, sino el criterio que deja entrever. Se trata de identificar quién asume el coste de la mejora de la capacidad de los ISP para hacer llegar el contenido de las plataformas OTT a los usuarios. Para Netflix, el coste debe asumirlo el ISP, ya que obligar a sus *carriers* o a la propia Netflix a pagar por el peering conduce a una situación asimilable al *paid prioritization* (una discriminación del contenido, al exigirle pagar). Otro argumento de Netflix fue que el coste a soportar por el ISP sería muy bajo en comparación a la conducta anticompetitiva que acaecería si Netflix no pudiera celebrar el acuerdo gratuitamente. Por el contrario, para los ISP, son las plataformas OTT o sus *carriers*, los que deben pagar por la mejora de la infraestructura que deben realizar los ISP para que los contenidos de las plataformas OTT lleguen a los usuarios finales en las condiciones queridas; se argumenta que los costes serán

repercutidos a la factura de los clientes del operador, incluyendo a aquellos que no tienen contratados los servicios de la plataforma OTT, lo cual es injusto.

Realmente, lo que se decidió en esta ocasión fue un complemento a la regulación del Derecho de Competencia o Derecho antitrust. La diferencia fundamental con el régimen establecido consistía en que la FCC se reservaba la facultad de supervisar e intervenir en este tipo de acuerdos, cuando antes no tenía la competencia para hacerlo. No obstante, para el caso de intervención, unos criterios definidos sobre en qué va a basar su actuación, simplemente dice que será una aproximación caso a caso. Esta reserva de competencia que no llega a hacerse efectiva por la falta de conocimiento del sector se asemeja, en mi opinión, a la interpretación del BEREC sobre el artículo 5 de la Directiva de acceso, en materia de peering.

Posteriormente se verá cómo la situación en el mercado español se asemejaría al régimen jurídico configurado por esta decisión de la FCC. La base para este régimen particular lo constituye la aprobación de la operación de concentración que realiza Movistar al adquirir Canal Plus.

En cambio, para la decisión de la FCC de 2017⁷¹⁴, en cuanto a nuestra materia de acuerdos de interconexión entre proveedores de contenido e ISP, no cabe ningún tipo de intervención de las autoridades en las negociaciones por los acuerdos de peering bajo la normativa de telecomunicaciones⁷¹⁵.

Esto significa que las negociaciones por estos acuerdos de peering, gratuitos o de pago, tendrán lugar en un mercado no intervenido, aunque sujeto a la legislación del Derecho de la Competencia.

2.3 Algunas particularidades de las obligaciones y responsabilidad resultante de un acuerdo de peering.

Estimo que al contrato de Paid Peering, en su modalidad de implantación de la CDN de la plataforma OTT en la red del ISP, es un contrato atípico y complejo

⁷¹⁴FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. "In the Matter of Restoring Internet Freedom DECLARATORY RULING, REPORT AND ORDER, AND ORDER", 33 FCC Rcd 311 (1), disponible en: <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-restoring-internet-freedom-order>.

que reúne características de diversos tipos contractuales, dentro del género de los arrendamientos mercantiles. De hecho, la figura con la que guarda más proximidad nuestro contrato es el *Acceso* en los términos del anexo II (definiciones) de la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por la utilización de las redes de terceros, la necesidad de que los titulares de estas redes presten una serie de servicios para que sea viable la interconexión y que el objeto del servicio es un elemento inmaterial. No obstante, hay que matizar esta regulación de Derecho Público no es aplicable al *Paid Peering*, como antes dijimos, aunque nos sirve para acercarnos a lo que supone este contrato.

Por lo tanto, ambas partes se obligan a realizar labores de mantenimiento y supervisión en orden a conseguir que la interconexión sea eficaz. Además, el ISP deberá poner a disposición de la plataforma OTT las infraestructuras donde deba instalarse la red CDN de la plataforma OTT. En cuanto a la plataforma OTT, le corresponderá el pago del precio acordado y -como viene haciendo- la instalación y supervisión de sus servidores.

Por otro lado, el elemento más característico de esta relación vendría dado por una obligación de resultado que asume el ISP frente a la plataforma OTT.

Esta obligación de resultado, propia del contrato de arrendamiento de obra, es necesaria para que la plataforma OTT pueda satisfacer adecuadamente sus pretensiones⁷¹⁶. El motivo de la plataforma OTT para celebrar este contrato no puede ser otro que la consecución de un rendimiento óptimo de los contenidos en los dispositivos de los usuarios del ISP con el que contrata.

Si el contrato no pudiera satisfacer esta pretensión de resultado, no tendría sentido para la plataforma pagar por el servicio, puesto que -como se comentaba en la decisión de la FCC de 2015- el ISP asume la obligación de garantizar el acceso a todos los contenidos legales a sus usuarios. Ello quiere decir que la

⁷¹⁶Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Causa de los contratos (artículos 1274 a 1277 CC)”. En Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Francisco Javier ORDUÑA MORENO, y M^a del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Eds.), Código Civil Comentado Volumen III, Civitas, Madrid, 2016, pp. 650-659.

obligación de medios del ISP ya estaría garantizada por el respeto al principio de neutralidad de la red (consagrado en nuestro *Reglamento (UE) 2015/2120*).

El incumplimiento por parte del ISP de la causa concreta del contrato de *Paid Peering* daría lugar al denominado *incumplimiento esencial*⁷¹⁷.

Un problema para la plataforma OTT sería el consistente en que se haya plasmado correctamente en la declaración de voluntad negocial la necesidad de alcanzar una mejora en el rendimiento de los contenidos. En mi opinión, en la práctica quedaría meridianamente clara la incorporación de estos motivos de la plataforma OTT al contrato de *paid peering*, gracias a la autonomía de la voluntad. También creo que es defendible la idea de que la obtención de un determinado rendimiento está incorporada en la causa ordinaria del contrato, como hemos dicho con anterioridad, de ahí que sea exigible sin que se haya estipulado expresamente.

Otra obligación del ISP, derivada de la obligación de resultado comentada en el párrafo anterior, consistiría en hacer las inversiones necesarias para garantizar la capacidad de las redes donde se van a colocar los dispositivos de la plataforma OTT.

En cuanto a la responsabilidad contractual de esta relación, creo necesario distinguir dos ámbitos. Por un lado, el incumplimiento de las obligaciones propias de este contrato, esto es, de aquellas cuya función es garantizar la mejora de los rendimientos de Netflix o la remuneración del ISP. Por otro lado, hay que tener presente que pueden acaecer daños en las infraestructuras del ISP como consecuencia del acuerdo de *Paid Peering*; para resolver la problemática de este supuesto hemos aplicado la regulación del arrendamiento de cosa del Código Civil.

En caso de que las redes del ISP presenten daños habrá que tener especialmente en cuenta la presunción de que la cosa (las redes del ISP) se entregó (se puso a disposición) en buen estado (artículo 1462 Cc)⁷¹⁸.

⁷¹⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia 638/2013, de 18 de noviembre, [R] 2014\2233].

⁷¹⁸ Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil Volumen II (Tomo 2)*, Tecnos, Madrid, 2012.

A pesar de ello, los riesgos de esta relación son del ISP, pues el artículo 1563 Cc responsabiliza al arrendatario-plataforma OTT de la pérdida o deterioro de las redes, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya. Esto significa que, si la plataforma prueba que los daños se producen por caso fortuito o fuerza mayor, no responderá por estos. Eso sí, tendrá que probar necesariamente que el origen se debe a la fuerza mayor o caso fortuito⁷¹⁹, respondiendo en caso de que la causa sea desconocida.

Acerca del incumplimiento de la obligación de resultado, de cara a la oportuna resolución de la relación, podría entenderse que en el contrato se procede a una determinación convencional del carácter esencial de la obligación, pues ello conllevaría la relajación del requisito de la esencialidad del incumplimiento del 1124 Cc.⁷²⁰

3. La negativa a celebrar acuerdos de peering por parte del ISP a los efectos del derecho de la competencia.

3.1 Conflicto Netflix-Movistar.

Tanto en el caso español como en el americano ha habido una negativa del ISP a permitir la implantación de la CDN de Netflix gratuitamente. En el caso Netflix-Movistar debe añadirse que Movistar es competidor directo de Netflix, pues Movistar adquiere Canal Plus (DTS, en adelante), previa aprobación de la operación de concentración por la CNMC finalmente en 2015⁷²¹. A partir de este momento, Movistar entra en el mercado de los contenidos de entretenimiento, al igual que Netflix.

El resultado del conflicto entre ambas compañías ha sido un mal rendimiento de Netflix para los usuarios que tienen sus servicios de acceso a internet

⁷¹⁹Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4ª), Sentencia 213/2017 de 30 marzo, [JUR 2017\237145].

⁷²⁰ Ángel CARRASCO PERERA, Derecho de contratos, Aranzadi, Pamplona, 2017.

⁷²¹ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, "Aprobamos la concentración Telefónica/DTS en segunda fase y con compromisos sometidos a vigilancia", disponible en: <https://blog.cnmec.es/2015/04/23/aprobamos-la-concentracion-telefonica-dts-en-segunda-fase-y-con-compromisos-sometidos-a-vigilancia/>.

contratados con Movistar, situación que ha conllevado un cruce de acusaciones en los servicios de atención al cliente de ambas compañías.

Se tratará de dilucidar si los sucesos acaecidos son relevantes de cara al Derecho de la Competencia, estudiando si la negativa de un ISP a celebrar con una plataforma OTT un acuerdo de peering gratuito o la imposición de un precio que la plataforma OTT considera excesivo son supuestos de abuso de posición de dominio.

En la resolución por la que se aprueba la adquisición de DTS por Movistar⁷²² aparecen compromisos de diversa índole, entre ellos, podemos encontrar aquellos que se encuentran bajo el título *“compromisos relacionados con el acceso a la red de internet de telefónica en España”*. Estos compromisos consisten en que:

*“Telefónica se compromete a prestar un servicio de acceso a su red de internet en España que presente capacidad y garantías de calidad suficientes (en términos de ancho de banda, reducida latencia, etc.) para la prestación de servicios OTT de televisión de pago por parte de terceros operadores a los clientes de banda ancha fija y móvil de Telefónica en España, en condiciones de calidad de servicio equiparables a las que disfrutaban los clientes del servicio OTT de televisión de pago de la entidad resultante.”*⁷²³.

El compromiso general extractado se ve reforzado por una serie de garantías. Se ha de resaltar una especialmente importante

*“Telefónica se compromete a negociar en términos equitativos, razonables, transparentes, objetivos y no discriminatorios acuerdos de interconexión a la red de internet de Telefónica en España con cualquier proveedor OTT que ofrezca televisión de pago o proveedor de servicios de conectividad a internet (ICP – Internet Connectivity Providers) que lo solicite, para la entrega del contenido audiovisual de televisión de pago a sus usuarios finales de banda ancha fija o móvil”*⁷²⁴.

⁷²² Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, RESOLUCIÓN (Expte. C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), disponible en: <https://www.cnmc.es/expedientes/c061214>.

⁷²³ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, *op cit*, nota 25 p 19.

⁷²⁴ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, *op. cit*, nota 25.

Aquí vemos que Movistar se compromete a negociar los acuerdos de peering con las plataformas OTT. Aunque lo cierto es que la CNMC presume que estos acuerdos serán onerosos.

Igualmente, al igual que ocurría con la decisión de la FCC de 2015, se establece la potestad del supervisor competente (la CNMC) para comprobar los términos de los acuerdos de peering en caso de que se celebren o los motivos del fracaso de las negociaciones⁷²⁵.

Es muy importante la declaración de la posición de dominio que pasa a ocupar Movistar en el mercado de la televisión de pago, mercado en el compete con Netflix⁷²⁶.

Por último, sobre este informe se ha de destacar que en los párrafos 1129 a 1142, se justifica que Movistar tiene incentivos para reducir el acceso a su red IP a las plataformas OTT, que constituyen su competencia.

3.2 El abuso de la posición de dominio.

A partir de los compromisos descritos en el apartado anterior podemos concluir que, aunque el acuerdo de peering no tiene por qué ser gratuito, sí tiene que ser negociado en términos equitativos. La justicia de la transacción nos lleva a considerar el supuesto de precios excesivos, como puede deducirse del siguiente extracto de la LDC (art 2.2 LDC):

a) *“la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”*.⁷²⁷

El criterio que estimo adecuado de cara a dilucidar el posible carácter excesivo del precio que Movistar le exigiera a Netflix como contrapartida para celebrar el acuerdo es el del coste, criterio que sigue el Tribunal Supremo⁷²⁸ cuando se le plantea la posible concurrencia del precio excesivo.

⁷²⁵ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, op cit, nota 25.

⁷²⁶ Vid por ejemplo el párrafo 1147 del citado informe.

⁷²⁷ artículo 2.2 Ley Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Publicado en: «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007

⁷²⁸ Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sala de lo contencioso-administrativo Sección 3ª). Sentencia de 29 mayo 2013. [R] 2013\4718]

El Tribunal Supremo ampara el criterio de que unos precios injustificadamente desproporcionados en relación los costes que soporta el ISP estarían comprendidos dentro de la prohibición legal. ¿Cuándo son excesivos estos precios? Esta es una cuestión indeterminada, pero condicionada por factores como: *“la previa situación de monopolio o cuasi monopolio, la existencia de barreras de entrada que impidan la competencia de nuevos operadores y la existencia de otros factores que determinen la inelasticidad de la demanda (...)*

Estos factores previos existen en nuestro caso; aunque como también se ha dicho están mitigados, en parte, por los compromisos asumidos. En todo caso, se entenderán que son excesivos cuando:

"estaremos en presencia de unos precios excesivos cuando el operador, haciendo uso de su posición de dominio, obtiene unos beneficios que no habría obtenido de haber habido una competencia suficiente".

De ahí que la doctrina haya destacado⁷²⁹ que para declarar el precio excesivo se tenga que realizar un doble test.

El primero de ellos tiene por objeto el análisis del coste-beneficio, operación muy problemática debido a la dificultad que representa la determinación de los costes a tener en cuenta y el porcentaje de beneficios valorados como excesivos en relación a los costes.

El segundo nivel del test consistiría en relacionar el precio calificado como abusivo en un determinado contexto con otros escenarios-que son los mencionados en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2013- tales como: otros precios en situaciones de competencia, otros mercados geográficos u otros periodos de tiempo. Todo ello para poder concluir si dichos precios son acordes o no al mercado en el que se incardinan los precios excesivos.

Se ha observado⁷³⁰ que la jurisprudencia de la UE aplica preferente el segundo nivel del test: análisis de los precios por comparación con otros contextos.

⁷²⁹ Carmen RODILLA MARTÍ, Los precios excesivos por explotación como ilícito del Derecho de la Competencia, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

⁷³⁰ Fernando DÍEZ ESTELLA, “Abusos mediante precios: los precios excesivos”, en Santiago MARTÍNEZ LAGE, Amadeo PETITBÓ JUAN (Directores). El abuso de la posición de dominio,

Aunque, personalmente, estimo más viable la apreciación discrecional del carácter excesivo conforme al primer nivel del test, dado que será difícil encontrar un mercado competitivamente eficiente de telecomunicaciones con el que comparar.

A pesar de ello, cabe decir que será muy difícil apreciar el carácter excesivo del precio, pues las autoridades de la competencia requieren que la exigencia de este precio tenga una finalidad excluyente para el competidor; lo cual no parece viable con la expansión de Netflix en España. Otra cuestión sería que la CNMC estimara que Movistar hubiera incumplido el compromiso de negociar en “*términos equitativos, razonables, transparentes, objetivos y no discriminatorios (...)*”.

Por último, para el hipotético caso de que sí se estimar el abuso de posición de dominio por precios excesivos, se plantearía la problemática de la revisión del precio. Conforme a determinados pronunciamientos judiciales⁷³¹, el Derecho de la Competencia no permitiría a los tribunales modificar el precio acordado en los contratos, pero sí tendría mecanismos suficientes para incentivar que la parte que ha cometido un abuso de posición de dominio revise los términos del contrato.

4. Referencias bibliográficas.

- BODY OF EUROPEAN REGULATORS FOR ELECTRONIC COMMUNICATIONS, “An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality”, disponible en: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/1130-an-assessment-of-ip-interconnection-in-the-context-of-net-neutrality.

- BODY OF EUROPEAN REGULATORS FOR ELECTRONIC COMMUNICATIONS, “BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules”, disponible en https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/

Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 251-272, disponible en: [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/precios_excesivos_\(2006\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/precios_excesivos_(2006).pdf).

⁷³¹ Vid Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid de 24 de marzo de 2010 y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 4 marzo de 2010.

berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules.

- Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2017.
- Fernando DÍEZ ESTELLA, “Abusos mediante precios: los precios excesivos”, en Santiago MARTÍNEZ LAGE, Amadeo PETITBÓ JUAN (Directores). *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 251-272, disponible en: [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/precios_excesivos_\(2006\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/precios_excesivos_(2006).pdf).
- Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil Volumen II (Tomo 2)*, Tecnos, Madrid, 2012.
- María FERNANDA BIANCO, “Los derechos de explotación del contenido audiovisual y la entrada de las plataformas Over The Top (OTT): estudio caso Netflix. Estudios”, - *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales*, núm. 100, 2017.
- Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Causa de los contratos (artículos 1274 a 1277 CC)”. En Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Francisco Javier ORDUÑA MORENO, y M^a del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Eds.), *Código Civil Comentado Volumen III*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 650-659.
- Carmen RODILLA MARTÍ, *Los precios excesivos por explotación como ilícito del Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- Sasha SCHWEITZER y Lukas WIEWIORRA, “Paid Peering and Content Delivery”, *Economics of IS. Thirty Fifth International Conference on Information systems*, disponible en <https://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=icis2014>.
- WARREN COMMUNICATIONS NEWS, “Paid Internet Peering on the Rise, Disputes Possible”, *Communications Daily*, vol 33, núm. 126, julio, 2013, disponible en: <http://www.cs.columbia.edu/~misra/news/CD070113.pdf>.

Smart city. La revolución digital y el papel de las ciudades como garante de los derechos de los ciudadanos

Ildefonso Ortega Moreno. Abogado y Administrador de fincas

Doctorando de derecho público en la UMA

1. Introducción.

Desde la antigüedad, observamos como el papel de las ciudades ha ido variando a lo largo de los siglos, siendo el mejor vehículo canalizador de las demandas de sus habitantes. Ejemplo de ellos son las esplendorosas antiguas ciudades Estado griega, con gran autonomía y como mejor forma de organización del campesinado para la satisfacción de los intereses de sus ciudadanos, a través de la creación de la democracia y la difusión de “prácticas sociales renovadas”⁷³².

Por otra parte, el máximo exponente en la antigüedad sobre los logros que trajeron para sus habitantes una ciudad bien organizada administrativa, jurídica, institucional, social y políticamente, la encontramos en la ciudad de Roma, que recogió la herencia helenística y la perfeccionó tanto en la propia organización de su ciudad, como en la relación con sus provincias, dando lugar a la mayor influencia política, jurídica, económica y militar que una ciudad ha podido ejercer en la historia de nuestra humanidad. De tal manera que, aún hoy en día, el ordenamiento jurídico e institucional romano sigue siendo objeto de estudio en las Facultades españolas de derecho, lo que pone de relieve la eficacia y la efectividad que supuso Roma desde un punto de vista de la organización territorial, institucional y jurídica como principales logros, y que permitieron un gran desarrollo económico, social y militar. De modo que, allí donde se instauraba una ciudad romana, los habitantes pasaban de ser bárbaros (“extranjeros”) a ser considerados ciudadanos, disfrutando de todos los avances que suponía una ciudad romana (saneamiento, organización administrativa,

⁷³² Plácido Suárez. D (2014): “La ciudad griega como marco y consecuencia de la conflictividad social”. Vínculos de Historia, nº. 3 (2014) Pp. 14-33.

comunicaciones, etc.). Es decir, el modelo de ciudad romana y del derecho romano eran sinónimo de progreso allí donde se instauraba, generando un efecto positivo a modo de desarrollo “policéntrico” entorno a las urbes romanas, donde se generó un fenómeno real de “municipalismo”, con gran autonomía y poder de decisión de las mismas, convirtiendo a las ciudades en el factor cohesionador y el que permitió que el dominio romano fuera posible durante tantos siglos⁷³³.

Posteriormente, en Europa, encontramos etapas más o menos florecientes de ciertas ciudades, como el Califato de Córdoba durante la edad media, o ciudades Estado como pudieran ser las repúblicas italianas de Venecia o Florencia, cuyo esplendor comercial les permitió tener gran protagonismo durante siglos. Cediendo el paso en el s. XIX al auge de las grandes capitales europeas como París o Londres, las ciudades germanas, el norte de Italia y lo que se conoce como Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), entorno a cuyos modelos de ciudad se ha realizado un progreso económico espectacular exportado al resto de Europa y del Mundo.

Hoy en día es en las ciudades donde se genera la mayor parte de la riqueza del PIB mundial, con un protagonismo cada vez mayor de las urbes asiáticas, de manera que en las 750 mayores urbes del mundo se concentra casi el 60% del PIB global⁷³⁴, porcentaje que, en Europa, si contemplamos todas las zonas urbanas europeas, nos encontramos con que en las mismas se genera las dos terceras partes del PIB de la zona euro⁷³⁵. De manera que la globalización y el componente digital, marcan definitivamente las relaciones comerciales y sociales en todo el mundo.

⁷³³ Véase capítulo titulado “El modelo romano de ciudad en la construcción política del imperio romano” de Urbano Espinosa Ruiz, 2001. Como parte de la obra “Reconstruyendo la ciudad maya: el urbanismo en las sociedades antiguas” coord. Por Andrés Ciudad Ruiz, María Josefa Iglesias Ponce de León, María del Carmen Martínez Martínez. Sociedad española de estudios mayas (2001). Pp. 163-182.

⁷³⁴ “Global cities: The changing urban hierarchy”. Oxford Economics, December 2017.

⁷³⁵ Informe de la Comisión de Desarrollo Regional “sobre la dimensión urbana de las políticas de la UE”. (2014/2213(INI)).

2. Smart city: desarrollo inteligente, sostenible e integrador.

El concepto de smart city en sentido estricto significa ciudad inteligente, como resultado lógico de dos tendencias, la urbanización a escala mundial y la revolución digital⁷³⁶, de manera que esta conceptualización tiene una enorme incidencia en las sociedades desarrolladas, estando cada vez más presente en las instituciones públicas y sus políticas de calado urbanístico.

Una smart city, se puede entender como una ciudad tipo que ofrece a la ciudadanía igualdad de oportunidades, acceso a las tecnologías, comunicaciones e información, que practica una política activa para la conservación, mejora y ampliación del patrimonio cultural, que promueve los espacios abiertos y zonas verdes, mantenimiento, planificación y construcción de infraestructura adecuada e inteligente que maximice el consumo de energía y reduzca la contaminación de nuestras ciudades. Igualmente debe de procurar acciones que lleven a una mejora de la empleabilidad tanto cualitativa como cuantitativamente en las ciudades, evitando o reduciendo la existencia de barrios empobrecidos o degradados impulsando políticas e inversiones suficientes para su recuperación e integración en un sistema ideal de ciudad, sobre la base del desarrollo sostenido, inteligente e integrado.

Si acudimos al ámbito europeo, debemos destacar las actuaciones procedentes desde el consorcio europeo para la innovación en smart cities⁷³⁷, donde encontramos un primer borrador del plan operacional de implementación y otro estratégico del 2014, centrando sus esfuerzo en materia de energía y transportes, aplicando soluciones innovadoras para superar problemas como el de la congestión de las ciudades, la contaminación del aire, el coste elevado de la

⁷³⁶ Villarejo Galende, H.: Smart Cities: Una apuesta de la Unión Europea para mejorar los servicios públicos urbanos. Elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado “La colaboración público-privada en infraestructuras urbanas como herramienta para contribuir a la recuperación económica y reforzar la sostenibilidad”. Revista de estudios europeos, nº 66, 2015.

⁷³⁷ The European Innovation Partnership on Smart Cities and Communities (EIP-SCC), dependiente de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/eip/smartcities/index_en.htm. A fecha de 06 de abril de 2018, observamos que dicho consorcio está formado por 3.000 ciudades, de 31 países, donde se observa una alta participación de ciudades de España, en comparación con la participación de otros países. Los municipios que se quieran asociar, pueden hacerlo a través del siguiente link: http://ec.europa.eu/eip/smartcities/about-partnership/how-do-i-get-involved/index_en.htm.

energía, mejorar la movilidad dentro de las ciudades, aumentar la eficiencia en el uso de la energía, así como crear un entorno urbano más limpio y respetuoso con el medio ambiente.

Desde una perspectiva científica, una smart city debe de comprender seis enfoques distintos pero interrelacionados entre sí, cuales son la smart governance, la smart economy, la smart mobility, la smart environment, smart people y la smart living⁷³⁸.

La smart governance, es lo que entendemos como gobernanza multinivel, con implicación de todos los agentes privados y representantes de las colectividades y movimientos sociales en los procesos de decisión y transformación del medio urbano por parte de los agentes públicos. En esta visión de la gobernanza local, los ciudadanos pasan a tomar una actitud activa, más allá de la tradicional postura pasiva de simple receptor de servicios, de manera que los gestores públicos van a poder contar con el trabajo o aportación activa de los ciudadanos con una información directa y más cercana a los problemas, para la mejora de los servicios que se prestan a los mismos.

En la smart governance, las tecnologías de la información y la comunicación conocidas como "TIC" (principalmente dispositivos móviles y redes sociales), juegan un papel clave para que el trasvase de información y las sinergias señaladas sean posibles, de manera que el acceso a la tecnología y a la información de forma fluida por parte de los usuarios de las ciudades, permite que los espacios estén más conectados, se tejan redes de participación y colaboración y, por ende, se mejore el análisis de datos sobre flujos y tendencias sociales, que posibilite una ordenación más armoniosa, inteligente y sostenible de los espacios, así como una mejor atención en los servicios y en las interacciones que sobre las urbes se desarrollan⁷³⁹.

⁷³⁸ Villarejo Galende, H: Smart Cities: Una apuesta de la Unión Europea para mejorar los servicios públicos urbanos. Elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado "La colaboración público-privada en infraestructuras urbanas como herramienta para contribuir a la recuperación económica y reforzar la sostenibilidad". Revista de estudios europeos, nº 66, 2015.

⁷³⁹ Véase a modo de ejemplo "Gobierno y participación ciudadana en el nuevo modelo de ciudad: las TIC como herramienta de desarrollo de la ciudad", de Sánchez Valdenebro, J.I. y García Vieira, F.J. (2015). Economía industrial, Nº 395, Ministerio de Ciencia y Tecnología, (Ejemplar dedicado a: Ciudades inteligentes), Pp. 135-145.

La smart economy es lo que entendemos como un crecimiento económico basado en el desarrollo sostenible, centrado principalmente en el sector tecnológico y de servicios, con un enfoque en la innovación de nuevos sistemas, procesos y tecnologías que faciliten la consecución de los proyectos de vida de los residentes, pero también atractivos para turistas y empresarios del presente, sin olvidar garantizar el mismo escenario para las generaciones futuras, que impliquen un aumento del PIB.

En dicho escenario ideal, la interconexión entre ciudades, residentes, turistas, empresarios y poderes públicos, provocan atracciones de inversión, fluidez y asequibilidad en los trasvases de información entre empresas, administraciones y público objetivo para el que emana, o desde el que emana, para su análisis, procesamiento y conversión en productos o servicios para satisfacción de la demanda latente o real existente en cada lugar objeto de interés.

En definitiva, el conocimiento, la creatividad y la sostenibilidad son conceptos claves para el desarrollo económico de una smart city, que permita a las ciudades ser más competitivas dentro de un mundo globalizado, de manera que una ciudad inteligente necesariamente estará relacionada con otras ciudades con las cuales estará interconectada de forma policéntrica dando lugar a un territorio inteligente⁷⁴⁰.

La smart mobility hace alusión a la tarea de tratar de recopilar el máximo de datos posibles sobre necesidades y tendencias de los ciudadanos en su movilidad en la ciudad y se fomente la conservación y promoción de infraestructuras y medios de transportes poco contaminantes adecuadas a la demanda real, tratando de promover la movilidad mediante vehículos no motorizados. Con ello, se busca mejorar las conexiones y accesos en la ciudad para un mejor servicio a la ciudadanía, desde sus hogares hacia sus centros de trabajo o a las zonas de ocio y servicios, reduciendo la congestión actual de las ciudades y los problemas

⁷⁴⁰ Véase “Territorios inteligentes espacios de economía creativa” de Caldedero A., Pérez J., Ugalde Sánchez I., Revista DYNA, (2006), Vol. 81, nº 6 (Ejemplar dedicado a: Investigación + Desarrollo + Innovación), Pp. 40-44.

derivados de un tráfico mal gestionado. Tarea donde el papel de los gobiernos locales es de vital importancia, debiendo de dedicar gran parte de sus recursos a dicha política⁷⁴¹.

Hemos de recordar que en Europa entorno al 70% de la población y de la riqueza se genera en el medio urbano, de ahí la importancia en que la movilidad sea óptima, para beneficio de las relaciones comerciales, pero también para permitir que dichos operadores comerciales puedan conciliar su vida profesional con la vida personal, tratando de reducir en lo posible los tiempos en los desplazamientos para mejora de la calidad de vida de los mismos, tanto de residentes, como profesionales o turistas. En este escenario, gana cada vez más fuerza modelos de organización de los edificios y zonas peatonales con pequeño comercio conocido como el de la super manzana, que permite crear espacios donde los habitantes pueden acceder a los servicios básicos, o espacios abiertos para ocio personal o familiar, sin necesidad de recurrir al transporte motorizado o reducir su uso en la medida de lo posible.

Por su parte, la smart environment supondría la integración de todos los procesos descritos anteriormente dentro de la preocupación y actuación diaria por reducir la contaminación, tener una ciudad limpia, verde, saludable, con espacios abiertos y zonas verdes para la contemplación y disfrute del ciudadano en sus tareas diarias (lo que podríamos llamar como disfrute pasivo) o en su tiempo libre (lo que podríamos llamar como un disfrute activo). Para ello se hace necesario la implementación de sensores para la acumulación de datos que permitan su posterior análisis y observar tendencias y forzar actuaciones de promoción de un uso mayor de energías renovables, el control inteligente de los

⁷⁴¹ “En la era de la revolución digital, la movilidad urbana se enfrenta al reto de identificar y hacer el mejor uso de las tecnologías de la información para procesar y permitir el análisis de grandes volúmenes de datos de forma estructurada e integrada. En el transporte urbano, el propósito de las Smart Cities es desarrollar sistemas flexibles de información y de toma de decisiones para operar distintos modos de transporte en tiempo real impactando positivamente en el ahorro de tiempo de los usuarios y la mejora en la eficiencia en los desplazamientos, el ahorro económico y la reducción de emisiones de CO2. El papel de los gobiernos locales, crucial en los enfoques de Smart City, resulta fundamental en esta área, y es que un porcentaje muy importante de los presupuestos municipales se dedica al ámbito de la movilidad urbana”. Pérez Prada F., Velázquez Romera, G., Fernández Añez, V., Dorado Sánchez, J. (2015): “Movilidad inteligente”. Economía industrial, nº 395, Ministerio de Ciencia y Tecnología, (Ejemplar dedicado a: Ciudades inteligentes), Pp. 111-121.

consumos de agua y energía, la mejor gestión y reciclaje de los residuos urbanos, mejora energética de nuestros edificios, planificación y desarrollo urbanístico sostenible, etc.

En cuanto a la smart people se refiere, es el estado donde nos encontraríamos o tenderíamos a crear para que los usuarios de las ciudades sean personas con una mentalidad respetuosa con el medio ambiente, concienciada en integrar en sus estilos de vida hábitos saludables, costumbres poco contaminantes tanto en sus hogares como en su movilidad, accesos a la información al instante y uso de la tecnología para posibilitar y contribuir desde su acción individual al objetivo común que supone las acciones y características de una Smart city.

Por último, tendríamos la smart living, focalizando todos los esfuerzos a construir viviendas económicas e inteligentes que atiendan a las necesidades concretas de sus usuarios, pero más allá del concepto de vivienda tradicional, integrando la tecnología en su configuración a través de la domótica, con adecuada conexión a internet y construida con materiales y de forma que permitan una mayor eficiencia y ahorro energéticos. Este concepto se puede poner en conexión igualmente con el de hogar digital inteligente (HDI)⁷⁴², que conlleva la posibilidad de programar los dispositivos de los hogares para que se activen o desactiven de forma automática o, incluso de forma remota (imagínese ir por primera vez a su casa de montaña en invierno tras meses de ausencia, pudiendo activar el sistema de calefacción de forma remota 24 horas antes de su llegada).

Por consiguiente, el concepto de smart city y sus distintas ramas, supone un abrazo a los objetivos de la Estrategia Europa 2020, es decir, a la promoción del desarrollo urbanístico inteligente, integrado y sostenible, que posibilite el desarrollo de unas ciudades bien conectadas tecnológicamente. Pero también físicamente, a través de sus infraestructuras, tanto en su engranaje interno como con el exterior, con enorme peso del transporte público poco contaminante a través del bus, el tranvía, el metro, el tren, la bicicleta, creando islas o

⁷⁴² Valero Duboy, M.A. (2015): "Hogar digital inteligente". Economía industrial, N° 395, Ministerio de Ciencia y Tecnología, (Ejemplar dedicado a: Ciudades inteligentes), págs. 123-126.

supermanzanas dentro de las ciudades que permita al ciudadano acceder a pie desde su casa al trabajo, al mercado y a los espacios abiertos y zonas verdes para mejor disfrute del tiempo libre de moradores y visitantes, ya sea por motivos de trabajo, gestiones administrativas, prestación de un servicio o mera visita cultural o gastronómica.

Sentado lo anterior, si volvemos la mirada a Málaga, observamos un ejemplo de cómo sería esa urbe cuyo crecimiento inteligente⁷⁴³, integrado y sostenible, está generando un efecto contagio y crecimiento policéntrico entorno a la misma, cuyos efectos se observan claramente a su alrededor, entre otros espacios en la Costa del Sol occidental. Espacio que se beneficia por una oferta de sol y playa muy atractivas, un entorno medio ambiental envidiable (traspais de montaña, ríos de gran belleza, etc.), la existencia aún en ciertos lugares de una agricultura y pesca tradicionales muy atractivos (no sólo generadores de empleo por su productiva en sí misma, sino que también por su atractivo para el turista vacacional), así como la presencia de una variada y reclamada oferta gastronómica a través de miles de restaurantes y cientos de chiringuitos. Todo ello, se ve reforzado por el aeropuerto puntero de Málaga, y la existencia de una buena comunicación por carretera que posibilita que cualquier turista internacional pueda acceder hasta el punto más lejano de la Costa del Sol occidental en un tiempo máximo aproximado de 60 minutos⁷⁴⁴.

Pero es que a dicha infraestructura y servicios le tenemos que añadir una gran oferta de ocio a través de una amplia red de campos de golf y hoteles a lo largo de toda la costa, puertos deportivos en cada municipio costero, cercanía de estación de nieve en Granada⁷⁴⁵, cercanía de ciudades con gran interés histórico

⁷⁴³ Impulsado por una potente gerencia de urbanismo con grandes recursos humanos y económicos, en colaboración con el Observatorio de medio ambiente urbano de Málaga (OMAU) y otras instituciones públicas y privadas. El 18 de septiembre de 2018, presentará la "Carta para el diseño de nuevos desarrollos urbanos y la regeneración de los existentes", elaborado por la agencia de ecología urbana de Barcelona, que hace énfasis en la necesidad de cambiar el papel de las ciudades, así como la forma en que se planifica y la adaptación o cambio del marco económico, financiero, jurídico y educativo actuales. http://www.omaui-malaga.com/2/com1_md-3/com1_md3_cd-1638/presentacion-mesa-redonda-carta-sobre-nuevos-modelos-urbanos.

⁷⁴⁴ Del aeropuerto de Málaga a Manilva (municipio más alejado de la Costa del Sol occidental), hay una distancia de 95 km. Fuente: Google Maps.

⁷⁴⁵ 175 km de distancia accesibles en 135 minutos de conducción aproximada desde el Aeropuerto de Málaga a la Estación de Esquí de Granada en Pradollano. Fuente: Google Maps.

cultural (como Ronda, Granada, Sevilla, Córdoba, etc.), un gran servicio sanitario (hospitales públicos y privados prácticamente cada 30 km a lo largo de la Costa del Sol) y una de las zonas más seguras del mundo para el turismo y el trabajo de empresas tecnológicas, que están asentándose cada vez más en Málaga⁷⁴⁶, Marbella y alrededores.

Por lo tanto, estamos en un entorno con una condiciones y un potencial enorme que hay que aprovechar, debiendo de convertir nuestras ciudades en inteligentes, limpias y bien conectadas, para aumentar aún más si cabe el atractivo que tiene nuestra costa como lugar ideal no sólo como oferta vacacional, sino que también para trabajar con una calidad de vida elevada, que es lo que está atrayendo a los directivos y trabajadores cualificados de multinacionales de todo el mundo⁷⁴⁷.

No obstante, nos encontramos aún con un importante hándicap, cual es no contar con una red ferroviaria que conecte la capital con toda la costa, y hacia uno de los principales puerto comerciales de Europa, Algeciras. Dicha conexión, no sólo favorecería las relaciones comerciales y la económica de la Costa del Sol occidental, sino que mejoraría el movimiento de usuarios, reduciría los costes y la contaminación, debiendo de conectarse Algeciras con Málaga o, cuanto menos, toda la costa del Sol con la capital del turismo andaluz, que la convertiría no sólo un referente a nivel nacional, sino incluso europeo.

⁷⁴⁶ Málaga es finalista en 2018 junto con otras 8 ciudades europeas, para ser elegida como capital europea de turismo inteligente 2019, de manera que la UE reconocerá el 07/11/2018 a dos capitales los hitos conseguidos en cuatro categorías: sostenibilidad, accesibilidad, digitalización y patrimonio cultural y creatividad. Por otra parte, fue considerada por el Euro barómetro de la Comisión europea en 2016 como una de las 10 ciudades con mejor calidad de vida en Europa, destacando las horas de sol, la seguridad y la gran oferta de ocio que tiene.

⁷⁴⁷ Así, tenemos como ejemplo empresas del Gaming (juegos y apuestas online), que tienen su matriz en Gibraltar, UK o Malta, pero ubican a parte de sus trabajadores en centros de negocio de Marbella o Málaga, incluso contratando ingenieros locales que trabajan desde sus propias casas en cualquier municipio de la costa. Normalmente encontramos edificios de negocios repleta de ingenieros, informáticos y trabajadores muy cualificados de todo el mundo, con sueldos muy elevados, que genera igualmente riqueza en la económica local a través del negocio que se genera alrededor de su actividad, pero también en su propio consumo particular en las zona de sus residencias.

3. Oportunidades y condicionantes legales en la Costa del Sol occidental.

Centrando el estudio en el ámbito de la Costa del Sol occidental, de la cual Málaga es la referencia, tenemos que tener presente los condicionantes legales que se desprenden del marco europeo, estatal, autonómico y local, así como las oportunidades de financiación, de las cuales haremos unos breves comentarios, remitiéndonos para un mayor detalle al reciente artículo doctrinal confeccionado sobre dicho asunto⁷⁴⁸.

De manera que la UE, si bien no tiene competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo⁷⁴⁹, sí la tiene en materia de medio ambiente, lo que condiciona el urbanismo de nuestras ciudades⁷⁵⁰. Igualmente observamos multitud de reglamentos⁷⁵¹ que articulan la concesión de fondos estructurales de inversión europeos que han supuesto una mejora de la cohesión territorial de los municipios y regiones de los países miembros de la UE donde se han ejecutado⁷⁵². De dicho fondos, el más famoso y con un mayor impacto sobre el urbanismo de los municipios es el fondo FEDER⁷⁵³ (fondo europeo de desarrollo regional), del cual se nutren principalmente las distintas ayudas europeas y convocatorias con impacto local y a las que cualquier municipio puede acceder acudiendo a la red de iniciativas urbanas (RIU⁷⁵⁴), donde se contemplan cuatro programas conocidos como “Estrategias DUSI” (desarrollo urbano sostenible e integrado)⁷⁵⁵,

⁷⁴⁸ Ortega Moreno, I. (2018): “Los fondos europeos: Incidencia en el desarrollo sostenible y el medio ambiente urbano de la Costa del Sol occidental”. Actualidad jurídica ambiental. Artículo doctrinal pendiente de publicación previsto para el 15/10/2018.

⁷⁴⁹ Ortega Moreno, I. (2018): “Hacia la cohesión territorial de Europa: Perspectiva de la ordenación del territorio y el urbanismo”. Valladolid. Revista de estudios europeos, nº 71. Pp. 381-395.

⁷⁵⁰ Directiva de evaluación de impacto ambiental (2011/92/UE), la Directiva sobre las emisiones industriales (2010/75/UE), la Directiva sobre participación del público (2003/35/CE), la Directiva sobre evaluación estratégica medioambiental (2001/42/CE) y la Directiva sobre los hábitats (92/43/CEE), entre otras.

⁷⁵¹ “Fondos Estructurales y de Inversión Europeos 2014.2020: textos y comentarios oficiales”. Comisión europea. Noviembre 2015.

⁷⁵² Sánchez Lyda, D.G., (2011): “Evolución Histórica de la Cohesión Económica y Social en la Unión Europea”. Jaén. Revista de estudios empresariales. Segunda época. P. 26.

⁷⁵³ Reglamento (UE) no 1301/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, sobre el Fondo europeo de desarrollo regional y sobre disposiciones específicas relativas al objetivo de inversión en crecimiento y empleo y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1080/2006. DO UE 20.12.2013. Con un presupuesto fijado, para el período 2014-2020, de 185.000 millones de euros.

⁷⁵⁴ http://www.rediniciativasurbanas.es/RIU/lang_castellano/.

⁷⁵⁵ A modo de ejemplo, observamos la estrategia “DUSI Caminito del Rey: el desarrollo urbano a través del turismo de interior de la Costa del Sol”, presentada por Diputación de Málaga,

“acciones urbanas innovadoras”, “URBACT” y “proyectos singulares EBC” (economía baja en carbono).

Por otra parte, como es sabido, a nivel estatal las competencias en materia de medio ambiente, costas y otras leyes sectoriales con incidencia directa en el desarrollo del urbanismo de nuestras ciudades, recae en el Estado central, mientras que las competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo recae en las comunidades autónomas, siendo que los municipios tienen la competencia para dotar de contenido los planes generales de ordenación urbanísticas, ejecutar el desarrollo de los planes y fiscalizar su cumplimiento mediante disciplina urbanística.

No obstante, dicho reparto competencial no está exento de problemas que han degenerado en corruptelas urbanísticas, fuerte impacto negativo en el medio ambiente, vulneración de los derechos de los ciudadanos⁷⁵⁶, ineficacia en los procesos, falta de financiación, cuestionamiento del actual modelo de gobierno local, necesidad de tender a nuevos modelos de gobernanza⁷⁵⁷, etc., que, con la experiencia y las exigencias de Europa y de la propia ciudadanía, se están tratando de corregir mediante una gran actividad normativa que empujan a una mayor transparencia y control en las actuaciones, a una mayor seguridad, ahorro y eficacia en las comunicaciones entre la ciudadanía y la administración, y entre administraciones, así como a una mejora en las formas de colaboración y cooperación legalmente establecidas.

cofinanciadas mediante el Programa Operativo de Crecimiento Sostenible 2014-2020 del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), y aprobada por un importe de 12.500.000,00 euros, de los que 10.000.000,00 euros provenían del fondo FEDER. Documento digital de 14/03/2018: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/convocatoria-2018-expresiones-de-interes-para-la-seleccion-de-operaciones-de-la-estrategia-'dusi-caminito-del-rey'.pdf.

⁷⁵⁶ Sobre el impacto de la Urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas. (Informe Auken). A6-0082/2009.

⁷⁵⁷ Zamora Roselló, M^a. R. (2015): “La vulnerabilidad de la ciudadanía y de la administración local ante el nuevo modelo de gobernanza”. Capítulo séptimo del manual: “Los derechos sociales y la protección de los colectivos vulnerables. Técnicas de Tutela”. **Valencia. Tirant Lo Blanch. Pp. 217-242.**

Muestra de ello, son la nueva Ley de Contratos de 2017 (que introduce condicionantes como el ambiental para la concesión de contratos públicos)⁷⁵⁸, las Leyes de 2015 sobre el procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y la del régimen jurídico del sector público (que regulan entre otras la administración electrónica, o las distintas fórmulas de cooperación y colaboración con la administraciones públicas así como entre e intra administrativas)⁷⁵⁹, o el anteproyecto de ley para un urbanismo sostenible de Andalucía (LUSA)⁷⁶⁰, por mencionar algunas.

4. Conclusión.

Se pone de manifiesto que hacer ciudad es hacer territorio, es hacer economía y es atender las necesidades de los ciudadanos, de manera que la forma en que organicemos las ciudades, las relaciones entre los habitantes y con la propia ciudad, determinará el mayor o menor progreso de sus ciudadanos y el de las urbes o territorios que la circunden. Y hoy, smart city es sinónimo de progreso y sostenibilidad.

Pero una smart city no se consigue o se construye únicamente a través del impulso de las autoridades públicas, si no que la participación e implicación de los agentes urbanizadores públicos y privados, la Universidad y los estilos de vida o demandas de los ciudadanos, con su participación activa en la toma de decisiones en el desarrollo de la ciudad, son de vital importancia. Idea que nos lleva de nuevo a que la tan comentada gobernanza multinivel tenga un especial protagonismo, con presencia de todos los actores públicos, privados y representantes sociales de las ciudades en la toma de decisiones de las autoridades locales y regionales.

⁷⁵⁸ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁷⁵⁹ Ley 39/2015, de 01 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC) y la Ley 40/2015 de 01 de octubre, del régimen jurídico del sector público (LRJSP).

⁷⁶⁰ La Ley 7/2002 de ordenación urbanística de Andalucía (LOUA) será derogada por la LUSA, cuya vigencia previsible sea a partir de principios de 2019.

Por tanto, nuestras ciudades no pueden ser ajenas a dicho fenómeno, debiendo de asociarse a las redes de ciudades actualmente existentes tanto a nivel regional, nacional como internacional, para interactuar con otras ciudades, estar al día de las tendencias e implantarlas en su desarrollo urbanístico, con una alta presencia de las TIC tanto en la vida privada de los ciudadanos, como en las relaciones con la administración pública, o en las intra e interadministrativas, así como realizando políticas y acciones concretas para la implementación de las medidas necesarias, para tener una ciudad inteligente mediando un desarrollo urbanístico sostenible e integrado.

A modo de ejemplo, y volviendo la mirada a la Costa del Sol occidental, parece poco inteligente, poco sostenible y poco integrador, tener un plan de ordenación del territorio para la Costa del Sol occidental⁷⁶¹, donde está presente el fenómeno de la conurbación como si fuera una “única metrópolis”, y donde se presentan en términos generales las mismas necesidades y problemáticas en materia de infraestructuras, transportes, abastecimiento de agua, necesidades de crecimiento urbanístico, etc. Y sin embargo, los planes generales de ordenación urbanística de cada municipio, su gestión y disciplina, se proyectan, ejecutan y controlan de forma aislada y no coordinada entre las autoridades o gerencias de urbanismo de todos los municipios de la zona. De manera que entendemos que lo lógico, lo inteligente, sostenible e integrador, sería crear un consorcio entre los 9 municipios de la zona en cuestión, como si todo fuera un único municipio, una aglomeración urbana, para que se ocupe de dotar de contenido al PGOU de los municipios de forma integrada, inteligente y sostenible, teniendo competencias así mismo sobre materia de gestión y disciplina urbanística para una mejor utilización de los recursos disponibles, un mejor conocimiento de la realidad del territorio a planificar y gestionar, y una aplicación de la disciplina urbanística de forma más efectiva. Y en esta tarea, entendemos que la Mancomunidad de municipios de la Costa del Sol occidental y/o la Diputación provincial de Málaga tienen un papel relevante, debiendo de promover este tipo de consorcio u otra

⁷⁶¹ [Decreto 143/2017](#), de 29 de agosto, por el que se acuerda la formulación del plan de ordenación del territorio de la Costa del Sol occidental de la provincia de Málaga (Boja nº 174 de 11 de septiembre de 2017), para los municipios de Fuengirola, Mijas, Marbella, Estepona, Casares, Manilva, Ojén, Istán, y Benahavís, pendiente de aprobación.

figura o actuaciones tendentes a la consecución del fin primordial, cual es mejorar el desarrollo urbanístico de forma inteligente, sostenible e integrada de zonas con problemas y necesidades comunes, como es la de la Costa del Sol occidental.

Referencias Bibliográficas

-) Caldedero A., Pérez J., Ugalde Sánchez I. (2006): "Territorios inteligentes espacios de economía creativa". Revista DYNA, Vol. 81, nº 6 (Ejemplar dedicado a: Investigación + Desarrollo + Innovación), Pp. 40-44.

-) Economía industrial, nº 395, Ministerio de Ciencia y Tecnología, (Ejemplar dedicado a: Ciudades inteligentes), Pp. 135-145.

-) Espinosa Ruiz, U. (2001): "El modelo romano de ciudad en la construcción política del imperio romano". Capítulo que forma parte de la obra "Reconstruyendo la ciudad maya: el urbanismo en las sociedades antiguas" coordinado por Andrés Ciudad Ruiz, María Josefa Iglesias Ponce de León, María del Carmen Martínez Martínez. Sociedad española de estudios mayas (2001). Pp. 163-182.

-) "Fondos Estructurales y de Inversión Europeos 2014.2020: textos y comentarios oficiales". Comisión europea. Noviembre 2015.

-) Global cities: The changing urban hierarchy. Oxford Economics, December 2017.

-) Informe de la Comisión de Desarrollo Regional "sobre la dimensión urbana de las políticas de la UE" (2014/2213(INI).

-) Pérez Prada F., Velázquez Romera, G., Fernández Añez, V., Dorado Sánchez, J. (2015): "Movilidad inteligente". Economía industrial, Nº 395 Ministerio de Ciencia y Tecnología, (Ejemplar dedicado a: Ciudades inteligentes), Pp. 111-121.

-) Plácido Suárez, D. (2014): "La ciudad griega como marco y consecuencia de la conflictividad social". Vínculos de Historia, nº 3 (2014).

-) Sánchez Lyda, D.G. (2011): "Evolución Histórica de la Cohesión Económica y Social en la Unión Europea". Jaén. Revista de estudios empresariales. Segunda época.
-) Sánchez Valdenebro, J.I. y García Vieira, F.J. (2015): "Gobierno y participación ciudadana en el nuevo modelo de ciudad: las TIC como herramienta de desarrollo de la ciudad". Economía industrial, N° 395, Ministerio de Ciencia y Tecnología, (Ejemplar dedicado a: Ciudades inteligentes), Pp. 135-145.
-) Valero Duboy, M.A. (2015): "Hogar digital inteligente". Economía industrial, nº 395, Ministerio de Ciencia y Tecnología, (ejemplar dedicado a ciudades inteligentes), Pp. 123-126.
-) Villarejo Galende, H. (2015): Smart Cities: Una apuesta de la Unión Europea para mejorar los servicios públicos urbanos. Elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado "La colaboración público-privada en infraestructuras urbanas como herramienta para contribuir a la recuperación económica y reforzar la sostenibilidad". Revista de estudios europeos, nº 66.
-) Zamora Roselló, M^a R. (2015): "La vulnerabilidad de la ciudadanía y de la administración local ante el nuevo modelo de gobernanza". Capítulo séptimo del manual: "Los derechos sociales y la protección de los colectivos vulnerables. Técnicas de Tutela". Valencia. Tirant Lo Blanch. Pp. 217-242.

El tercero hipotecario frente a la orden de reposición de la realidad física alterada. Postura del tribunal europeo de derechos humanos y reacciones del legislador estatal

Alberto Berrocal Acedo

Doctorando de la Universidad de Málaga

El supuesto de hecho prototípico, como pone de manifiesto AGUIRRE FERNÁNDEZ, es el siguiente: una persona, tras adquirir la propiedad de un inmueble, con la intervención de un fedatario público, confiando en un registro público como es el Registro de la Propiedad y en una licencia otorgada por la Administración pública, sin que conste que haya ningún incumplimiento legal, se ve privado de su vivienda, en muchas ocasiones como consecuencia de un procedimiento judicial en el que no ha podido participar y del que no ha tenido conocimiento hasta su fase de ejecución, debiendo tenerse en cuenta, además, que en el caso de que la vivienda esté hipotecada, la obligación de pago subsiste, pese a que tenga lugar la demolición⁷⁶².

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

La pérdida de la vivienda por parte del tercero hipotecario es producto de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, que viene sosteniendo que no se puede alegar con éxito la tesis del tercero de buena fe para evitar la demolición.

⁷⁶² AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio Javier: “Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en materia urbanística: silencio administrativo, declaraciones de obra nueva, complejos inmobiliarios, disciplina urbanística y protección de los terceros en caso de demolición”. Revista crítica de derecho inmobiliario, nº 736, pp. 889-956, Madrid, 2013 [consultado el 4 de agosto de 2016]. Disponible en: http://app.vlex.com/#WW/search/*/Novedades+introducidas+por+el+Real+Decreto-ley+8%2F2011%2C+de+1+de+julio%2C+en+materia+urban%3ADstica%3A+silencio+administrativo%2C+declaraciones+de+obra+nueva%2C+complejos+inmobiliarios%2C+disciplina+urban%3ADstica+y+protecci%C3%B3n+de+los+terceros+en+caso+de+demolici%C3%B3n/W/vid/439674314

Para defender dicha postura, el Alto Tribunal utiliza varios argumentos, entre los cuales destacan los siguientes:

1.- La inaplicabilidad del art. 34 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en lo siguiente, LH), ya que éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente, pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico.

2.- Los terceros adquirentes no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos.

Más detalladamente, según la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5984), no puede alegarse con éxito la tesis del tercero de buena fe, ya que “en Derecho urbanístico esta figura no juega, pues en él se aluden los factores subjetivos propios de dicho concepto apostando por los criterios materiales y objetivos, como salvaguardia de los intereses generales de orden público”⁷⁶³.

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 de junio de 1994 (RJ 1994\4995), por su parte, defiende la idea de que “la fe pública registral, en definitiva, protege al tercer adquirente de las limitaciones voluntarias, no así de las instituidas por Ley o, como ocurre en el presente caso de las impuestas, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos que en cuanto afectan a interés general, gozan de una publicidad que trasciende a la del Registro de la Propiedad, de suerte que en los supuestos de enajenación de fincas el adquirente queda subrogado en el lugar y puesto del transmitente no sólo en cuanto a aquellas limitaciones impuestas por la Ley o derivadas de la misma, sino también en cuanto a los compromisos y obligaciones

⁷⁶³ De igual modo se expresan las sentencias del propio Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1980 (RJ 1980\5116), 30 de septiembre de 1981 (RJ 1981\5023), 31 de septiembre de 1981, 31 de enero de 1985 (RJ 1985\937), 29 de enero de 1996 (RJ 1996\222), etcétera. Haciéndose eco de esta doctrina, se pueden citar las SSTSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 11 junio 2001 (RJCA 2001\1530), 6 de julio de 2001 (JUR 2002\2706) y 31 de enero de 2002 (RJCA 2002\385).

asumidos por éste con la Administración Pública, sin perjuicio, claro está, de las facultades resolutorias e indemnizatorias que a aquel reconoce el art. 62 TR de la LS⁷⁶⁴.

En fechas más recientes, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 12 de mayo de 2006 (RJ 2006\3646) dice que los terceros adquirentes “[n]o están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico⁷⁶⁵.

Y en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 26 de

⁷⁶⁴ Reproduciendo literalmente dichos términos, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 28 de diciembre de 1994 (RJ 1994\9831), la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 25 de febrero de 2011 (RJ 2011\1664), las ya referidas SSTSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 11 junio 2001 (RJCA 2001\1530) y 31 de enero de 2002 (RJCA 2002\385) y, más recientemente, la STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) número 2828/2012 de 22 octubre (JUR 2013\105797).

⁷⁶⁵ Igualmente, las SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 6 de febrero de 2007 (RJ 2007\8557), 9 de julio de 2007 (RJ 2007\80722), 18 de marzo de 2008 (RJ 2008\1756), 4 de febrero de 2009 (RJ 2009\3306), 29 de abril de 2009 (RJ 2009\5143), 29 de octubre de 2010 (RJ 2010\8232), 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1066), 17 de mayo de 2013 (RJ 2013\5244), 27 de octubre de 2015 (RJ 2015\5580 y RJ 2015\5581), 28 de octubre de 2015 (RJ 2015\5582), 29 de octubre de 2015 (RJ 2015\6162) y 3 de noviembre de 2015 (RJ 2015\6180, RJ 2015\5473 y RJ 2015\5489), las SSTSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) números 1501/2010 de 16 de abril (JUR 2012\72982), 2944/2010 de 16 de julio (JUR 2011\91948), las SSTSJ Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) número 1800/2012 de 21 de junio (JUR 2012\355803), 2758/2012 de 8 de noviembre (JUR 2013\294356), 3030/2012 de 30 de noviembre (JUR 2013\293970), 57/2013 de 18 de enero (JUR 2013\230595), 58/2013 de 18 de enero (RJCA 2013\824), 231/2013 de 25 de enero (JUR 2013\230232), 1108/2013 de 25 de marzo (JUR 2013\231131), 1111/2013 de 25 de marzo (JUR 2013\239740), 1854/2013 de 15 de julio (JUR 2013\378255), 2347/2013 de 14 de octubre (JUR 2014\131370), 124/2014 de 20 de enero (RJCA 2015\199), 1835/2014 de 29 de septiembre (JUR 2015\67826), 2638/2014 de 30 de diciembre (JUR 2015\73562), 573/2015 de 9 de marzo (JUR 2015\217334), 857/2015 de 31 de marzo (JUR 2015\217618), 1240/2015 de 11 de mayo (JUR 2015\215161), 1414/2015 de 29 de mayo (JUR 2015\214308), 1568/2015 de 15 de junio (JUR 2015\221672), 1433/2016 de 5 de julio (JUR 2017\31283) y 1773/2016 de 14 de julio (RJ 2016\3918), las SSTSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), números 87/2014 de 6 de febrero (JUR 2014\92231), 184/2014 de 27 de marzo (JUR 2014\151842), 636/2014 de 10 de noviembre (JUR 2015\14665) y 695/2014 de 1 de diciembre (JUR 2015\60953), las SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) números 26/2014 de 20 de febrero (JUR 2014\114935), 97/2015 de 26 de marzo (JUR 2015\255065), 124/2016 de 29 de marzo (JUR 2016\171484) y las SSTSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) números 182/2014 de 26 de febrero (JUR 2014\95050), 999/2014 de 19 de noviembre (JUR 2015\23548), 477/2015 de 12 de junio (JUR 2015\182618), 845/2016 de 12 de diciembre (RJCA 2017\176), 166/2017 de 8 de marzo (JUR 2017\96856) y 233/2017 de 29 de marzo (JUR 2017\147012), entre otras.

septiembre de 2006 (RJ 2006\6665) se dice también que “[e]l que los propietarios (...) tengan la condición de terceros adquirentes de buena fe carece de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impone la demolición inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística, pues la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado”, añadiendo que “frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos”⁷⁶⁶.

En definitiva, para el Tribunal Supremo, “los terceros adquirentes (...) ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia” (STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª] de 12 de

⁷⁶⁶ Acogiendo este argumento, las SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 9 de julio de 2007 (RJ 2007\8072), 18 de marzo de 2008 (RJ 2008\1756), de 4 de febrero de 2009 (RJ 2009\3306), 29 de abril de 2009 (RJ 2009\5143), 29 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1066), 17 de mayo de 2013 (RJ 2013\5244), 27 de octubre de 2015 (RJ 2015\5580RJ y 2015\5581), 28 de octubre de 2015 (RJ 2015\5582), 29 de octubre de 2015 (RJ 2015\6162), 3 de noviembre de 2015 (RJ 2015\6180), la número 1773/2016 de 14 julio (JUR 2016\165123) y las SSTSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) números 314/2008 de 6 de junio (JUR 2009\32422), 350/2008 de 30 de junio (JUR 2009\31444), 32/2009 de 9 de febrero (JUR 2009\225336), 101/2009 de 9 de marzo (JUR 2009\261454), 107/2009 de 16 de marzo (JUR 2009\260895), 109/2009 de 16 de marzo (JUR 2009\260916), 256/2009 de 18 de mayo (JUR 2009\421484), 1077/2011 de 16 de mayo (JUR 2011\333784) y 2828/2012 de 22 de octubre (JUR 2013\105797).

mayo de 2006 [RJ 2006\3646]).

Esta línea jurisprudencial, seguida a pies juntillas por los Tribunales Superiores de Justicia, es acogida también por la STC 22/1984, de 17 de febrero, que desestima la alegación de los recurrentes de ser terceros de buena fe que no habían intervenido en el proceso administrativo referido a la legalidad de la construcción de la vivienda por ellos adquirida, oponiendo para ello - fundamento jurídico sexto- que:

“Frente a esta alegación o argumentación, se ha dicho que el art. 88 de la Ley del Suelo establece una regla de subrogación real en materia de situaciones urbanísticas, que son por regla general vínculos ob rem”.

2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La STEDH (Sección 2ª) de 24 de noviembre de 2009, *caso Yildirim contra Turquía* (JUR 2009\465497), analiza un supuesto en el que el demandante, que había comprado de buena fe una casa a su anterior dueño confiando en el Registro de la Propiedad, donde no se hacía constar ninguna anotación relativa a la ilegalidad de la edificación, vio cómo dicha vivienda era demolida, sin percibir ninguna indemnización. Ante esta situación, dice el Tribunal que la privación de la propiedad sin el pago de una cantidad acorde a su valor constituye una injerencia desproporcionada, y que la falta total de indemnización solamente puede considerarse justificada en circunstancias excepcionales, virtud al art. 1 del Protocolo nº 1, no apreciando el Tribunal ninguna circunstancia excepcional que justifique la ausencia de indemnización. Por lo tanto, esta sentencia le brinda la posibilidad al tercer hipotecario de solicitar una indemnización por la demolición.

Es más, para la STEDH de 22 de julio de 2008, *caso Kötkepe contra Turquía* (JUR 2008\53), la posibilidad de reclamar en un proceso posterior una indemnización por los daños derivados de la privación del bien no constituye un

motivo que impida constatar la existencia de una vulneración del derecho de propiedad por la falta de compensación⁷⁶⁷.

En el mismo sentido, en la Exposición de Motivos del Informe Auken se dice que “[n]adie debería perder sus tierras o sus viviendas sin las debidas garantías procesales y una indemnización justa y apropiada, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que todos los Estados miembros están obligados a respetar en virtud del segundo apartado del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”, y ya en el propio texto del informe, se expone que “las personas que hayan adquirido de buena fe una propiedad en España y se hayan encontrado con que ha sido declarada ilegal deben tener derecho a obtener una indemnización adecuada a través de los órganos jurisdiccionales españoles”.

3. Los terceros de buena fe en la legislación urbanística de Andalucía

La legislación urbanística de Andalucía parece haber asumido la postura del Tribunal Supremo, pues el apartado 2 del art. 168 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante, LOUA), introducido por el apartado 40 del artículo único de la Ley de Andalucía 2/2012, de 30 de enero, dispone que:

“Las medidas de protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado tienen carácter real y alcanzan a las terceras personas adquirentes de los inmuebles objeto de tales medidas dada su condición de subrogados por ley en las responsabilidades contraídas por la

⁷⁶⁷ Afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta resolución:

“[E]l Tribunal considera que en el presente caso no sería oportuno pedir al demandante, que ha esperado ya de 1996 a 2004 una decisión sobre el carácter del terreno en cuestión, que entable un nuevo procedimiento para obtener una indemnización (ver, *mutatis mutandis*, sentencia Guillemin contra Francia, de 21 de febrero de 1997, Repertorio 1997-I, ap. 50).

A la luz de esta jurisprudencia, cabe concluir que tampoco en nuestro caso existe un justo equilibrio entre la protección del interés general (legalidad urbanística) y la protección de la propiedad, en la medida en que la decisión de demoler las edificaciones se ha tomado sin analizar el derecho de los propietarios y sin acompañarse de medida compensatoria alguna, remitiéndoseles al inicio de procesos judiciales posteriores. Y ello aunque las mismas sentencias que anulan la licencia y decretan la demolición hayan constatado que la misma se debe a una actuación incorrecta de la Administración”.

persona causante de la ilegalidad urbanística, de conformidad con la normativa estatal al respecto.”

Prácticamente en idénticos términos se expresa el art. 38 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en lo sucesivo, RDU) – titulado “Carácter real de las medidas de protección de la legalidad urbanística” – salvo porque hace referencia expresa al ya derogado artículo 19 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de suelo.

En cualquier caso, no puede olvidarse al leer el art. 168.2 de la LOUA y el art. 38 del RDU que la ordenación de los registros públicos, a tenor del art. 149.1.8 de la CE, tal y como ha entendido el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias, de las que cabe citar la 57/1984, de 7 de mayo (RTC 1984\56), es una competencia exclusiva del Estado, dentro de la que obviamente se halla el Registro de la Propiedad. Por ello, se trata de dos preceptos que, como señala AGUIRRE FERNÁNDEZ, se extralimitan en sus funciones, puesto que con ellos se trata de regular el alcance de la fe pública registral frente a los efectos de la normativa urbanística⁷⁶⁸.

4. Novedades introducidas por el legislador estatal: los arts. 319.3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y 108.3 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Ha supuesto un avance importantísimo para la protección de los terceros de buena fe el número ciento setenta y uno del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), que da una nueva redacción al número 3 del artículo 319 CP y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2015. Dicha novedad cuenta con el siguiente tenor literal:

⁷⁶⁸ AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio Javier, *op. cit.*

“3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”

En la misma línea, el apartado cuatro de la disposición final tercera de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha introducido un apartado 3 al artículo 108 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en lo sucesivo, LJCA), cuya entrada en vigor se produjo el 1 de octubre de 2015, que pretende amparar los intereses de los terceros de buena fe:

“3. El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.”

Estas normas plantean numerosas dudas interpretativas que no pueden ser analizadas en el presente trabajo, por exceder el objeto del mismo. Sí debe llamarse aquí la atención, en cambio, acerca del empleo de la expresión “terceros de buena fe” por ambos preceptos.

Por lo que respecta al art. 108.3 LJCA, duda CHAVES si cuando habla de los “terceros de buena fe” se está refiriendo al tercero hipotecario del art. 34 LH o al tercero con buena fe en sentido lato del art. 3.1 de la LRJPAC –actualmente del art. 3.1.e) de la LPAC-. A favor de la tesis rígida, según este autor, puede argüirse que se trata de un supuesto excepcional y de interpretación restrictiva, al estar en juego el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, mientras que en pro de la tesis amplia está la interpretación literal de la norma, ya que el

legislador podría haber precisado o distinguido y no lo ha hecho⁷⁶⁹, y exactamente lo mismo dice CASTANEDO GARCÍA, para quien la buena fe en este punto es desconocer el vicio urbanístico que afecta a la construcción, siendo la cuestión a dilucidar qué alcance en la ignorancia es exigible (no saber que la construcción está en zona marítimo-terrestre, en mitad de un acantilado...), poniendo como ejemplo el del Algarrobico, caso sobre el que duda que hubiera buena fe en alguna de las partes, dada la gravedad de las infracciones cometidas⁷⁷⁰. BOUAZZA ARIÑO se posiciona a favor de la tesis amplia, pues entiende que si el legislador hubiera querido ser más restrictivo, con total seguridad habría empleado otras palabras en la redacción de la norma, de manera que, en su opinión, la cuestión queda abierta a la discreción judicial, por lo que habrá de decidirse caso por caso⁷⁷¹.

Esta cuestión ha sido resuelta por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) número 1191/2018, de 11 julio (JUR 2018\204697) en los siguientes términos:

“No se ocultan las dificultades que plantea la determinación del ámbito subjetivo al que se refiere el precepto, dados los escuetos términos en que se expresa, "terceros de buena fe", que no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso. No obstante, una interpretación sistemática del precepto, atendiendo a la finalidad perseguida, nos permite señalar o trazar el marco en el que ha de moverse el órgano judicial en su aplicación. Así, en sentido positivo, el precepto se refiere a terceros de buena fe que, en tal concepto, puedan resultar titulares de una indemnización debida, por lo que, teniendo en cuenta que hablar de indemnización debida implica, salvo excepciones, la buena fe del perjudicado,

⁷⁶⁹ CHAVES, José Ramón: (5 de octubre de 2015): “Ejecución de sentencias de demolición tras el novedoso 108.3 LJCA” [consultado el 31 de agosto de 2016]. Disponible en: <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedoso-articulo-108-3-ljca/>

⁷⁷⁰ CASTANEDO GARCÍA, María Esther: XXI Congreso Jurídico de la Abogacía ICAMálaga (6 y 7 de octubre de 2016). Recuperado el 14 de noviembre de 2016, de: <http://www.12congresojuridicoicamalaga.es/5c09cbf20742129bc4864c5fafc8ba97/urbanismo-maroea-esther-castanedo-garcoea>

⁷⁷¹ BOUAZZA ARIÑO, Omar, “Crónica jurídica”. *Ciudad y territorio: Estudios territoriales*, nº 188, pp. 313-319, 2016, p. 315.

ha de entenderse que el ámbito subjetivo al que se refiere el precepto se identifica con los terceros de puedan resultar beneficiarios de una indemnización, es decir, que puedan invocar e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización, condición que, consiguientemente, no puede circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral sino que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados.

En sentido negativo, la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad, que se trata de reparar mediante la indemnización debida, es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso, titulares de licencia, promotores,...,ha de estarse al ejercicio de su derecho en el proceso y las declaraciones efectuadas al respecto de la sentencia, ya que el art. 108.3 trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo, sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo.”

En cuanto al art. 319.3 CP, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 443/2013 de 22 de mayo (RJ 2013\3990), en similares términos, señala:

“Ha de tratarse, por tanto, de personas que, sin haber tenido participación en el delito contra la ordenación del territorio y sin conocer las limitaciones urbanísticas que afectaban a la construcción, han resultado gravemente perjudicadas en su patrimonio como consecuencia del delito cometido por el condenado.

Es indudable que este desenlace, con carácter general, suscita numerosas dificultades. De un lado, las que se derivan del hecho de que las limitaciones impuestas por la disciplina urbanística sean públicas y, por tanto, al alcance de cualquier adquirente (...). Sin embargo, esta Sala viene admitiendo de forma reiterada que el principio de publicidad de un determinado gravamen no excluye la posibilidad de un engaño sobre su propia existencia (cfr. SSTS 161/2013, 20

de febrero (RJ 2013, 2706) y 687/2008, 30 de octubre (RJ 2008, 6445), entre otras) (...).

En definitiva, nada tiene que ver el concepto de tercero de buena fe con el significado registral normalmente ligado a ese término.⁷⁷²

5. Conclusiones

Tanto la redacción actual del art. 319.3 del CP como el art. 108.3 de la LJCA son fruto, en gran medida, de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y suponen un avance importantísimo en la protección de los terceros hipotecarios, cuyos derechos, a mi juicio, habían sido obviados por nuestros tribunales nacionales. Pero estos preceptos no se quedan ahí, protegiendo únicamente a los terceros que reúnen los requisitos del art. 34 de la LH, sino que su ámbito de aplicación, como se ha visto, es más amplio, al referirse, sin mayores distinciones, a los “terceros de buena fe”.

Considero que tanto en la legislación urbanística de Andalucía como en el resto de leyes urbanísticas autonómicas que no lo han hecho aún, sería conveniente la introducción de preceptos similares a los arts. 108.3 LJCA y 319.3 LJCA.

6. Bibliografía

AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio Javier: “Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en materia urbanística: silencio administrativo, declaraciones de obra nueva, complejos inmobiliarios, disciplina

⁷⁷² En los mismos términos se expresan la SAP de Málaga (Sección 9ª) número 37/2016 de 8 de enero (ARP 2016\855) y la SAP de Barcelona (Sección 9ª) número 522/2016 de 16 de junio (JUR 2016\248769). Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª) número 61/2016 de 1 de febrero (ARP 2016\719), por su parte, a la que se le cuestiona la personación como perjudicado del adquirente de la vivienda a demoler que no ha tenido participación en la comisión del delito, considera que:

“Dicho concepto de tercero de buena fe, debe identificarse con el de perjudicado (directo) del eventual derribo de la obra constitutiva de un delito del art. 319 CP, que no haya sido autor ni cómplice del delito. En este caso, al no dirigirse acusación contra los adquirentes, es decir, considerándolos ajenos al delito en cuestión, su única posible consideración es la de terceros de buena fe, y por tanto perjudicados por el delito.”

urbanística y protección de los terceros en caso de demolición” [en línea]. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 736, pp. 889-956, Madrid, 2013 [consultado el 4 de agosto de 2016]. Disponible en: http://app.vlex.com/#WW/search/*/Novedades+introducidas+por+el+Real+Decreto-ley+8%2F2011%2C+de+1+de+julio%2C+en+materia+urban%C3%ADstica%3A+silencio+administrativo%2C+declaraciones+de+obra+nueva%2C+complejos+inmobiliarios%2C+disciplina+urban%C3%ADstica+y+protecci%C3%B3n+de+los+terceros+en+caso+de+demolici%C3%B3n/WW/vid/439674314

BOUAZZA ARIÑO, Omar, “Crónica jurídica”. *Ciudad y territorio: Estudios territoriales*, nº 188, pp. 313-319, 2016.

CASTANEDO GARCÍA, María Esther: *XXI Congreso Jurídico de la Abogacía ICAMálaga* (6 y 7 de octubre de 2016). Recuperado el 14 de noviembre de 2016, de: http://www.12congresojuridicoicamalaga.es/_5c09cbf20742129bc4864c5fafc8ba97/urbanismo-maroea-esther-castanedo-garcoea

CHAVES, José Ramón: (5 de octubre de 2015): “Ejecución de sentencias de demolición tras el novedoso 108.3 LJCA” [consultado el 31 de agosto de 2016]. Disponible en: <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedoso-articulo-108-3-ljca/>

Derecho Civil y Romano

La recarga de la hipoteca: ¿superación del modelo hipotecario español?

Sandra Castellanos Cámara

Investigadora predoctoral

UPV/EHU

1. Garantías reales: diversidad de modelos

La creciente importancia del papel del crédito en nuestra sociedad, indispensable para otorgar viabilidad a los proyectos empresariales y alimentar uno de los motores fundamentales del crecimiento económico actual como es el consumo de bienes y servicios por los particulares, conlleva de forma correlativa la de las garantías establecidas para procurar su restitución. En efecto, el acreedor, que habitualmente no dispone de una información plena acerca de la solvencia y situación económica del deudor (*asimetría de la información*), puede mediante ellas mitigar el riesgo de impago o de pago atrasado que asume, pues el valor de la garantía viene a suplir en cierta medida la información que debería suministrar el financiado (mientras que su ausencia llevaría al prestamista a adoptar otra serie de medidas que compensasen tal riesgo: altas tasas de interés, préstamos a corto plazo, etc.)⁷⁷³. A tal fin son, por ello, singularmente eficientes las garantías de naturaleza real, ya que permiten al acreedor centrar su atención sobre la cosa gravada y desentenderse en gran medida de la persona del obligado y de sus vicisitudes personales y patrimoniales.

En el ámbito del Derecho comparado es habitual distinguir dentro este tipo de cauciones dos sistemas diferentes: uno primero de carácter más bien formalista y rígido, en el que aquellas se contemplan como una suerte de excepción a la igualdad de trato que preside la protección de los acreedores; y otro segundo de

⁷⁷³ FELIU REY, J., "El derecho de garantías mobiliarias en contexto: una aproximación global", *La Ley mercantil*, 29, 1 de octubre de 2016.

corte funcionalista y mucho más laxo, en el que prima la posición jurídica del acreedor garantizado y se concede una mayor libertad a los particulares y un mayor protagonismo al principio de la autonomía de la voluntad⁷⁷⁴.

El primero de ellos se caracteriza por una visión restrictiva de las garantías reales: se conciben como una quiebra de la igualdad entre los acreedores y de la *par conditio creditorum* y, por consiguiente, su constitución queda siempre encorsetada en unos estrechos límites⁷⁷⁵. Así, se exige, ante todo, el cumplimiento de ciertas formalidades para que lleguen a nacer como, por ejemplo, que el acuerdo revista una determinada forma o se inscriba en un determinado registro. Medidas, todas, que tienden a reforzar la seguridad jurídica, con la vista puesta en los intereses de los terceros acreedores no partícipes en el convenio. Lo que se gana en seguridad se pierde, sin embargo, en flexibilidad, sin contar el incremento de costes y el encarecimiento del acceso al crédito que en ocasiones comporta la satisfacción de las mencionadas formalidades. De ahí que se califique a estos sistemas de formalistas, rígidos o conceptualistas.

En contraste con el anterior, el segundo modelo es más flexible y pragmático, atento a lo que efectivamente acaece en el tráfico económico y al fin perseguido por las partes con el convenio, que prima sobre las consideraciones de índole formal. Esa preeminencia del fondo sobre la forma hace de este sistema más proclive a admitir la utilización de la propiedad con fines de aseguramiento, ya se trate de garantías fiduciarias, es decir, de propiedades *transferidas* a título de garantía, ya se trate de reservas de dominio, esto es, de propiedades *retenidas* a título de tal. El principal inconveniente que presenta es su opacidad frente a terceros, porque o bien se establecen mecanismos de publicidad muy limitados a fin de abaratar costes y agilizar la tramitación, o bien se prescinde directamente de ellos (como acontece en muchos de los países europeos que actualmente regulan la reserva de dominio), con lo que el principio de seguridad jurídica resulta en buena medida sacrificado en aras de obtener una mayor eficiencia en

⁷⁷⁴ FELIU REY, "El derecho...", cit.; DE CORES, C., y GABRIELLI, E., *El nuevo Derecho de las garantías reales*, Reus, Madrid, 2008, pp. 63 y ss. Esta clasificación suele ir referida a las garantías mobiliarias, si bien puede hacerse extensiva a las inmobiliarias.

⁷⁷⁵ DE CORES y GABRIELLI, *El nuevo...*, cit., pp. 64-65.

la constitución de la garantía. Pero además se hace prevalecer decididamente la posición del acreedor asegurado frente al resto de acreedores del deudor: tanto la reserva de dominio como la cesión de la propiedad en garantía terminan por colocarlo en una situación de exclusividad respecto de la cosa gravada y, por consiguiente, en una posición harto más consistente que la que le conferiría una simple preferencia para el cobro con cargo al valor obtenido mediante la realización del bien. Luego aquí la quiebra de la *par conditio creditorum* es más patente y severa que en el modelo anterior. Se trata, entonces, de garantías que permiten a su titular ejercer una mayor presión sobre el deudor y que le procuran un régimen muy favorable en caso de insolvencia de este, si bien presentan el grave inconveniente de agotar el valor del bien y por ende el crédito del sujeto financiado en favor de un solo acreedor⁷⁷⁶.

Si bien en una primera aproximación al régimen que el Código Civil dedica a los tres derechos reales de garantía que en él se tipifican (hipoteca, prenda y anticresis), así como al contenido en la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, cabría pensar que el sistema español debe encuadrarse dentro del primer bloque, lo cierto es que es posible constatar en él la existencia de una serie de garantías reales que ostentan un carácter netamente funcional, por cuanto propician que el acreedor adquiera un monopolio sobre el deudor y sus recursos patrimoniales, en provecho exclusivo y excluyente de cualesquiera otros financiadores potencialmente concurrentes.

Entre ellas sobresale en el ámbito del sistema hipotecario español la hipoteca recargable, a la que la Dirección General de los Registros y del Notariado da carta de naturaleza en su resolución de 14 de mayo de 2015, mediante una doctrina que revalida en la más reciente de 19 de septiembre de 2017. En dichas resoluciones sienta una discutible y discutida interpretación del art. 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en virtud de la cual consagra un nuevo modelo de hipoteca que se

⁷⁷⁶ ARANA DE LA FUENTE, I., “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”, *InDret*, 2/2012.

distingue del precedente por su potencial *recargabilidad*. Esta figura responde, sin embargo, a un esquema difícilmente conciliable con el modelo “formalista” o clásico de hipoteca articulado por el legislador español, lo que lleva a cuestionarse si se está ante un nuevo intento de superación de los moldes en los que nuestro ordenamiento ha venido encorsetando tradicionalmente a las garantías reales.

2. La hipoteca recargable como posible *reutilización* del capital amortizado

2.1. Contextualización

Constituye un lugar común la afirmación de que esta “nueva hipoteca” viene a satisfacer una de las aspiraciones de las grandes entidades de crédito, pues a ellas se atribuye principalmente la insistente demanda que se plantea en España durante los últimos años en favor de la admisión de productos financieros distintos de los ya existentes y más acordes a las *necesidades del mercado*. Entre ellos se aboga, primero, por una garantía que cubra la pluralidad crediticia característica de las relaciones entre las entidades financieras y los deudores-empresarios (“hipoteca *global o flotante*”), mientras que, en una segunda instancia y ya en el ámbito de los consumidores, se promueve una hipoteca que permita aprovechar la garantía constituida en un principio al objeto de asegurar los préstamos destinados a la adquisición de la vivienda habitual para financiar después el consumo familiar y procurar, en fin, una inyección de liquidez a las familias con cargo al mismo inmueble gravado (“hipoteca *recargable*”). Todo ello con el objetivo último, en ambos casos, de sacar pleno rendimiento a los préstamos hipotecarios a la vista de las ventajas que estos presentan para las financieras, a saber: la consistencia de la garantía, desde el punto de vista de la seguridad del negocio, y la estrecha vinculación con el cliente, desde una perspectiva estrictamente comercial⁷⁷⁷.

⁷⁷⁷ TENA ARREGUI, R., “Hacia un nuevo Derecho hipotecario”, en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, p. 36.

Esta pretensión se dejaba entrever, por un lado, en los productos que venían ofreciendo tiempo atrás los Bancos y Cajas (aunque fuese valiéndose de una utilización subrepticia de los arts. 142 y 153 LH)⁷⁷⁸ y, por otro, en el sinfín de resoluciones de la DGRN que, oponiéndose a ellos por no considerarlos acordes a la normativa en vigor, impedían la inscripción de escrituras diseñadas con ese fin⁷⁷⁹.

Se reclamaba, en definitiva, una flexibilización del mercado hipotecario a la que se avino finalmente el legislador mediante la aprobación de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que modificó, entre otras normas, el art. 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios⁷⁸⁰. Pues bien, dicho artículo ha suscitado un debate, aún inacabado, acerca de si mediante él se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la doctrinalmente denominada “hipoteca recargable”, bautizada así en consideración al instrumento financiero del Derecho francés (*hypothèque rechargeable*) con el que aparentemente guarda gran similitud (pero la notable diferencia de que en él ha

⁷⁷⁸ DÍEZ GARCÍA, H., *Recargas hipotecarias e hipotecas recargables*, Reus, Madrid, 2012, pp. 90 y ss.; práctica bancaria de la que da cuenta, además, el Banco de España en su *Informe de Estabilidad Financiera*, noviembre 2004, p. 34: “...progresivamente está adquiriendo importancia la oferta por parte de las entidades de depósito españolas de productos que permiten este tipo de financiación –crédito hipotecario que financia consumo–, fundamentalmente a través de dos modalidades. (...) En otros casos, las entidades ofrecen productos que permiten utilizar la parte amortizada de un crédito hipotecario concedido en un principio para la adquisición de vivienda para financiar otro tipo de gastos, si bien, en algunos casos, con ciertas limitaciones en cuanto al vencimiento y la cantidad de la que se puede disponer. Aunque hasta el momento este tipo de prácticas no haya tenido una importancia relativa demasiado alta, existen indicios de que, al menos, esta ha aumentado en los últimos años, por lo que resulta interesante seguir estos desarrollos”.

⁷⁷⁹ RRDGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984, 3851), 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9722), 6 de junio de 1998 (RJ 1998, 5226), 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 5979), 26 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4808), 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6275), 9 de enero de 2002 (RJ 2002, 4139), 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 4588), y un largo etcétera.

⁷⁸⁰ La reforma consiste en la inclusión en el precepto de los apartados segundo y tercero: “2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) **la ampliación o reducción de capital**; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales. 3. **Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación.** En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

sido ampliamente aceptado y regulado: arts. 2422 y ss. de su *Code civil*, introducidos por la Ordenanza 346/2006, de 23 de marzo).

En suma, tenemos, por un lado, una práctica bancaria decididamente encaminada a ofertar productos más *flexibles*, de difícil encaje en el marco normativo vigente; y por otro, una confusa reforma legal que solo aparentemente cede frente a esa aspiración, y que se produce en un contexto europeo de adaptación de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro a un proyecto común en materia hipotecaria, para el que se patrocina una hipoteca no accesoria (*eurohipoteca*)⁷⁸¹. No obstante, la oscura redacción de la ley española y la parca regulación de la figura, tímidamente incluida en una norma de carácter auxiliar en materia de Derecho Hipotecario como es la Ley 2/1994, ha dado lugar, como ya hemos avanzado, a múltiples interpretaciones doctrinales sobre su misma existencia, las cuales se han visto además avivadas durante el transcurso de los años por la posición vacilante que al respecto ha mantenido la DGRN.

Antes de introducirnos en su exposición, debemos acotar qué se entiende comúnmente por *hipoteca recargable* o *recarga de la hipoteca*. Y para ello resulta ilustrativo retroceder hasta la cuestión que, ya en el año 2001, se plantea por primera vez ante el Centro Directivo: ¿es posible ampliar el capital de un préstamo hipotecario hasta el límite de las cantidades amortizadas por el deudor, sin que ello suponga alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita? Dicho más claramente: ¿puede *reutilizarse* la hipoteca constituida en garantía de un préstamo para dar cobertura real a una nueva entrega de capital, que quede así subsumida dentro del gravamen inicialmente constituido? Quien promueve el recurso se muestra favorable a esa posibilidad y basa su pretensión en el

⁷⁸¹ La preparación de un mercado hipotecario europeo es uno de los retos que late en la reforma operada mediante Ley 41/2007, a juicio de GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia", RCDI, 702, 2007, pp. 1694 y ss. Por su parte, KACZOROWSKA, M., "Accessoriness of mortgage and the development of a European mortgage market. et Considerations from the perspective of Polish Law in view of the proposal of a non-accessory eurohypothe", *Transformacje Prawa Prywatnego*, 1, 2017, pp. 75-100, señala como ejemplos de esta tendencia las reformas operadas en el mercado hipotecario francés, español y polaco, entre otros, aunque reconoce su declive en los últimos años. Coincide con esto último DÍAZ FRAILE, J. M., "La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria", *Diario La Ley*, 3, 2007, p. 1772, aunque sitúa el abandono de este objetivo de integración de los mercados hipotecarios europeos en un instante muy anterior, ya visible en la Segunda Directiva bancaria de 1989.

siguiente planteamiento: comoquiera que en la inscripción registral de la hipoteca se hace constar una cifra que en la mayoría de las ocasiones no coincide con la realmente debida durante toda la vida del préstamo (pues de habitual se conviene el conocido como sistema francés de amortización, es decir, aquel en el que se van abonando los intereses del préstamo a la vez que se amortiza el capital, a través de cuotas periódicas), existe una divergencia entre la suma garantizada con la hipoteca y la realmente debida como consecuencia del pago de las sucesivas cuotas. Se produce, entonces, un *exceso de cobertura* susceptible de ser destinado a asegurar una nueva concesión de capital que, articulada como *ampliación del préstamo primitivo*, no supere el monto inicial. Este alegato, reforzado por la idea de que cuando se amplía el capital de un préstamo en realidad estamos ante la misma obligación *ampliada* (fruto de una novación *modificativa*), lleva a predicar su subsistencia junto con el derecho real accesorio que le sirve de garantía, comprensivo, eso sí, de la suma ampliada.

Por lo tanto, la recarga parte de la idea de que siempre que se pacta el sistema de amortización francés, surge una hipoteca cuyo régimen se sitúa a caballo entre las hipotecas ordinarias y las de seguridad, pues desde el instante en que se paga la primera cuota existe una separación entre la relación contractual, que vive en la realidad extrarregistral al ritmo de los pagos realizados, y la garantía registral a través de la hipoteca, que supone frente a terceros "*la reserva de un derecho de realización de valor*" por un importe y plazo determinados. Y, partiendo de dicha premisa, la *recarga* se concibe como la posibilidad de que el gravamen constituido en garantía de un préstamo, en el que el deudor ha restituido parte de lo prestado, pueda cubrir una entrega adicional de capital resultado de un nuevo convenio entre acreedor y deudor, hasta el límite cuantitativo inicialmente pactado, de tal forma que la ampliación quede asegurada por el gravamen inicial con el rango correspondiente al momento de su constitución, y ello aunque existan acreedores intermedios (entre su inscripción y la posterior ampliación). Lo característico de la hipoteca recargable es, entonces, que por ministerio de la ley -y, por tanto, sin necesidad de alcanzar un pacto con los acreedores posteriores-, pueda conservarse el rango de la hipoteca inicial aun cuando pase a dar cobertura a la cuantía en que haya sido ampliado el préstamo.

Es esta una figura que se separa en buena medida del modelo “tradicional” de hipoteca, conforme al cual la garantía se constituye precisamente para asegurar el cumplimiento de una obligación principal a la que va inescindiblemente ligada, quedando extinta con el pago de la misma⁷⁸². Por el contrario, la recarga posibilita que la garantía registral esté constituida antes incluso de que surja el débito en el plano extrarregistral, subsistiendo con su antiguo rango a pesar de la parcial amortización del crédito originario. Dicho más llanamente: a través de esta figura se utiliza una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito a fin de dar ulterior cobertura real a otro distinto, el cual, al haberse reducido la deuda garantizada, “cabe” en todo o en parte dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida al momento de su inscripción; solución que contradice abiertamente uno de los dogmas del Derecho de garantías español y, por ende, de la hipoteca inmobiliaria: el de su accesoriedad.

2.2. La ambivalente posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado

2.2.1. La doctrina de la Dirección como freno a la recarga

La primera resolución de la Dirección sobre este particular se remonta al año 2001 [RDGRN de 26 de mayo (RJ 2001, 4808)] y mediante ella se inicia un largo recorrido denegatorio de una pretensión que es calificada de “ingeniosa construcción”. La negativa a admitir la recarga se apoya en las siguientes razones: primero, en que el sistema previsto para la devolución del préstamo (sistema francés) en nada altera la naturaleza de una hipoteca de tráfico que, frente a la de seguridad, garantiza una obligación ya existente y de cuantía determinada; segundo, que la accesoriedad e indivisibilidad de la hipoteca determinan que, nacida en garantía de una concreta obligación, subsista íntegra a pesar de los

⁷⁸² ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, t. VIII, Bosch, Barcelona, 9ª ed., 2008-2009, pp. 64 y ss. y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 3ª ed., 1999, p. 113.

pagos parciales realizados por el deudor, sin que tenga cabida en nuestro Derecho la hipoteca sin crédito o de propietario; y, tercero, que mediante la recarga podría fácilmente burlarse el principio de prioridad, si se admitiese que el nuevo crédito quedase asegurado con la hipoteca de mejor rango, en perjuicio potencial de los terceros que hubiesen adquirido derechos sobre la finca antes de la ampliación de la deuda.

Firme en su rechazo, mediante resolución de 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 4588) la Dirección ofrece una alternativa a la *recarga* como régimen aplicable a los supuestos en que las partes acuerden novar el contrato de préstamo que les une para ampliar su capital. En concreto, la ampliación de la hipoteca en garantía de la nueva entrega de dinero debe asimilarse a la constitución de una nueva con posterior rango. Solo de esta forma pueden salvaguardarse los derechos adquiridos por terceros acreedores con carácter previo a la ampliación, cuya prioridad viene determinada por ley (arts. 17, 24, 25 y 134 LH). Y ello sin perjuicio de que la deuda total resultante pueda operar *inter partes* como una obligación única a consecuencia de la novación “modificativa” (arts. 1202, 1203 y ss.). La Dirección admite, de este modo, que pueda ampliarse la hipoteca para dar cobertura al incremento cuantitativo del préstamo hasta entonces garantizado, si bien con los peculiares efectos antedichos, que dejan a salvo los derechos de terceros.

Este criterio, que se consolida en sucesivas resoluciones, en nada se ve alterado a pesar de la reforma del año 2007 del art. 4 de la Ley 2/1994, ante la que se mantiene impasible el Centro Directivo por entender que el legislador ha venido a reconocer de forma explícita la doctrina preconizada por él⁷⁸³; esto es, sin perjuicio de que *inter partes* pueda operar la novación modificativa, frente a terceros debe entenderse que existen dos obligaciones distintas y, en definitiva, dos hipotecas, puesto que en ningún caso puede perjudicar a aquellos la

⁷⁸³ RRDGRN de 11 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1470), 13 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1863), 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5826), 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 698), 10 de enero de 2013 (RJ 2013, 2901), 4 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3058), 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3061) y 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213).

pretendida extensión de la deuda. De esta guisa, la ampliación de la hipoteca dirigida a cubrir el incremento que en su *quantum* experimente el préstamo, debe someterse a los efectos previstos en el art. 144 LH: solo es oponible frente a terceros a partir de su inscripción, por lo que la ampliación solo afecta a estos si ha accedido al folio registral antes que su derecho.

En fin, el criterio que la Dirección inicialmente sostiene en torno al art. 4.3 de la Ley 2/1998 es, en síntesis, el siguiente: modificado el préstamo por haber sido incrementado el monto prestado, en nada varía la hipoteca inicial, que mantiene su rango pero también su ámbito de cobertura, de suerte que viene a cubrir únicamente el importe que, inicialmente concedido, todavía no haya sido amortizado. Por el contrario, para que la nueva concesión de capital pueda quedar cubierta por la primera hipoteca y aprovechar el rango ganado por ella, será preciso recabar el consentimiento de los titulares de derechos inscritos o anotados en el periodo intermedio. Rige, así, la misma exigencia que se impone a cualquier negocio sobre el rango hipotecario.

2.2.2. Un cambio de paradigma: las resoluciones de 14 de mayo de 2015 y 19 de septiembre de 2017

Tras ocho años desde la aprobación del cambio normativo, el Centro Directivo viene a sentar una nueva interpretación del art. 4.3 de la Ley 2/1998 en su resolución de 14 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3527), que consolida en la más reciente de 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4378). Mediante tan cruciales resoluciones, trata de poner fin al debate doctrinal surgido en torno a la admisibilidad de la hipoteca recargable, inclinándose por reconocer abiertamente la configuración de un *nuevo modelo de hipoteca* a través de su “recarga”, consistente en “*la facultad de compensar las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de estos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios, y con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única*”.

Según este nuevo criterio, el art. 4.3 ha de leerse ahora en el sentido de que la ampliación de capital, que pasa a quedar cubierta por la hipoteca primeramente

constituida, no supone respecto de ella una alteración o pérdida de su rango, salvo cuando concurra alguna de estas dos circunstancias: que la nueva concesión de capital implique un incremento de la *cifra de responsabilidad hipotecaria* o, alternativamente, que vaya acompañada de una ampliación del plazo del préstamo. Dos son, entonces, los supuestos en los que la ampliación de capital de un préstamo no quedará cubierta por la hipoteca inicialmente constituida –a salvo, claro está, que los acreedores posteriores consientan la posposición de su derecho–: primero, si el importe ampliado excede del amortizado, pues en tal caso se superará la cifra de responsabilidad hipotecaria y habrá de constituirse una segunda hipoteca que vendrá conformada por el exceso; y, segundo, si el incremento en el *quantum* del préstamo va ligado a una prórroga en su plazo de vencimiento, en cuyo caso la segunda hipoteca vendrá determinada por la total cifra del capital recién concedido y por el nuevo plazo estipulado, sin que opere la recarga en cantidad alguna.

Esta interpretación, que no es literal, sino *finalista* y *sistemática*, toma en consideración, por un lado, la voluntad flexibilizadora que el legislador muestra en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 y, por otro, el contenido de la Disposición Transitoria única (apartado tercero) de la misma norma, a cuyo tenor “[l]a ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en (...) el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley”. Y es que de ella cabe inferir, primero, que se ha configurado a partir de su entrada en vigor un nuevo modelo de hipoteca que se distingue del precedente, y segundo, que la distinción entre ambos solo puede cifrarse en su eventual recarga, considerando que la ampliación de capital puede producirse “sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita”.

Ahora bien, con el fin de avalar esta nueva intelección de la norma, la Dirección se ve obligada a modificar su punto de partida: desde ahora, la *cifra de responsabilidad hipotecaria* deja de delimitar la cuantía de endeudamiento para actuar, por contra, como expresión de la extensión cuantitativa en que la garantía puede ser utilizada. No obstante, es esta una función que tradicionalmente solo

ha correspondido a la cifra de responsabilidad en las hipotecas de máximo, en las que tiene sin duda una razón de ser: dado que se garantizan mediante ellas obligaciones de cuantía incierta (v. gr., intereses variables o de demora, costas y gastos, etc.), debe establecerse un importe máximo como límite superior del que responde la finca, pues así se otorga seguridad a los terceros que quieran adquirir derechos sobre ella. Sin embargo, cuando la hipoteca garantiza una obligación determinada en todos sus elementos, como lo es la derivada de un préstamo, la cifra que se hace constar en el folio registral únicamente viene a plasmar el valor que representa el crédito asegurado: es una mera cuantificación de este⁷⁸⁴.

El cambio de criterio solo se concibe, entonces, cuando se dota a la cifra de responsabilidad hipotecaria de autonomía y significación propia, pues ello permite sostener que la ampliación de capital no generará por sí sola un incremento de tal cifra: si consideramos que la finca continúa respondiendo del importe inicialmente debido (y, por tanto, del que se hace constar en el folio registral) y, sin embargo, ha sido amortizada parte de la deuda, podrá concederse una nueva inyección de dinero que, no superando tal límite, quede asegurada a través del mismo gravamen. Ahora bien, esta posibilidad encierra, como la propia Dirección abiertamente reconoce, *“una excepción a la aplicación de los principios de prioridad registral y accesoriedad de la hipoteca que afecta a los terceros titulares de derechos inscritos o anotados”*, y es que: ¿a qué lugar quedan relegados cuando son pospuestos a una hipoteca potencialmente *recargable*?

2.3. Consecuencias desde la perspectiva de nuestro sistema de garantías: del “formalismo” a la “funcionalidad”

Ninguna duda cabe de que la admisión de la hipoteca recargable, en los términos en que lo hace la Dirección, conlleva una superación del modelo tradicional español de hipoteca que sitúa a nuestro sistema de garantías en la senda del

⁷⁸⁴ CANALS BRAGE, F., “El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)”, *Diario La Ley*, 6691, 2007; y del mismo autor, *La recarga de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Fundación Registral, Madrid, 2010.

modelo que antes se ha calificado de “funcional”, el cual, si bien presenta una mayor flexibilidad, lo hace a costa de debilitar el principio de seguridad jurídica.

En efecto, la *recarga* concede a los particulares una mayor libertad de movimiento: si se entiende que la cifra de responsabilidad hipotecaria viene a definir la extensión y el alcance del derecho del acreedor, las partes pueden moverse con absoluta libertad dentro de ese ámbito, en tanto no lo superen⁷⁸⁵. Además, la supresión de determinadas formalidades (constitución de una nueva hipoteca por el importe de la ampliación) conlleva una disminución de costes y, de forma correlativa, un abaratamiento del acceso al crédito.

No obstante, en contrapartida, el hecho de que todas las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007 sean *per se*, a tenor de la nueva doctrina registral, potencialmente recargables, comporta que el deudor vea inevitablemente reducidas sus posibilidades de obtener financiación por parte de terceros con cargo a esa misma finca previamente gravada, atendido el riesgo que estos deben asumir a causa de una hipotética recarga de la hipoteca primeramente constituida y para la que no es necesaria su anuencia. De esta manera, parece que la nueva obtención de crédito por parte del deudor queda limitada a su concesión desde la misma entidad financiera, lo que no solo reduce la competencia entre las entidades de crédito, sino que coloca a la primera en una indudable posición de superioridad respecto de su cliente, que previsiblemente acudirá a ella si precisa nueva financiación porque podrá así rentabilizar los recursos que empleó en la constitución de la hipoteca primitiva⁷⁸⁶. Incluso podría ocurrir que el financiado llegase a aceptar unas condiciones más onerosas que las ofrecidas por las entidades de la competencia, considerado el ahorro que le supone no tener que constituir un nuevo gravamen. Por ello, se ha afirmado con acierto que la reforma viene a satisfacer las aspiraciones de las entidades

⁷⁸⁵ DÍEZ GARCÍA, H., “Ampliación y novación de préstamo hipotecario. Comentario a la RDGRN de 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4378)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 106 (enero-abril), 2018.

⁷⁸⁶ DOMINGUEZ LUELMO, A., “La recarga de la hipoteca y su eficacia respecto a terceros”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. por M. P. García Rubio, p. 219.

financieras de fidelizar a los clientes, al propiciar que adquieran una exclusiva sobre el deudor⁷⁸⁷.

Pero, amén de la exclusión de otros financiadores potencialmente concurrentes, la recarga hace prevalecer decididamente la posición del acreedor asegurado frente al resto de acreedores del deudor, tanto si se trata de titulares de derechos inscritos o anotados de rango inferior como si se trata, por supuesto, de acreedores no garantizados. En cuanto a los primeros, fácilmente se advierte que son los grandes perjudicados por esta institución, si se concibe como una imposición legal que les fuerza a asumir que el préstamo garantizado por la hipoteca anterior (que probablemente está siendo pagado regularmente y cuya cuantía pendiente es tal vez exigua) puede ser incrementado en detrimento suyo mediante la generación de una nueva deuda entre el acreedor preferente en rango y el deudor común, que quede cubierta con ella. ¿No se trunca así la expectativa de estos terceros de ver mejorado su rango cuando la carga precedente desaparezca como consecuencia del pago del crédito objeto de garantía? ¿Y no se les priva, en caso de ejecución de la hipoteca de mejor rango, de percibir el sobrante que pueda resultar de la realización forzosa de la finca gravada si el precio obtenido, en lugar de destinarse a restituir el crédito primitivo del acreedor de mejor rango, cubre también una entrega posterior de capital que debería posponérseles en aplicación de la regla *prior tempore, potior iure*?

Dejando a un lado a estos sujetos, ni que decir tiene que los empresarios no financieros habrán de buscar mecanismos alternativos de garantía ante la certeza de que, en el caso de clientes con fincas hipotecadas, difícilmente podrán hacer efectivo el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC

⁷⁸⁷ PARRA LUCÁN, M^a A., “Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, n^o 1, 2009 sostiene por ello que la perspectiva de la Ley 41/2007 no es exactamente la del jurista, sino la de una entidad que comercializa productos financieros y desea que los clientes de crédito acudan siempre a ella para obtener financiación.

sobre dichos inmuebles⁷⁸⁸. Se hace patente, una vez más, la profunda quiebra de la *par conditio creditorum* que propicia la recarga.

Este giro interpretativo de la DGRN, en definitiva, no solo hace temblar el régimen jurídico de la hipoteca como derecho real de garantía, sino que nos traslada desde un sistema absolutamente proteccionista con los derechos de los terceros a un escenario en el que estos quedan relegados a un segundo plano, si se admite que su eventual “perjuicio” debe ahora medirse a través del metro que ofrece la *cifra de responsabilidad hipotecaria*⁷⁸⁹. Y es que ello es tanto como convertir toda hipoteca, frente a terceros, en la mera reserva de un derecho de realización del valor por un importe igual a esa cifra⁷⁹⁰.

3. Bibliografía

- ARANA DE LA FUENTE, I., “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”, *InDret*, 2/2012.
- BOTÍA VALVERDE, A., “Hipoteca recargable y novación”, 2008, accesible en www.notariosyregistradores.com (consultado el 11/09/2018)].
- CANALS BRAGE, F., “El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)”, *Diario La Ley*, 6691, 2007.
- CANALS BRAGE, F., *La recarga de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Fundación Registral, Madrid, 2010.
- DE CORES, C., y GABRIELLI, E., *El nuevo Derecho de las garantías reales*, Reus, Madrid, 2008.
- DÍEZ GARCÍA, H., *Recargas hipotecarias e hipotecas recargables*, Reus, Madrid, 2012.
- DÍEZ GARCÍA, H., “Ampliación y novación de préstamo hipotecario. Comentario a la RDGRN de 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4378)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 106 (enero-abril), 2018.

⁷⁸⁸ BOTÍA VALVERDE, A., “Hipoteca recargable y novación”, 2008, accesible en www.notariosyregistradores.com (consultado el 11/09/2018)].

⁷⁸⁹ DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., p. 176.

⁷⁹⁰ DOMINGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 217.

- DÍAZ FRAILE, J. M., "La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria", *Diario La Ley*, 3, 2007, pp. 1769-1782.
- DOMINGUEZ LUELMO, A., "La recarga de la hipoteca y su eficacia respecto a terceros", en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. por M. P. García Rubio, pp. 199-226.
- FELIU REY, J., "El derecho de garantías mobiliarias en contexto: una aproximación global", *La Ley mercantil*, 29, 1 de octubre de 2016.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia", *RCDI*, 702, 2007, pp. 1659-1718.
- KACZOROWSKA, M., "Accessoriness of mortgage and the development of a European mortgage market. et Considerations from the perspective of Polish Law in view of the proposal of a non-accessory eurohypothec", *Transformacje Prawa Prywatnego*, 1, 2017, pp. 75-111.
- PARRA LUCÁN, M^a A., "Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario", *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, n^o 1, 2009.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 3^a ed., 1999.
- ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, t. VIII, Bosch, Barcelona, 9^a ed., 2008-2009.
- TENA ARREGUI, R., "Hacia un nuevo Derecho hipotecario", en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008.

La protección jurídica del empresario en la contratación con condiciones generales. Especial análisis de las cláusulas suelo

Ignacio Hernández

1. Concepto y naturaleza de las condiciones generales

El artículo 1 de nuestra ley de condiciones generales de la contratación, define éstas como aquellas *cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*. Con carácter general, **son prerredactas por una de las partes contratantes (predisponente), e impuestas a otra (adherente), con el objeto de ser empleadas en el marco de un tipo de contratación que se denomina “en masa”, caracterizado por la existencia de una diferencia posicional de partes, donde se encuentra en una situación preeminente el predisponente, que las incluye de manera sistemática en una pluralidad de contratos, mientras que el adherente, por lo general, sólo tiene conocimiento del determinado contrato que celebra para atender unos intereses concretos.**

Es necesario destacar que las condiciones generales reúnen una serie de particularidades y que constituyen un modo de contratación propio, distinto de la negociación individual. Esto ha hecho que tradicionalmente se haya estudiado la contratación con condiciones generales como un campo autónomo dentro del Derecho de la contratación, con unas reglas y características propias. Desde el origen de su estudio, la doctrina ha debatido acerca de la fundamentación de la validez de las condiciones generales, de si éstas tienen la facultad de vincular obligatoriamente a las partes que celebran un contrato redactado con cláusulas predispuestas. Si las condiciones generales son meras estipulaciones contractuales ¿son válidas desde el momento en que los contratantes las aceptan? Resulta claro que no cabe responder afirmativamente. En un modo de contratar en el que una parte impone las condiciones del contrato a la otra, resulta

desaconsejable dejar el contenido de la regulación del mismo al interés de aquella. En este extremo se dan grandes diferencias entre la contratación individual y la contratación en masa. ALFARO¹ nos dice que en la contratación individual tiene lugar una “decisión libre y consciente” por la parte contratante, mientras que en la contratación en masa se da una mera “declaración voluntaria de sometimiento”.

La problemática que plantea el uso de las condiciones generales es que, en ese tipo de contratación, no se dan los presupuestos que nuestro Código contempla para proteger los contratos individuales. La obligación de cumplir lo estipulado en el contrato reside en el fundamento de que la persona se obligó voluntariamente a ello. Dicho esto, ¿qué ocurre en los casos en los que a una persona se le han impuesto una serie de estipulaciones?, ¿Estaría obligado a cumplirlas o soportarlas en el mismo grado que el individuo que celebró una contratación individual? La doctrina opina que no. Para entender esta negación hay que analizar el proceso que se da en la contratación con condiciones generales. Se mantiene de manera unánime que los adherentes no leen ni comprueban las condiciones generales introducidas en los contratos, y además se afirma que así debe ser, puesto que si cada adherente se detuviese a leer y revisar cada estipulación de su contrato, teniendo que requerir de ayuda técnica en la mayoría de los casos, la finalidad propia de la contratación en masa, esto es, la celeridad y reducción de costes, quedaría totalmente mermada. El consentimiento en la negociación individual tiene plena validez porque el individuo que lo presta ha negociado el contenido del contrato o al menos ha comprobado y leído lo que la otra parte ha establecido. No obstante, en la contratación en masa, este comportamiento previo del adherente no ha existido, porque las propias características de este modo de contratación le llevan a centrar su atención únicamente en objeto y precio, firmando el documento sin revisar las condiciones generales. En esta línea se mueve PERTÍÑEZ cuando dice que su fuerza vinculante proviene de una fuente *ex lege*, esto es, del cumplimiento de una serie de requisitos de incorporación que impone la ley, por lo que concluye

¹Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (1991), *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, pag 54

que “el consentimiento como elemento esencial en los contratos clásicos se evapora y pasa a ser una mera aceptación de condiciones en los contratos en masa”².

2. Nuestra regulación positiva: LCGC y TRLGDCU

2.1 El control de incorporación

El control de inclusión, pese a habersele dado una gran importancia en el origen de la regulación positiva de esta materia, es puesto en tela de juicio actualmente por gran parte de la doctrina, debido a su ineficacia para controlar el equilibrio contractual³. Esta función que se le otorgó en unos inicios, es hoy descartada por las manifestaciones de la práctica jurídica. Si los adherentes celebran los contratos movidos por los elementos esenciales, a saber, prestación/objeto y precio, en lugar de por la calidad de las condiciones generales insertadas en el clausulado, los requisitos de inclusión se reducen a un mero trámite, a un formalismo legal, puesto que, dado que los adherentes no se paran a leerlas ni revisarlas, no pueden aquellos cumplir el objetivo de filtrar las condiciones generales injustas o que causen desequilibrio. Esa tarea queda relegada al control de contenido, el cual, por esta razón, copa el protagonismo de este sector de la contratación en los últimos años.

Algunos autores, han señalado la falta de justificación de que exista un solo control de incorporación aplicable por igual a relaciones “b2b” y “b2c”. Es opinión de parte de la doctrina, que las diferentes características y necesidades comerciales que presentan cada uno de ellos, hace necesario el establecimiento de controles de incorporación diferenciados⁴, uno de aplicación únicamente a los

²Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, pag 82

³ Salvador DURANY PICH *et al., et al.* (2002) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, pag 274: Para el autor la función tradicional de los requisitos de inclusión era “controlar el procedimiento de formación del contrato con condiciones generales para garantizar la libertad de decisión negocial” [...] No obstante, afirma su inoperancia, dado que “las reglas de inclusión juegan un escaso papel en la práctica contractual con condiciones generales, pues los adherentes no las leen ni las comparan [lo cual por otra parte es económicamente racional]

⁴ Salvador DURANY PICH, *et al*, op cit, pag 272: “Y si esta distinción se lleva al terreno de la regulación de las condiciones generales, resulta entonces necesario establecer requisitos de

contratos en los que intervienen consumidores, y otro para las relaciones empresariales. La razón de señalar esta diferenciación suele residir en la necesidad de celeridad que tiene el empresario a la hora de realizar transacciones de manera habitual. El hecho de que las condiciones generales del contrato deban ir incorporadas al mismo por escrito y firmadas por la contraparte supone, en opinión de algunos autores, un entorpecimiento de la celebración de acuerdos comerciales que, de acuerdo con los usos, podrían perfeccionarse válidamente pese a la omisión de dicho formalismo⁵.

2.2 El control de contenido

La LCGC ha sido duramente criticada por la mayoría de la doctrina por no albergar un control de contenido de las condiciones generales con alcance general⁶. Habiéndose puesto de manifiesto la incapacidad del control de incorporación para controlar la justicia contractual, resulta llamativo que, pese a ello, no exista otro mecanismo que sí garantice el equilibrio de los contratos con independencia de la condición de las partes, objetivo último del Derecho en un sector en el que el mercado no sirve de filtro de las condiciones generales⁷.

La existencia del control de contenido encuentra su justificación en dos argumentos fundamentales. En primer lugar, el adherente no negocia el contenido del contrato que suscribe, ni revisa las condiciones generales -ni debe hacerlo-, por lo que su consentimiento no debe dotar al contrato de fuerza de ley

inclusión distintos en función de las características de las partes que intervienen en el contrato”

⁵Salvador DURANY PICH, *et al.*, op cit, pag 273 “Así, es habitual establecer unas reglas de incorporación de condiciones generales más estrictas y con un escaso margen de disponibilidad para los contratos entre no profesionales, mientras que en los restantes casos se recogen otras más suaves, o simplemente se remiten a las reglas generales del Derecho de contratos”.

⁶Jose María MIQUEL, *et al.*,(2002) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, pag 437: “Cuando el Ordenamiento Jurídico admite la validez de las condiciones generales, entrega, en principio y en alguna medida, la regulación de los contratos a la iniciativa del predisponente, y por ello debe establecer un especial control de esa actividad. Por no establecerlo, la LCGC merece crítica desfavorable”.

⁷Jose María MIQUEL, *et al.*,(2002) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, pag 438 : “Si el mercado no funciona para seleccionar las mejores condiciones generales, porque, aunque sean relevantes a efectos de la competencia, no son determinantes de las elecciones de los clientes, y la instancia imparcial que podría establecer una regla justa -la ley y las demás fuentes de integración- es sustituida por una de las partes, es obvio que el Ordenamiento jurídico no puede permitir que la regla contractual así creada vincule sin más a quien simplemente se adhiere a ella”.

entre las partes (*pacta sunt servanda*), sino que su validez queda supeditada al cumplimiento de unas exigencias legales⁸. En segundo lugar, como consecuencia de que el consumidor no se fije en las condiciones generales -sino sólo en el objeto y el precio- el mercado no actúa de filtro de las cláusulas prerredactadas, las reglas de la competencia no sirven para ir desechando las estipulaciones que no gusten a los adherentes (y que por tanto no las suscriban), sino que simplemente existe en el mercado aquella condición general que se le antoje conveniente al predisponente, por lo que es lógico articular un mecanismo para eliminar las condiciones impuestas que sean contrarias a la buena fe.

En conexión con cuanto acabamos de exponer, creemos necesario a efectos de una mejor comprensión, plasmar la categorización de las cláusulas que efectúan autores como CÁMARA o PERTÍÑEZ. Para ellos, con carácter general, existen dos tipos de condiciones generales en la contratación en masa: las cláusulas de contenido económico, y las cláusulas de contenido jurídico⁹. La importancia del encasillamiento estriba en que consideran que las condiciones de contenido económico deben ser reguladas por el mercado, mientras que las de contenido jurídico deben ser controladas por el Derecho¹⁰

La función del control de contenido es expulsar del contrato aquellas cláusulas o estipulaciones que generen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes. Cuando la norma dice "importante" hay que entender que, la grave sanción de expulsar del contrato algo que ha sido consentido, solo cabe en casos donde se haya generado un perjuicio relevante. No se requiere un

⁸Jose María MIQUEL, *et al.*, op cit, pag 438: "Esa adhesión ha de ser entendida como aceptación de una regla que todavía ha de ser homologada o aprobada por el ordenamiento jurídico".

⁹Sergio CÁMARA LAPUENTE, (2006) *El control de las cláusulas <<abusivas>> sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Navarra, página 8: Lo único sometido a control de contenido en la Directiva es el equilibrio jurídico o normativo (entre derecho y obligaciones) del contrato, mientras que ese control no opera respecto al equilibrio económico de las prestaciones pactadas. Por tanto, tan solo quedan exentos de dicho control el objeto principal y la adecuación económica del precio con ese objeto.

¹⁰Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, pag 120. "Pueden ser objeto directo de un control de contenido, aquellas cláusulas de contenido normativo (de contenido jurídico). No pueden ser objeto de control de contenido las cláusulas de contenido económico, aquellas que incidan en el precio o la prestación del contrato: dentro de este aparato, las que se conocieron con anterioridad a la celebración del contrato y fueron transparentes no se pueden atacar; pero si las que sin describir directamente el precio o la prestación, afectan a estos de manera subrepticia (cláusulas accesorias), que podrán ser sometidas a un juicio de abusividad cuando exista falta de transparencia [...]"

profundo menoscabo, pero sí deben obviarse en este sentido pequeños perjuicios que recaigan sobre aspectos accesorios. Uno de los aspectos que adquieren enorme importancia en la práctica, es el hecho de que, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, no podrá revisarse el contenido de aquellas condiciones que afecten a elementos esenciales del contrato, salvo que estén redactadas de manera no clara o no comprensible.

3. La transparencia

Hasta fechas recientes, con anterioridad a la publicación de la Directiva 93/13, existía en nuestro Ordenamiento una dualidad de controles presididos por la incorporación y el equilibrio (contenido). Estas dos figuras, vertebradoras del sistema de control de las condiciones generales, se erigían como compartimentos estancos. Se procedía a un control formal de incorporación, y si éste era superado, se analizaba el equilibrio objetivo de las contraprestaciones del contrato. El juicio que se hacía en una fase, no repercutía en la otra, y viceversa. Se trataba de dos polos, el blanco y el negro, que constituían la totalidad de los recursos jurídicos para enjuiciar la validez de las condiciones generales. Lo que ocurrió fue que la realidad del tráfico jurídico y el funcionamiento del mercado pusieron de manifiesto que este sistema, o esta tesis clásica de dualidad de controles se antojaba insuficiente para proteger de manera completa al adherente respecto de las consecuencias de la contratación en masa. Quedó patente que, entre el blanco y el negro, existe un terreno de grises que carecía de protección.

Tomemos como referencia las cláusulas suelo. Procediendo a su análisis conforme a la regulación anterior, observaríamos que se trata de una condición general definitoria de un elemento esencial del contrato (el precio) por lo que tiene vedado el acceso al control de contenido. Por ello, únicamente sería aplicable el control de incorporación, escollo que éstas condiciones superaban, extremo que dejó suficientemente claro el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013. Por lo tanto apreciamos como, en la etapa anterior a la Directiva 93/13, estas cláusulas, claramente contrarias a la buena fe, no podrían haber sido expulsadas de los contratos mediante la sanción de nulidad. Este

ejemplo nos puede servir para apreciar suficientemente la figura de la transparencia, mediante la cual se puede enjuiciar la validez de estipulaciones definitorias de elementos esenciales que, pese a reunir los requisitos formales de incorporación, generen un perjuicio en el adherente contrario a la buena fe, debido a su falta de claridad.

El control de transparencia, ha cobrado tanta importancia en los últimos años, debido a que se ha erigido como un elemento efectivo de protección del adherente en la contratación con condiciones generales. Ha resultado ser más poderoso que los requisitos de incorporación, y ha conseguido entrar en esferas que estaban vedadas al control de contenido. Integra, por tanto, ese vacío que existía entre los dos controles clásicos. Un aspecto especialmente destacable es que, con el control de contenido, se enjuiciaba (y se enjuicia) el equilibrio del contrato desde un punto de vista objetivo. Se analiza si existe un equilibrio, una reciprocidad, entre las prestaciones a que se obligan las partes. A partir de la transparencia, se persiguen situaciones injustas que tienen un carácter subjetivo¹¹. Se podrán controlar y expulsar del contrato cláusulas que, aun siendo objetivamente equilibradas, contradigan las legítimas expectativas del adherente. Se trata por tanto de un control más individualizado, en el que se entra a analizar qué era lo que legítimamente podía esperar del contrato el adherente, y cual fue finalmente el resultado real que se produce con la ejecución del contrato.

Tal como expone PERTÍÑEZ, la figura de la transparencia, tal como fue acuñada por la jurisprudencia del BGH alemán, “se concreta en una obligación de claridad (*klarheit*), comprensibilidad (*verständlichkeit*), perceptibilidad (*durchschanbarkeit*) e inequívocidad (*eindentigkeit*) en la redacción de las condiciones generales, de destacar especialmente las cláusulas de contenido imprevisible o sorprendente y,

¹¹Miguel PASQUAU LIAÑO, en Francisco PERTÍÑEZ VILCHEZ (2004), *op cit.*, pag 25 : “El perjuicio que ocasionan estas cláusulas no es un desequilibrio objetivo -como establecía la regulación clásica- que se valore en relación a lo que se podría considerar normalmente equilibrado, sino un desequilibrio subjetivo, que se valora en relación a lo que habían pactado las partes en ese caso concreto, o a lo que podían legítimamente esperar, con independencia de que lo pactado o lo legítimamente esperado se considere objetivamente equilibrado o justo. También lo pone de manifiesto, de manera brillante, CÁMARA (poner libro) pags 72 y 73: “La justicia contractual se desplaza, por lo tanto, de parámetros objetivos difícilmente consgrables, a parámetros subjetivos, de forma que el Derecho se preocupa de proteger el equilibrio subjetivo de las prestaciones: el equilibrio será lo que las partes han considerado justo”.

además, de no alterar subrepticamente mediante condiciones generales oscuras, la relación entre el precio y la contraprestación del contrato que ha sido objeto de consentimiento”¹². Porello afirma que “a un solo positivo, la transparencia, le corresponden diferentes negativos”¹³.

4. La protección jurídica del empresario

4.1 El concepto de empresario

Las anteriores manifestaciones nos hacen reflexionar, en primer lugar, acerca de la definición de empresario. El concepto de empresario, entendido como toda aquella persona que desarrolla una actividad profesional o económica con fines lucrativos, engloba un sinnúmero de realidades de muy diversas características. No constituye, por tanto, una figura homogénea. A ojos de la ley, igual de empresario es una gran multinacional que un autónomo que hace repartos a pequeños establecimientos. Por este motivo muchos autores han criticado que nuestra legislación regule de manera uniforme el tratamiento de este operador del mercado jurídico, a diferencia de cuanto ocurre en otros países, en los que se ha hecho una diferenciación en función del tamaño del empresario, calculado en función de su volumen de ventas, número de empleados, y otros factores similares. En nuestro Ordenamiento, en el ámbito del Derecho de la Contratación, consumidor es aquél que realiza una operación jurídica destinada a una finalidad ajena a su actividad profesional, es decir, para satisfacer intereses personales. *Sensu contrario*, toda vez que un sujeto actúe en el mercado para

¹²Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op cit*, pag 32. Por su parte, el autor, desarrolla el contenido del deber de transparencia, por medio de cuatro obligaciones para el predisponente: “1) Permitir que el adherente pueda conocer el conjunto de los derechos y obligaciones derivados del contrato mediante una redacción comprensible y perceptible de las condiciones generales; 2) Evitar que puedan surgir en el adherente dudas sobre el sentido de las cláusulas por una redacción ambigua; 3) Evitar que el adherente se pueda ver sorprendido por una cláusula con cuyo contenido no podía contar, destacándola especialmente del resto del clausulado; 4) Permitir que el adherente conozca con exactitud, antes de la celebración del contrato, el montante total del precio y su relación con la contraprestación.” [la numeración es mía]

¹³Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op cit*, pag 33. Estos negativos son “la ilegibilidad, la incomprensibilidad, la falta de concreción, la ambigüedad, la sorpresa o la alteración subreptica de los pactados sobre el precio y la contraprestación”.

satisfacer intereses no personales, sino profesionales, estará actuando como empresario.

4.2 La legislación específica en materia de condiciones generales desde el punto de vista del empresario

Son de aplicación a los empresarios los artículos 5 y 7 de nuestra LGCG. Se trata, como sabemos, de los requisitos de incorporación. Los citados preceptos, y la reglas de interpretación del artículo 6, son los únicos medios de defensa que nuestra norma general establece para el control de la validez de las condiciones generales en los contratos celebrados entre empresarios. Se les excluye, por tanto, del artículo 8, que lleva por rúbrica “la nulidad”, que es de aplicación exclusiva para los consumidores y que efectúa una remisión al TRLGDCU. De esto se desprende que la protección jurídica del empresario se reduce al ámbito estrictamente formal. Las condiciones generales insertas en contratos “b2b”, deberán aceptarse y firmarse por el adherente, en virtud del artículo 5, y deberán ser legibles, no ambiguas, ni oscuras, ni incomprensibles, según el artículo 7. A ello se le suma, la interpretación contra proferentem del artículo 6, que propugna que no podrá favorecer la oscuridad de la cláusula a aquél que la redactó.

a) Una visión al Derecho comparado

Prestando una visión al Derecho comparado, a partir del estudio de DOHRMANN, contemplamos como muchos países de nuestro entorno dispensan una mayor protección al empresario. Es el caso de Holanda, en cuyo Código civil, se establece una cláusula general, que dispone que serán nulas aquellas cláusulas que sean “irrazonablemente gravosas”. Esta cláusula es de aplicación a cualquier adherente, consumidor o empresario, si bien respecto de los empresarios se establece una limitación, sólo podrán acogerse a dicha disposición aquellas empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores o sociedades de capital que por ley no tengan que publicar su balance a final de

año. Un aspecto interesante es que se contempla además en el Código civil holandés un control de transparencia de aplicación también a los empresarios.

El sistema alemán, por su parte, resulta llamativo puesto que no incluye controles de incorporación para los empresarios, entendiendo que puede suponer una traba innecesaria que no casa con la necesidad de agilidad en la contratación del sector empresarial. Sí que incorpora un control de contenido mediante una cláusula general de buena fe, así como un control de transparencia, residenciado en el parágrafo 307.1 del BGB, según el cuál *puede existir un perjuicio indebido por el hecho de que una disposición no sea clara ni comprensible*. El listado de cláusulas negras, y el de cláusulas grises, se reservan de manera exclusiva a los consumidores, como medida tuitiva de este grupo especialmente necesitado.

Por su parte, lo relevante de la regulación italiana, es que dispensa protección a los empresarios que se encuentren en una situación de dependencia económica, concretándola en los contratos de subministro. Protege, por tanto, las prácticas abusivas que puedan darse en las relaciones verticales en las que la empresa dominante suele imponer las condiciones a la empresa subcontratada. En cuanto a los aspectos formales, se incluye un control de incorporación en el Código civil, de aplicación tanto a consumidores como a empresarios.

El nivel más intenso de protección de los países de nuestro entorno lo ofrece el Ordenamiento portugués, el cual reúne, además de los requisitos de incorporación y del control de contenido, un listado de cláusulas grises (prohibición relativa) y cláusulas negras (prohibición absoluta) de aplicación a los empresarios. Este extremo es el que llama la atención, pues lo normal es que los listados de cláusulas abusivas se reserven a los consumidores, entendiendo que la protección de éstos requiere una mayor grado de imperatividad. Este carácter imperativo no se adapta igual de bien al sector empresarial, en el que debe reservarse un mayor espacio a la autonomía de la voluntad, existiendo, además, usos y costumbres mercantiles que pueden regular las relaciones comerciales de manera individualizada, pudiendo entrar en contradicción con un listado que prohíba determinadas cláusulas o prácticas en concreto.

Por último, en Inglaterra podemos encontrar la *Unfair Contract Terms Act* (UCTA), que si bien controla la abusividad en contratos celebrados tanto con consumidores como entre empresarios, la protección se centra únicamente en las cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad civil. A los efectos de nuestro estudio, nos resulta interesante destacar que el criterio de abusividad de las cláusulas fijado por esta ley es la razonabilidad (*reasonableness*). En cuanto al listado de cláusulas, se establecen algunas para consumidores, y otras relativas a las relaciones entre empresarios. Desde nuestra óptica, el aspecto más relevante de la norma inglesa viene constituido por las circunstancias que la ley establece como parámetros o referencias para evaluar si una cláusula en concreto es equitativa y razonable¹⁴, incluyendo entre ellas aspectos subjetivos del empresario, que como anteriormente mencionábamos, han de ser tenidos en cuenta para valorar si existió o no imposición en la relación entre dos empresarios determinados.

En contraposición con todos estos países, que establecen una protección al empresario más intensa que la de nuestro Ordenamiento, podemos señalar el caso de Francia, que al igual que nosotros, también relega la protección del empresario a los instrumentos tradicionales del Código civil.

b) Los instrumentos de soft law europeos

En los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL) se establece una cláusula general de buena fe para enjuiciar el equilibrio de las condiciones, que se aplica con independencia de quienes sean los sujetos intervinientes en la relación contractual. No se incluye un listado de cláusulas abusivas, quizás por esa intención de dotar de una regulación uniforme al Derecho de la contratación, sin establecer distinciones entre los sujetos.

¹⁴Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, (2009), *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Civitas, Navarra, pag 27: “La ley inglesa recoge en el anexo II una serie de criterios o circunstancias que pueden ser tenidos en cuenta cuando el tribunal realiza el test de razonabilidad. En concreto, la fuerza de la posición contractual que ocupa cada contratante de la relación, su poder de negociación, pudiéndose tener en cuenta [...] si el contratante sabía de la cláusula y su trascendencia, en atención a los usos del comercio y a anteriores relaciones [...]”

La mayoría de la doctrina ha aplaudido la inclusión en los PECL de la protección al empresario. Como instrumento europeo de objetivo armonizador, cuya pretensión es crear una regulación uniforme de aplicación a toda Europa, resulta congruente el tratamiento generalizado que establecen los PECL. Sería un sinsentido intentar crear un marco común del Derecho de los contratos dejando fuera de él a los empresarios, teniendo en cuenta que el tráfico comercial o mercantil es, por vocación, internacional y transfronterizo, más que el ámbito del consumidor, y por lo tanto requiere aún de manera más intensa, una armonización en su regulación.

Los principios Acquis, por su parte, también amplían la protección a los empresarios, concretamente en los artículos 6:301, 6:302, 6:303 y 6:306. Se establece un control de incorporación, así como un control de abusividad basado en la cláusula general de buena fe. Al igual que en la Directiva 93/13, el juicio de abusividad no podrá recaer sobre las cláusulas definatorias de elementos principales del contrato. Las

listas de cláusulas abusivas (negra y gris) tienen por destinatario únicamente a los consumidores.

El Marco Común de Referencia (DCFR), como texto armonizador de los ordenamientos europeos, alcanza el objetivo de establecer una regulación general en materia de condiciones generales. Extiende la protección a todo adherente que sea perjudicado por una cláusula abusiva, con independencia de que sea consumidor o empresario. Especialmente destacable resulta el hecho de que, en sede de transparencia, el artículo 9:402 hace distinción entre las cláusulas con consumidores y entre empresarios, estableciendo unos requisitos de transparencia más intensos para los primeros.

4.3 La transparencia en la contratación entre empresarios

A diferencia de lo que ocurre con los consumidores, respecto de los empresarios no puede establecerse una protección uniforme con reglas que se apliquen a todos los sujetos que entren dentro del concepto de empresario. Uno de los factores fundamentales a tener en cuenta en sede de transparencia es la habitualidad con la que un determinado empresario celebra contratos en un concreto sector. Podremos medir así el grado de familiarización del empresario con determinadas condiciones generales. En definitiva, se analiza la especialización del sujeto, derivada de la práctica comercial. Es frecuente que en cada sector comercial se empleen una serie de cláusulas o condiciones tipo, por lo que se entiende que un empresario que actúe de manera frecuente en un determinado ámbito, conocerá el alcance y consecuencias de aquellas. De darse este presupuesto, la transparencia material tendrá un papel secundario, puesto que el empresario adherente no requiere de un refuerzo informativo para prestar su aceptación con conocimiento de causa. Otro elemento determinante puede ser el volumen de la empresa, medido sobre todo en el poder que ésta tenga en el mercado. Estas circunstancias manifestarán, por regla general, una alta capacidad de influir en los contratos que ésta celebre para satisfacer sus necesidades. Una empresa poderosamente asentada en un determinado sector, que cope altos porcentajes de cuota de mercado, tendrá mayor decisión sobre las estipulaciones que regulen sus intereses.

Por cuanto hemos expuesto, consideramos que sería un error establecer una regla de transparencia cerrada, redactando parámetros estancos, del estilo de “el presente precepto sólo se aplicará a las empresas que tengan menos de 50 trabajadores” o “cuya facturación sea menos de 3 millones de euros” o “que tengan una cuota de mercado inferior al 25 por ciento”, como hace el Código civil holandés. Por el contrario, pensamos que debe establecerse una regla flexible, donde tenga cabida la apreciación del juez caso por caso, analizando las circunstancias concurrentes al mismo.

4.4 La transparencia como principio informador del orden socioeconómico

Nuestra posición acerca de la transparencia es que, por su naturaleza, debería incardinarse entre los requisitos de incorporación, pero que, la intención del legislador europeo ha sido vincularla al control de contenido, como elemento instrumental de este, y así se ha plasmado en el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Por lo tanto, de esta manera debe ser interpretado también en nuestro país. Este es el motivo que nos hace rechazar su ubicación, a día de hoy, en sede de incorporación. También hemos rechazado la virtualidad del artículo 1258 para servir de cláusula general de buena fe, al nivel del artículo 82.1 TRLGDCU, por entender que se trata de una regla de interpretación de lagunas o ambigüedades del contrato de acuerdo con la naturaleza del mismo, pero no como una figura controladora del equilibrio contractual capaz de expulsar del contrato condiciones abusivas, señalando además que no puede buscarse solución a un supuesto de hecho en un texto que cuando fue redactado no existía aquél, y que responde, por tanto, a otros presupuestos.

Así las cosas, la única tesis que nos parece tener cabida actualmente en nuestro Ordenamiento es la que promulga el magistrado del Tribunal Supremo, Francisco Javier Orduña Moreno, en sus votos particulares a las STS, 1^a, 3.6.2016 (MP: Pedro José Vela Torres) y STS, 1^a, 11.4.2018 (MP: Ignacio Sánchez Gargallo). En ellos, Orduña nos explica como la transparencia es algo más que una regla introducida en unos determinados preceptos de nuestro ordenamiento, en su opinión ha pasado a erigirse en un principio importante del orden socioeconómico. Por lo tanto, como principio que es, debe impregnar todas las parcelas del Derecho la contratación, en lugar de ser aplicado a unos supuestos concretos. Nos parece una tesis bastante acertada y congruente con la Directiva 93/13 y el resto de normas de nuestro ordenamiento. El magistrado, fundamenta el carácter de principio del Derecho de la contratación adquirido por la transparencia con base en varias cuestiones. En primer lugar se habla de la importancia que esta figura jurídica tiene dentro del acervo comunitario. La Directiva sobre cláusulas abusivas impone como sanción de la abusividad la nulidad de las condiciones generales. Se trata de un elemento indisponible por los jueces nacionales, como ha señalado en numerosas ocasiones el TJUE, entre ellas en su sentencia de 22 de

diciembre de 2016, en la que resuelve las cuestiones planteadas por tribunales españoles acerca de la retroactividad de la restitución de cantidades a consecuencia de la nulidad de la cláusula suelo. Es indisponible porque la norma tiene una finalidad punitiva, de castigo a los operadores del mercado que lo perjudican introduciendo en él condiciones generales contrarias a la buena fe.

En segundo lugar, y en conexión con el punto anterior, habla del valor que ha adquirido la transparencia en la sociedad actual, como garante de los derechos de los ciudadanos que participan en el mercado intercambiando bienes y servicios. Afirma que la transparencia es concebida ya, por todos, como un elemento fundamental de control de los contratos no negociados, y que cumple una función clave en el correcto funcionamiento del mercado. Esta idea no resulta del todo extraña a la doctrina, ya que es compartida por autores como Dohrman, quien sostiene que “el orden público contractual actual es mucho más complejo, del que forman parte nuevos principios, algunos de los cuales han surgido como consecuencia de de las nuevas técnicas de contratación, como son el principio de transparencia y el principio de protección del contratante débil y, más concretamente, el principio de protección del consumidor”. En la visión que Orduña tiene del Derecho, éste debe permeabilizarse a las nuevas realidades y circunstancias existentes, a la evolución de la sociedad. Es lo que en muchas ocasiones nos va a permitir, como él señala con palabras de DE CASTRO, acercarnos a la “médula” de la norma, en lugar de quedarnos en la “corteza”. Pues bien, todo ello genera la tesis de que la transparencia es hoy un nuevo principio fundamental de la contratación, como ha sido históricamente la buena fe.

5. Conclusiones

La constatación en la práctica jurídica de una situación de desprotección de los pequeños empresarios ante la imposición de cláusulas abusivas por las entidades bancarias nos hizo abordar el presente estudio. Una vez analizada la naturaleza y caracteres de la contratación con condiciones generales, hemos estado en disposición de afirmar que tanto en la contratación entre empresarios, como en

la contratación entre empresario y consumidor, se pueden dar las circunstancias que justifican una protección por parte del Derecho. Estas circunstancias son la desigualdad en la posición de las partes, la imposición del contenido contractual o la utilización de cláusulas predispuestas.

Afirmamos de manera clara que el control de contenido de nuestra LCGC debe extenderse también a los empresarios. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con los consumidores, a los que se les da una protección uniforme haciendo de ellos un tratamiento homogéneo, en el caso de los empresarios habrá que tener las particularidades de cada sujeto, caso por caso, pues el concepto de empresario engloba, en la práctica, una multitud de realidades muy diferentes entre sí. Ante una misma cláusula abusiva, puede darse la situación de que un determinado empresario no merezca la protección del Derecho y otro sí, en función de su volumen, de la habitualidad con que celebra contratos en ese sector concreto, de su grado de familiarización con la contratación con condiciones generales, de su capacidad para infuir en el contenido contractual...etc. Esta serie de elementos nos harán averiguar si existió la circunstancia que permite entrar a proteger a aquél sujeto: la predisposición e imposición del contenido contractual por una de las partes.

Para combatir estos desequilibrios que crean las cláusulas abusivas, la transparencia se ha tornado en una figura indispensable, por alcanzar cotas más altas de protección y adentrarse en esferas que el control de contenido no alcanzaba. En nuestra opinión, la transparencia debe ser aplicable también a los empresarios, pues más que un control determinado puede considerarse un auténtico principio tuitivo en la contratación con condiciones generales. Es una figura nacida de la buena fe, que aglomera una serie de exigencias para el predisponente, redacción clara, deber de información, comprensibilidad material, deber de destacar en el clausulado condiciones esenciales..etc, y que permite hacer un juicio de trascendental importancia, analizar si el resultado del desarrollo del contrato se ajusta a las expectativas legítimas que el adherente se formó a partir de la información proporcionada por el predisponente.

BIBLIOGRAFÍA

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (1991), *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra.

Jose María MIQUEL, *et al.*, (2002) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid.

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, (2009), *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Civitas, Navarra.

Miguel PASQUAU LIAÑO, prólogo a Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra.

Salvador DURANY PICH, *et al.* (2002) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid

Sergio CÁMARA LAPUENTE, (2006) *El control de las cláusulas <<abusivas>> sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Navarra.

Iniciadores de pago, ¿a la conquista de los pagos online y el comercio electrónico? Su necesaria relación con las medidas de seguridad y autenticación

Mikael Leal Coronado⁷⁹¹

Doctorando en Derecho Civil

Universidad de Castilla-La Mancha

1. ANTECEDENTES

El comercio electrónico continúa imparables a la vanguardia de una mejor experiencia de compra del cliente, al poner a disposición del mismo en su tienda online diferentes opciones de métodos de pago que satisfagan adecuadamente las preferencias del consumidor. Ello redundará en un aumento favorable de la oferta y la calidad de los diversos modelos de medios de pago en un marco competitivo a nivel mundial.

Así, en la carrera hacia un mercado de medios de pago más amplio y competente, los nuevos proveedores de servicios de iniciación de pagos (PISP⁷⁹²) –que serán en gran medida el objeto de este estudio–, introducidos por la reciente Directiva 2015/2366⁷⁹³, sobre servicios de pago en el mercado interior (en adelante DSP II), se están haciendo hueco entre las convencionales pasarelas de pago⁷⁹⁴ que operan en la actualidad, convirtiéndose en una alternativa a las mismas y permitiendo una forma más fácil de comprar y vender en el comercio electrónico. Si bien, a pesar de la facilidad de uso de estos iniciadores, el hecho

⁷⁹¹ Graduado en Derecho con mención en Derecho Público y Políticas Públicas por la UCLM y Máster Universitario en Acceso a la Abogacía en la UCLM. ORCID ID: [0000-0001-8055-3518](https://orcid.org/0000-0001-8055-3518)

⁷⁹² PISP, por sus siglas en inglés: *Payment Initiation Service Provider*.

⁷⁹³ DOUE núm. 337, de 23 de diciembre de 2015.

⁷⁹⁴ Una pasarela de pagos viene referida al dispositivo y tecnología que permite llevar a cabo las tareas de gestión comercial de venta al público, esto es, un servicio que automatiza la operación de pago entre cliente y vendedor por medio de un sistema de procesos informáticos que procede a la verificación o rechazo de la operación de pago, a través de conexiones seguras en Internet. Vid. <https://www.economiasimple.net/glosario/pasarela-de-pago> (Consultado 26/06/2018).

de tener que introducir las claves de Banca online puede no causar demasiado entusiasmo en los consumidores de cara a los riesgos aparejados por cuestiones de seguridad, lo cual repercute directamente en los niveles de confianza depositados por los usuarios a la hora de efectuar la transacción.

De ahí que, para conseguir un escenario tecnológico más seguro, resulte ineludible una completa actualización del marco jurídico de los servicios de pago, no sólo en relación a su funcionalidad, sino también respecto a la mayor seguridad de los mismos, a través del establecimiento de medidas de seguridad para reforzar la confidencialidad y autenticación del cliente. Esto último se pretende conseguir a través del Reglamento Delegado (UE) 2018/389, por el que se complementa la DSP II en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos, comunes y seguros.

2. COMERCIO ELECTRÓNICO Y SUS ALTERNATIVAS DE PAGO EN TIENDAS ONLINE

Es patente la evolución que ha experimentado el comercio electrónico en los últimos años, lo que forzosamente ha provocado que los consumidores hayan variado sus hábitos (vinculados ahora en gran medida a los teléfonos inteligentes o *smartphones*, a la moda “*low cost*” y a la imparable tecnología); y, por ende, los Bancos y proveedores de servicios de pago tengan que adaptarse a las preferencias de estos últimos. Con ello han cambiado también las empresas y comercios tradicionales, que requieren de sus Bancos y proveedores de servicios de pago mecanismos que permitan el crecimiento en sus negocios, además de soluciones rápidas y flexibles para resolver sus problemas. Lo que no ha cambiado es que los clientes y consumidores quieran más, mejor y más barato⁷⁹⁵.

⁷⁹⁵ SANTAMARIA, J.: “La segunda Directiva de Servicios de Pago y sus impactos en el mercado”, en *Observatorio de Divulgación Financiera* [online], núm. 31, 2018, p. 4. Recuperado desde: <https://www.iefweb.org/ief/divulgacion-financiera/observatorio-divulgacion-financiera/doc/69>

Atendiendo a lo anterior, el mercado de medios de pago se encuentra en continuo desarrollo para ofrecer nuevas y útiles opciones de pago. De ahí que comerciantes y administradores de tiendas online hayan de poseer una visión global para poner a disposición de sus clientes distintas y seguras modalidades de pago online, consiguiendo que los visitantes de sus páginas web no sólo las consulten, sino que se conviertan en clientes, otorgando el mejor servicio posible⁷⁹⁶. Así, las formas de pago comúnmente utilizadas por los comercios online son las siguientes:

-Pago contra reembolso: es una de las formas de pago online más tradicional, y una de las que mayor garantía de seguridad ofrece, dado que el pago se realiza al transportista en el momento en el que el cliente recibe el pedido, pago que normalmente va incrementado de una tasa por la utilización del servicio⁷⁹⁷.

-TPV virtual bancario: permite la conexión directa entre la tienda online y el Banco, posibilitando realizar pagos con tarjeta (se introduce número de tarjeta, fecha de caducidad y código de seguridad) de forma rápida y segura⁷⁹⁸, de igual manera que si efectuásemos la compra en una tienda física.

-Transferencia bancaria: es una de las opciones que menos se utiliza, dada la lentitud que puede ocasionar en el proceso de compra, pues el producto no se envía hasta que el vendedor no dispone del importe en su cuenta bancaria una vez que el cliente ha procedido a realizar la transferencia⁷⁹⁹.

-Plataformas de pago: a través de estas plataformas el pago se vincula con una tarjeta de pago o una cuenta bancaria, de modo que, al seleccionar este método, únicamente hay que introducir la clave de la cuenta de usuario de la

⁷⁹⁶ Vid. <https://www.1and1.es/digitalguide/online-marketing/vender-en-internet/vision-general-sobre-los-pagos-online/> (Consultado 28/06/2018).

⁷⁹⁷ *Ibidem*.

⁷⁹⁸ Vid. <https://woodemia.com/comparativa-mejores-pasarelas-de-pago-ecommerce/> (Consultado 28/06/2018).

⁷⁹⁹ *Ibidem*.

propia plataforma⁸⁰⁰, funcionando como una especie de cuenta virtual en la nube, siendo *PayPal*⁸⁰¹ un ejemplo muy popular de este tipo de plataformas.

Tras señalar brevemente estas formas de pago comúnmente utilizadas, y antes de profundizar en el estudio de los nuevos iniciadores de pago, si atendemos a los datos, resulta positivo el porcentaje de crecimiento del comercio electrónico en España, aumentando su facturación un 28,1% más que el año anterior en el cuarto trimestre de 2017. Y si reparamos en el número de transacciones realizadas, se registraron más de 154 millones, lo que supone un 31,5% más, según los datos proporcionados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), hechos públicos en julio de 2018⁸⁰².

3. INICIADORES DE PAGO

A las anteriores alternativas se unen ahora los nuevos proveedores de servicios de iniciación de pagos, pues cada vez más consumidores y usuarios van perdiendo el miedo a utilizar medios de pago online procedentes de proveedores de servicios de pago externos para efectuar sus compras en el comercio electrónico gracias a las ventajas que ofrecen tanto para consumidores como para comerciantes. Concretamente estos métodos no sufren grandes retrasos en relación a los pagos realizados por clientes y recibidos por los comerciantes, lo que permite una entrega más rápida de productos y servicios⁸⁰³.

⁸⁰⁰ Vid. https://elpais.com/economia/2015/05/05/actualidad/1430849127_139850.html (Consultado 28/06/2018).

⁸⁰¹ Para poder utilizar *PayPal*, el usuario tendrá que crear en este servicio una cuenta de correo electrónico con una contraseña, y vincular los datos de una cuenta bancaria o una tarjeta, a través de la cual realizar los pagos, o bien se creará un saldo *PayPal*, siendo ésta la única vez en la que el usuario tendrá que introducir sus datos en *PayPal*, de manera que podrá comprar a través de Internet sin necesidad de revelarlos, simplemente tendrá que acceder a la mencionada cuenta con el correo electrónico y la contraseña. A la hora de efectuar un pago, se seleccionará la opción *PayPal*, se abrirá la página para que se inicie sesión y así confirmar el pedido. Tras ello, el servicio enviará una notificación de pago y lo registrará en el historial de transacciones del usuario.

Vid. PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N.: "Métodos de pago online: ¡A gusto del consumidor!", en *Centro de Estudios de Consumo* [online], 2015, p. 2. Recuperado desde: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/COMERCIO_ELECTRONICO/M%C3%A9todos-de-pago-online.pdf

⁸⁰² Vid. <https://www.cnmc.es/node/369523> (Consultado 10/07/2018)

⁸⁰³ Vid. <https://www.1and1.es/digitalguide/online-marketing/vender-en-internet/vision-general-sobre-los-pagos-online/> (Consultado 28/06/2018).

3.1. Contextualización

La DSP II, plenamente efectiva desde el 13 de enero de 2018, ha venido a dotar de regulación uniforme y seguridad jurídica a estos proveedores de servicios de iniciación de pagos, que ya se encontraban operando con anterioridad, sin estar sujetos a la aplicación de la anterior normativa en materia de servicios de pago -Directiva 2007/64/CE y su consiguiente transposición a través de la Ley 16/2009, de Servicios de Pago-. Así, estos servicios de iniciación de pagos han surgido tras la adopción de la Directiva 2007, evolucionando en el ámbito del comercio electrónico al “proporcionar un soporte lógico que sirve de puente entre el sitio web del comerciante y la plataforma bancaria en línea del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta⁸⁰⁴ del ordenante, con el fin de iniciar pagos por transferencia a través de internet”, como se establece en el Considerando 27 DSP II. Estos proveedores ofrecen una solución de bajo coste tanto a los comerciantes como a los consumidores, otorgando a estos últimos la posibilidad de llevar a cabo sus compras sin necesidad de poseer tarjetas de pago; además de otorgar al beneficiario la seguridad de que el pago ha sido iniciado, incentivando a éste a que realice la entrega del bien o la prestación del servicio sin dilación indebida (Considerando 29 DSP II).

Como ya he adelantado, estos servicios no se encontraban sujetos a la aplicación de la Directiva 2007, no estando supervisados por ninguna autoridad competente, lo que planteaba una serie de problemas jurídicos, “que van desde la protección de los consumidores a aspectos relacionados con la seguridad, la responsabilidad, la competencia y la protección de datos, especialmente en relación con la protección de los datos del usuario del servicio de pago [...]”, debiendo las nuevas normas resolver ese tipo de problemas, como sigue señalando el Considerando 29 DSP II. Con esta nueva regulación serán considerados como auténticos proveedores de servicios de pago, siendo preciso su autorización y registro ante la autoridad competente -correspondiendo en nuestro país al Banco de España-. No obstante, y aunque los Estados Miembros

⁸⁰⁴ Un proveedor de servicios de pago gestor de cuenta es “un proveedor de servicios de pago que facilita a un ordenante una o varias cuentas de pago y se encarga de su mantenimiento” (ex art. 4.17 DSP II).

tenían hasta el 13 de enero de 2018 para proceder a la transposición de la DSP II (ex art. 115 DSP II), en España todavía no se ha procedido a la publicación de la nueva Ley de Servicios de Pago que derogue a la actual de 2009, sino que se está trabajando en el anteproyecto de Ley del Mercado de Servicios de Pago. Ésta ya contempla los nuevos proveedores, haciendo constar expresamente en su Exposición de Motivos, que “no están sujetos en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, por lo que no están supervisados por el Banco de España”. De ahí que los principales objetivos a lograr sean “facilitar y mejorar la seguridad en el uso de sistemas de pago a través de Internet, reforzar el nivel de protección al usuario contra fraudes y abusos potenciales, respecto del previsto en la norma anterior, así como promover la innovación en los servicios de pago a través del móvil y de Internet”.

Ello no quiere decir que hasta ahora los prestadores de servicios de iniciación de pagos que proporcionaban servicios en España no estuviesen sujetos a ningún tipo de normativa, sino que se encontraban sometidos a la legislación general y de consumo, entre otras: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en lo que a protección de derechos de los mismos se refiere; a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en lo relativo al tratamiento y salvaguarda de los datos personales; así como a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en relación a la contratación electrónica en Internet. Si bien, hasta la oportuna transposición de la DSP II, no contaremos con una regulación armonizada de estos proveedores de servicios de iniciación de pagos a nivel interno⁸⁰⁵.

3.2. Aplicación práctica de los servicios de iniciación de pagos

⁸⁰⁵ MOLINERA ORTIZ, L.: “Los nuevos servicios complementarios a los pagos por Internet. La excesiva cautela de algunos consumidores hacia este tipo de servicios ¿razonable o infundada?”, en *Noticias Jurídicas* [online], 2016. Recuperado desde: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10853-los-nuevos-servicios-complementarios-a-los-pagos-por-internet-la-excesiva-cautela-de-algunos-consumidores-hacia-este-tipo-de-servicios-iquest;razonable-o-infundada/>

Partiendo del concepto contenido en la DSP II en su artículo 4.15, que define los servicios de iniciación de pagos como aquellos que permiten “*iniciar una orden de pago, a petición del usuario del servicio de pago, respecto de una cuenta de pago abierta con otro proveedor de servicios de pago*”, es posible afirmar que estos servicios ofrecen un novedoso sistema de pasarela de pagos que permite realizar transferencias directas desde la cuenta bancaria del consumidor a la tienda online, sin necesidad de conocer el número de cuenta para efectuarla. Así, una vez finalizada la compra, la transferencia se realiza instantáneamente, lo que faculta al comercio para iniciar el envío del pedido y evitar tener que estar comprobando de forma continua el momento en que se ha producido el abono en su cuenta bancaria. Estos iniciadores podrán mover dinero de manera directa desde la cuenta de un Banco a la cuenta del comercio mediante las claves de Banca online de los propios usuarios, con base en el hecho de que una cuenta es de su titular, no de la entidad bancaria y, por ello, es el cliente quien puede permitir el acceso a su cuenta al proveedor que considere conveniente, decidiendo a través de quién quiere mover su dinero, sin que sea necesario que su Banco tradicional les autorice a ello⁸⁰⁶.

Asimismo, no será necesario poseer una tarjeta de pago a la hora de ejecutar el mismo, poniendo al alcance del consumidor una plataforma tecnológica que servirá de enlace entre el sitio web del comerciante y el Banco determinado donde el usuario tenga su cuenta, gestionando el proveedor de servicios de iniciación de pagos la orden de pago tanto con el Banco como con el comercio, y permitiendo al cliente efectuar la compra⁸⁰⁷. Ello, por un lado, conllevará una disminución de ingresos en relación al negocio de las tarjetas de pago, pero, por otro, permitirá nuevos modelos de negocio consistentes en pagos mediante el acceso directo a la cuenta del cliente⁸⁰⁸. Un ejemplo de este tipo de proveedores de servicios de iniciación de pagos es *Trustly*, un sistema rápido,

⁸⁰⁶ Vid. <https://miposicionamientoweb.es/servicios-de-pago-tiendas-online/> (Consultado 01/07/2018).

⁸⁰⁷ MOLINERA ORTIZ, L.: “Los nuevos servicios complementarios a los pagos por Internet...”, *op. cit.*

⁸⁰⁸ Vid. <https://nae.es/el-impacto-de-la-nueva-directiva-europea-de-servicios-de-pago/> (Consultado 01/07/2018).

sencillo y seguro que concede a los consumidores la posibilidad de hacer pagos directos desde su cuenta en línea⁸⁰⁹.

Por tanto, para poder prestar estos servicios se requieren dos condiciones esenciales: por un lado, el acceso en línea a las cuentas bancarias del usuario; y por otro, que los Bancos tradicionales abran su información y su cesión a terceros, previo consentimiento del usuario, para la prestación de servicios. Pues bien, esa obligación de los Bancos para la cesión de determinados datos de clientes y sus cuentas a terceros encuentra asiento en el principio de que la propiedad de los mismos es del cliente y, por tanto, decide cederlos o no según su conveniencia al utilizar el concreto servicio de iniciación de pagos⁸¹⁰.

Lo relatado supone un motivo de preocupación para los Bancos en un terreno exclusivo de los mismos hasta la fecha, considerándolo un riesgo de pérdida de negocio y aprovechamiento de su infraestructura bancaria. Pero lo cierto es que supondrá nuevas oportunidades para éstos, viéndose forzados a colaborar con los nuevos iniciadores de pago, favoreciendo la competencia del sector en pro de una mejora en los servicios ofrecidos por las pasarelas de pagos, ya sea para una mejor integración tecnológica, implementación de tarifas más competitivas, o la prestación de un servicio fácil y eficaz⁸¹¹.

Conforme los Bancos se vayan acomodando al nuevo entorno y marco normativo, se tendrán que ir adaptando a la existencia de nuevas relaciones, no sujetas a ningún contrato y que surjan de terceros, haciendo frente a una mayor competencia. Consecuentemente tendrán que optar por desplegar estrategias en

⁸⁰⁹ Para utilizar el servicio *Trustly*, el usuario tendrá que ir a la página web de la tienda en la que desee realizar la compra; seleccionar *Trustly* como método de pago; elegir su Banco y entrar con los códigos de acceso habituales -usuario y contraseña de Banca online-; escoger la cuenta desde la que se desea realizar el pago y entonces se verificará la compra. *Trustly* no hace necesario el registro ni la instalación de ningún programa, simplemente disponer de una cuenta bancaria desde la que realizar transferencias online. Vid. <https://trustly.com/es/usersupport/> (Consultado 01/07/2018) y <https://trustly.com/es/> (Consultado 01/07/2018).

⁸¹⁰ Vid. <https://www.xeridia.com/noticias/que-es-la-psd2-y-cuales-son-sus-implicaciones> (Consultado 01/07/2018).

⁸¹¹ Vid. <https://miposicionamientoweb.es/servicios-de-pago-tiendas-online/> (Consultado 01/07/2018).

busca de nuevos ingresos o conformarse con la simple defensa de su negocio habitual⁸¹².

4. MEDIDAS DE SEGURIDAD Y AUTENTICACIÓN

Cuando hacemos uso del comercio electrónico nos exponemos a determinados riesgos en materia de seguridad, siendo muchas las dudas que emergen al adquirir un determinado producto o servicio por esta vía, tales como, si nuestro dinero está protegido, si seremos víctimas de estafa o si el medio de pago utilizado es seguro. De ahí que el *e-commerce* luche por superar uno de los principales obstáculos del mismo, esto es, conseguir un mayor grado de confianza por parte de los consumidores y clientes a la hora de efectuar un pago o transacción a través de Internet⁸¹³. Respecto al nivel de confianza depositado por el usuario en la Red, cabe señalar que los datos son positivos, pues en el segundo semestre de 2017 un 42,8% de los usuarios depositó mucha o bastante confianza, y un 42,5% suficiente confianza, frente al 14,7% que depositó poca o ninguna confianza⁸¹⁴.

Para el buen funcionamiento del mercado es fundamental la seguridad de los pagos electrónicos y así garantizar “la protección de los usuarios y el desarrollo de un entorno adecuado para el comercio electrónico”. “Todos los servicios de pago ofrecidos electrónicamente deben prestarse con la adecuada protección, gracias a la adopción de tecnologías que permitan garantizar una autenticación segura del usuario y minimizar el riesgo de fraude [...] Un crecimiento sólido de los pagos por móviles y por internet debe ir acompañado de una mejora generalizada de las medidas de seguridad”, como estipula el Considerando 95 DSP II.

⁸¹² SANTAMARIA, J.: “La segunda Directiva de Servicios de Pago y sus impactos en el mercado”, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

⁸¹³ Vid. https://elpais.com/economia/2015/05/05/actualidad/1430849127_139850.html (Consultado 03/07/2018).

⁸¹⁴ OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (ONTSI): “Estudio sobre la Ciberseguridad y Confianza en los hogares españoles”, Mayo 2018, p. 59. Recuperado desde: <https://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/Ciberseguridad%20y%20Confianza%20en%20los%20hogares%20espa%C3%B1oles%20%28mayo%202018%29.pdf>

En relación al fraude, y si a las cifras nos remitimos, un 37,7% de los usuarios percibe el hecho de sufrir un perjuicio económico derivado de fraude en cuentas bancarias online, compras y tarjetas de crédito como uno de los principales peligros de Internet; por debajo de un 45,5% de usuarios que considera mayor el riesgo de robo y uso de su información personal; mientras que sólo un 16,9% estima más arriesgado los daños a los componentes del ordenador o en los programas informáticos que emplean. Y por lo que se refiere a la modificación de hábitos en relación a los usuarios que utilizan comercio electrónico tras sufrir un intento de fraude o perjuicio económico, resulta que, en el segundo semestre de 2017, un 14,3% de los usuarios ha modificado su forma de pago, un 1,8% ha abandonado el comercio electrónico y un 9,7% ha reducido su uso en el mismo; frente al 74,3% que no ha llevado a cabo ninguna variación de hábitos de comercio electrónico⁸¹⁵.

Así, la seguridad debe estar presente desde el momento en que comienza la tecnología, lo que cobra especial importancia en el Internet de las Cosas (IoT⁸¹⁶), donde conviven multitud de dispositivos de variada naturalidad y fiabilidad, siendo los sistemas de seguridad a utilizar de lo más diverso: cortafuegos, sistemas de criptografía, contraseñas robustas para la identificación y acceso, certificados electrónicos, envío de SMS como segundo paso de identificación, entre otros⁸¹⁷.

De esta manera, por lo que se refiere a los proveedores de servicios de iniciación de pagos, “las credenciales de seguridad personalizadas⁸¹⁸ empleadas para que el cliente sea autenticado bien directamente por el usuario del servicio de pago, o bien por el proveedor de servicios de iniciación del pago son, normalmente, las emitidas por los proveedores de servicios de pago gestores de cuenta”. “Los proveedores de servicios de iniciación de pagos no establecen

⁸¹⁵ *Ibidem*, pp. 57 y 67.

⁸¹⁶ IoT, por sus siglas en inglés: *Internet of Things*.

⁸¹⁷ BARRIO ANDRÉS, M.: *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 90 y 91.

⁸¹⁸ Las credenciales de seguridad personalizadas son “elementos personalizados que el proveedor de servicios de pago proporciona al usuario de servicios de pago a efectos de autenticación” (ex art. 4.31 DSP II).

necesariamente una relación contractual⁸¹⁹ con los proveedores de servicios de pago gestores de cuenta y estos últimos, con independencia del modelo de negocio que utilicen los primeros, les deben permitir utilizar los procedimientos de autenticación que facilitan los proveedores de servicios de pago gestores de cuenta para que puedan iniciar un pago concreto por cuenta del ordenante”, de conformidad con el Considerando 30 DSP II. Además de ello, y según estipula el Considerando 69 DSP II, “la obligación de preservar la seguridad de las credenciales personalizadas es de extrema importancia para proteger los fondos del usuario de servicios de pago y limitar los riesgos de fraude y el acceso no autorizado a la cuenta de pago”.

Con este objeto, y para mejorar la protección de los consumidores mediante el establecimiento de medidas de seguridad en los pagos electrónicos, la DSP II facultó a la Comisión para la adopción de normas técnicas de regulación (RTS⁸²⁰), teniendo como base el proyecto presentado por la Autoridad Bancaria Europea (ABE)⁸²¹. Así se observa en el Considerando 107 DSP II, al establecer que, para garantizar una aplicación coherente de la misma, “la Comisión debe poder confiar en los conocimientos y el apoyo de la ABE, que debe tener la responsabilidad de elaborar directrices y preparar proyectos de normas técnicas de regulación sobre aspectos de seguridad de los servicios de pago, en particular en relación con la autenticación reforzada de clientes [...]. La Comisión debe estar facultada para adoptar esos proyectos de normas técnicas de regulación”.

Normas que han sido plasmadas en el Reglamento Delegado (UE) 2018/389⁸²², por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de

⁸¹⁹ Según el art. 66.5 DSP II, “la prestación de servicios de iniciación de pagos no se supeditará a la existencia de una relación contractual a tal fin entre los proveedores de servicios de iniciación de pagos y los proveedores de servicios de pago gestores de cuentas”.

⁸²⁰ RTS, por sus siglas en inglés: *Regulatory Technical Standards*.

⁸²¹ Vid. [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-17-4961 en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-4961_en.htm) (Consultado 04/07/2018)

⁸²² DOUE núm. 69, de 13 de marzo de 2018.

comunicación abiertos, comunes y seguros (en adelante Reglamento⁸²³), que determina en su Considerando 1 que “los servicios de pago ofrecidos electrónicamente deben prestarse con la adecuada protección, gracias a la adopción de tecnologías que permitan garantizar una autenticación segura del usuario y minimizar el riesgo de fraude”, siendo su objeto establecer “los requisitos que deben cumplir los proveedores de servicios de pago a efectos de la aplicación de medidas de seguridad [...]” (ex art. 1 Reglamento).

El presente Reglamento hace de la autenticación reforzada⁸²⁴ la base para la realización de pagos en línea, de manera que, para acreditar la identidad de los usuarios, se requerirá la combinación de al menos dos de los siguientes elementos independientes: algo que sólo ellos saben, como una contraseña o un código PIN; algo que sólo ellos poseen, como una tarjeta o un teléfono móvil; y algo que ellos son, como las huellas dactilares o el escaneo del iris, entre otros. Son los proveedores de servicios de pago los que deben implementar la infraestructura para la correcta autenticación reforzada de clientes⁸²⁵. Así se prevé en el art. 4.1 del Reglamento que preceptúa que “la autenticación se basará en dos o más elementos categorizados como conocimiento, posesión e inherencia y tendrá como resultado la generación de un código de autenticación”, el cual “únicamente será aceptado por el proveedor de servicios de pago una sola vez cuando el ordenante lo use para acceder a su cuenta de pago en línea, para iniciar una operación de pago electrónico o para llevar a cabo cualquier acción a través de un canal remoto que pueda entrañar un riesgo de fraude en el pago u otros abusos”. Será necesario, además, que se garantice por parte de los proveedores de servicios de pago que no pueda crearse un nuevo código basado en el conocimiento de otro código anterior y que no se pueda falsificar (ex art. 4.2 del Reglamento). Será igualmente preciso que “el código de

⁸²³ Para un estudio más detallado del presente Reglamento: LEAL CORONADO, M.: “Directiva de servicios de pago II, ¿totalmente segura? El Reglamento Delegado (UE) 2018/389 a examen”, en *Centro de Estudios de Consumo* [online], 2018. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Directiva_de_servicios_de_pago_II.pdf

⁸²⁴ La autenticación reforzada de clientes es definida en el art. 4.30 DSP II como “la autenticación basada en la utilización de dos o más elementos categorizados como conocimiento (algo que solo conoce el usuario), posesión (algo que solo posee el usuario) e inherencia (algo que es el usuario), que son independientes –es decir, que la vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás–, y concebida de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de autenticación”.

⁸²⁵ Vid. [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-17-4961_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-4961_en.htm) (Consultado 04/07/2018)

autenticación generado sea específico para el importe y el beneficiario de la operación de pago aceptados por el ordenante al iniciar la operación” (ex art. 5.1.b Reglamento), impidiendo que, en caso de robo, ese código pueda volverse a utilizar para realizar otra transacción.

En relación a las credenciales de seguridad personalizadas, para proteger la confidencialidad e integridad de las mismas, se prevé que éstas *“se enmascaren cuando se muestren y no sean legibles en su totalidad cuando sean introducidas por el usuario de servicios de pago durante la autenticación” (ex art. 22.2.a Reglamento), además de que “solo el usuario de servicios de pago correspondiente esté asociado, de manera segura, con las credenciales de seguridad personalizadas y los dispositivos y programas informáticos de autenticación” (ex art. 24.1 Reglamento).* Todo ello sin olvidarnos de que la entrega de las mismas al usuario se lleve a cabo de manera segura teniendo en cuenta los riesgos derivados de su uso no autorizado por extravío, robo o reproducción, como se desprende del art. 25.1 del Reglamento.

Igualmente, este Reglamento establece los requisitos para unos estándares de comunicación abiertos, comunes y seguros, debiendo los Bancos tradicionales facilitar un canal de comunicación que permita a los proveedores de servicios de pago de terceros acceder a los datos que necesiten, posibilitando la identificación entre ambos y la comunicación por medio de mensajes seguros en cualquier momento. Para ello los Bancos tendrán que adaptar la interfaz de Banca en línea de sus clientes, o bien crear una nueva interfaz específica, entregando a estos proveedores la información indispensable sobre la operación de pago⁸²⁶. Sea cual sea la clase de interfaz, esta deberá cumplir una serie de requisitos, como son: que los proveedores de servicios de pago de terceros puedan dar instrucciones al Banco tradicional para iniciar una autenticación basada en el consentimiento del usuario del servicio de pago; que las sesiones de comunicación entre proveedores y usuarios se establezcan y mantengan durante todo el proceso de la autenticación; y que la integridad y la confidencialidad de las credenciales y de los códigos de autenticación estén garantizados, de conformidad con el art. 30.2

⁸²⁶ Vid. [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-17-4961_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-4961_en.htm) (Consultado 04/07/2018)

del Reglamento. Además de ello, será necesario que, en las sesiones de comunicación, en las que hay un intercambio de datos a través de internet, se aplique un cifrado seguro entre las distintas partes, con el fin de proteger la confidencialidad e integridad de los datos, como estipula el art. 35.1 del Reglamento.

Aunque en el Reglamento no se precisa un modelo concreto de interfaz, hay un consenso generalizado en la utilización de APIs⁸²⁷ o interfaces de programación de aplicaciones, por considerarse de mayor seguridad para la comunicación e identificación⁸²⁸. A través de éstas se permite que dos aplicaciones intercambien mensajes o datos, siendo un conjunto de funciones y procedimientos, ofreciendo una especie de biblioteca, de modo que otro software la utilice como capa de abstracción, un espacio de acceso e intercambio de información adicional. En definitiva, una se sirve de información de la otra, sin dejar de ser independientes entre ellas⁸²⁹.

No obstante, todas estas medidas no resultarán de aplicación hasta el 14 de septiembre de 2019 (*ex art. 38.2* Reglamento), sin perjuicio de los apartados 3 y 5 del art. 30, que serán de aplicación a partir del 14 marzo de 2019 (*ex art. 38.3* Reglamento) para que los proveedores de servicios de pago gestores de cuenta hagan públicas sus interfaces y las pongan a prueba con anterioridad a la aplicación del Reglamento. De esta manera, y según lo dispuesto en el art. 115 apartados 4 y 5 DSP II, las personas jurídicas que hubiesen realizado en sus territorios actividades de proveedores de servicios de iniciación de pagos con anterioridad al 12 de enero de 2016 podrán seguir llevando a cabo las mismas en sus territorios durante el período transitorio hasta la completa aplicación del Reglamento, de conformidad con el marco reglamentario aplicable en la actualidad, y sin que las medidas de seguridad que les atañen, contenidas en la Directiva y desarrolladas en el Reglamento, resulten aplicables hasta septiembre de 2019. Además, será preciso que *“ningún proveedor de servicios de pago gestor de*

⁸²⁷ API, por sus siglas en inglés: *Application Programming Interface*.

⁸²⁸ Vid. <https://www.xeridia.com/noticias/que-es-la-psd2-y-cuales-son-sus-implicaciones> (Consultado 04/07/2018).

⁸²⁹ Vid. <https://bbvaopen4u.com/es/actualidad/que-es-una-api-y-que-puede-hacer-por-mi-negocio> (Consultado 04/07/2018).

cuenta pueda abusar de la situación de incumplimiento para impedir o dificultar la utilización de servicios de iniciación de pagos [...]” (ex art. 115.6 DSP II), durante este período hasta la fecha de cumplimiento del Reglamento. Por último, estos proveedores de servicios de iniciación de pagos tendrán que obtener la pertinente autorización tan pronto como sea posible, esto es, cuando se produzca la transposición de la DSP II a nuestro país y contemos con una nueva Ley de Servicios de Pago.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Del estudio efectuado en el presente trabajo se desprende que la incorporación de estos nuevos proveedores de servicios de iniciación de pagos da paso a una ampliación en la oferta de medios de pago, aumentando la competencia y la innovación en un mercado en constante evolución. Lógicamente esto supone una buena iniciativa para el sector de los pagos electrónicos y del *e-commerce*, permitiendo, por un lado, implementar esta nueva forma de pago en las tiendas online, y por otro, nuevas oportunidades de negocio para los Bancos tradicionales, que se verán compelidos a colaborar con los nuevos actores del mercado.

Este escenario irá acompañado ineludiblemente de un entorno más seguro que el actual, gracias a una autenticación reforzada de clientes y una comunicación segura, de modo que el usuario sienta la misma sensación de protección que si efectuase la compra o el pago en un comercio físico. Consecuentemente ello repercutirá positivamente en los niveles de confianza depositados por los usuarios a la hora de efectuar la transacción a través de Internet.

Pero, sin duda, habrá que seguir esperando para denotar los avances y la configuración en seguridad de estos iniciadores de pago; más todavía cuando nos encontramos a la espera de la oportuna transposición de la DSP II en nuestro país, y el nuevo Reglamento 2018/389 no será de aplicación hasta el 14 de septiembre de 2019.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BARRIO ANDRÉS, M.: *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MOLINERA ORTIZ, L.: "Los nuevos servicios complementarios a los pagos por Internet. La excesiva cautela de algunos consumidores hacia este tipo de servicios ¿razonable o infundada?", en *Noticias Jurídicas* [online], 2016. Recuperado desde: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10853-los-nuevos-servicios-complementarios-a-los-pagos-por-internet-la-excesiva-cautela-de-algunos-consumidores-hacia-este-tipo-de-servicios-iquest;razonable-o-infundada/>
- OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (ONTSI): "Estudio sobre la Ciberseguridad y Confianza en los hogares españoles", Mayo 2018. Recuperado desde: <https://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/Ciberseguridad%20y%20Confianza%20en%20los%20hogares%20espa%C3%B1oles%20%28mayo%202018%29.pdf>
- PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N.: "Métodos de pago online: ¡A gusto del consumidor!", en *Centro de Estudios de Consumo* [online], 2015. Recuperado desde: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/COMERCIO_ELECTRONICO/M%C3%A9todos-de-pago-online.pdf
- SANTAMARIA, J.: "La segunda Directiva de Servicios de Pago y sus impactos en el mercado", en *Observatorio de Divulgación Financiera* [online], núm. 31, 2018. Recuperado desde: <https://www.iefweb.org/ief/divulgacion-financiera/observatorio-divulgacion-financiera/doc/69>

Páginas web consultadas

- <https://www.economiasimple.net/glosario/pasarela-de-pago>
- <https://www.1and1.es/digitalguide/online-marketing/vender-en-internet/vision-general-sobre-los-pagos-online/>
- <https://woodemia.com/comparativa-mejores-pasarelas-de-pago-ecommerce/>

-

https://elpais.com/economia/2015/05/05/actualidad/1430849127_139850.html

- <https://www.cnmc.es/node/369523>

- <https://miposicionamientoweb.es/servicios-de-pago-tiendas-online/>

- <https://nae.es/el-impacto-de-la-nueva-directiva-europea-de-servicios-de-pago/>

- <https://trustly.com/es/usersupport/>

- <https://trustly.com/es/>

- <https://www.xeridia.com/noticias/que-es-la-psd2-y-cuales-son-sus-implicaciones>

- http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-4961_en.htm

- <https://bbvaopen4u.com/es/actualidad/que-es-una-api-y-que-puede-hacer-por-mi-negocio>

Novedades legislativas en el ámbito de los contratos de viaje

Cristina Berenguer Albaladejo

Prof.^a. Contratada Doctora de Derecho civil

Universidad de Alicante

1. Justificación de la reforma

La reforma del TRLGDCU se justifica por la necesidad de incorporar al Derecho español la *Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados*, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. Con dicha Directiva se pretenden alcanzar varios objetivos: por un lado, eliminar ambigüedades y lagunas existentes desde la aprobación de la Directiva 90/314/CEE, en relación, por ejemplo, con la responsabilidad de los empresarios intervinientes, la modificación de precios o el derecho de desistimiento del viajero; por otro lado, conseguir una mayor armonización de los derechos y obligaciones de los usuarios acabando así con la fragmentación actual que genera mayores costes y obstáculos para el comercio transfronterizo; por último, y como objetivo principal, adaptar el marco legislativo vigente a la evolución del mercado y a las nuevas formas de comercialización y adquisición *on line* de servicios de viaje.

En relación a este último objetivo, debe tenerse en cuenta que nada tiene que ver el mercado de viajes de los años noventa con el actual. Actualmente es el propio viajero el que confecciona su viaje adaptándolo a sus preferencias e intereses. El auge de Internet y la aparición de nuevos modelos de empresas turísticas (metabuscaadores, portales y compañías *low cost*, centrales de reserva al alcance del consumidor o agencias de viajes virtuales) facilitan al consumidor la contratación *on line* de este tipo de servicios, ya sea en forma de *servicios sueltos* o de *servicios combinados*, sin necesidad de acudir físicamente a una agencia de

viajes. Esto ha dado lugar al surgimiento de nuevas combinaciones que no se ajustan exactamente al concepto de viaje combinado recogido en la Directiva 90/314/CEE. Así, han ido ganando terreno paulatinamente los denominados «paquetes dinámicos», los cuales, a diferencia de los paquetes combinados *tradicionales* y preorganizados por la agencia, implican un mayor nivel de customización llegando incluso en ocasiones a ser combinados por completo por el propio usuario y/o adquiridos a diferentes operadores⁸³⁰. Por tanto, ya no es sólo que la agencia diseñe el viaje en función de las indicaciones y preferencias del consumidor, supuesto que el TJCE consideró incardinable en el concepto de viaje combinado⁸³¹, sino que puede darse el caso de que tal combinación «no se produzca siquiera tras la recepción explícita de una serie de indicaciones “directas”, por parte del cliente, sino merced a un proceso automático de “casación” de ofertas realizado vía *Internet*»⁸³². Teniendo en cuenta que la labor organizativa de las agencias se ha venido exigiendo como requisito configurador del viaje combinado, estos supuestos complican la situación a la hora de calificar el contrato celebrado. Y es que en tales casos el empresario podría alegar, como de hecho ocurre, que ha sido el consumidor *motu proprio* y sin ayuda alguna, el que se ha confeccionado el paquete vacacional, limitándose el profesional a presentar una serie de servicios en una determinada web⁸³³.

Tanto los supuestos en que el consumidor contrata los distintos servicios de viaje a través de un único punto de venta o página web, como sobre todo aquéllos en que lo hace a través de varias páginas vinculadas mediante *links*, se sitúan en una especie de zona gris legal porque no está claro su encaje en la definición de viaje combinado ofrecida por la Directiva 90/314/CEE, ni por consiguiente, su protección. En la práctica, dicha incardinación está condicionada a la interpretación que cada Estado lleve a cabo de la normativa, lo que aumenta la

⁸³⁰ Vid., LONDON ECONOMICS, *Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages*, Final report to the European Commission - Health and Consumers DC, noviembre 2009, p. 4. http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/study_consumer_detriment_dyna_packages_en.pdf.

⁸³¹ Sentencia de 30-4-2002, Asunto Club-Tour C-400/00.

⁸³² Así lo expone ÁLVAREZ RUBIO, J., «Ante la posible reforma del régimen jurídico del viaje combinado en la Unión Europea», en *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico: (actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, coord. por Julio Álvarez Rubio / Jorge Luis Tomillo Urbina (dir.), 2011, p. 176.

⁸³³ *Op.cit.loc.cit.*

falta de homogeneidad a nivel comunitario y la inseguridad jurídica para consumidores y empresarios.

La necesidad de aclarar qué combinaciones merecen protección y cuáles no, ha sido uno de los principales motivos por los que se ha adoptado la nueva Directiva 2015/2302. Se trata de una modificación de gran relevancia puesto que se amplía considerablemente el ámbito de aplicación de la Directiva anterior para dar protección a un tipo de viaje distinto al inicialmente previsto en ella, esto es, paquetes personalizados en los que el viajero selecciona los distintos elementos de su viaje y los compra a un único empresario en el mismo proceso de reserva *on line* u *offline* (aun cuando se hubiesen celebrado contratos distintos con los diferentes prestadores de los servicios), o a varios empresarios a través de un proceso de reserva en línea conectado o vinculado⁸³⁴. Además, como principal novedad, junto con los viajes combinados se incluye en el ámbito de aplicación de la ley otro tipo de combinaciones de servicios de viaje denominados «servicios de viaje vinculados», donde los empresarios simplemente facilitan a los viajeros, de manera presencial o en línea, la contratación de servicios de viaje, llevándoles a celebrar contratos con distintos prestadores, inclusive mediante procesos de reserva conectados.

El Proyecto de Ley a través del cual el Gobierno pretende transponer con carácter urgente la Directiva comunitaria (transposición que tenía que haber sido aprobada antes del 31 de diciembre de 2017 y cuya entrada en vigor se preveía para el 1 de julio de 2018), recoge todo lo relativo al ámbito de aplicación en el Capítulo I de su Título Primero. Debido a la trascendencia de esta cuestión y a lo limitado de este trabajo, dedicaremos las siguientes páginas al análisis del mismo, sin perjuicio de que la nueva normativa incorpore otras modificaciones importantes relativas, por ejemplo, a la responsabilidad por incumplimientos contractuales o a las garantías frente a la insolvencia.

⁸³⁴ La Comisión ya advirtió en su *Documento de Trabajo* de 2007 que eran supuestos distintos, por un lado, aquéllos en los que el minorista/organizador ofrecía diferentes componentes de viaje (hotel, alquiler de coches, etc) en su sitio *web*, y por otro, aquéllos en que el minorista/organizador vinculaba su sitio *web* al de otra empresa que ofrecía los servicios (Vid., *Documento de Trabajo* p. 7). Ante las presiones de todos los sectores que respondieron a la segunda consulta pública de la Comisión, la nueva Directiva da cobertura a ambos tipos de supuestos.

2. Estructura de la nueva regulación española de viajes combinados

Los cambios en la regulación del Libro IV del TRLGDCU afectan a casi todos sus preceptos y a su estructura misma. Ahora son cuatro Títulos los que configuran dicho Libro. El primero de ellos sigue dedicado a las «Disposiciones Generales» y se divide en dos capítulos que recogen el ámbito de aplicación (art. 150), las definiciones armonizadas (art. 151) y las disposiciones comunes en materia de responsabilidad que únicamente hacen referencia a los errores en las reservas y se aplican tanto a viajes combinados como a servicios de viaje vinculados (art. 152). El Título II recoge la regulación aplicable exclusivamente a los contratos de viaje combinado, dividiéndose en cinco capítulos donde se tratan la mayoría de cuestiones que la Comisión Europea consideró oportuno revisar (al margen del ámbito de aplicación). A saber: en primer lugar (cap.I), la información que debe proporcionarse a los usuarios de estos servicios tanto antes como después de la celebración del contrato, su carácter vinculante y la carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos informativos exigidos (arts. 153 a 156). Cobra especial importancia la obligación de indicar claramente al consumidor, antes de firmar el contrato, si los servicios que va a adquirir constituyen o no un viaje combinado o unos servicios de viaje vinculados, así como los derechos que le asisten en cada caso (lo que se conseguirá mediante la entrega al viajero de los formularios normalizados contenidos en los anexos que como novedad incorpora también la nueva regulación); en segundo lugar (cap. II), se regulan los cambios contractuales anteriores al inicio del viaje, en particular, lo relativo a la cesión del contrato a otro viajero (art. 157), la revisión de precios (art. 158) y la alteración de otras cláusulas contractuales distintas al precio (art. 159); en tercer lugar (cap. III), la posibilidad tanto del viajero como del empresario de poner fin al contrato antes del inicio del viaje en determinadas circunstancias (art. 160); en cuarto lugar (cap. IV), la responsabilidad por la ejecución deficiente de los servicios contratados (arts. 161-162) y la asistencia al consumidor en problemas (art. 163); y en quinto lugar, la garantía frente a la insolvencia y la garantía general de responsabilidad contractual (arts.164 a 166).

El Título III es el dedicado al nuevo tipo de combinaciones denominadas «servicios de viaje vinculados», y en los dos preceptos que lo componen se regula, por un lado, la obligación de los empresarios que los faciliten de prestar garantías que protejan al viajero frente a su posible insolvencia (art. 167), y por otro lado, la obligación de informar al viajero tanto de la existencia de tal protección, como de que no podrá acogerse a ninguno de los derechos que se aplican exclusivamente a los viajes combinados y de que cada prestador de servicios será el único responsable de la correcta prestación contractual de su servicio, principal diferencia con los contratos de viaje combinado donde hay un único responsable (el organizador) de la correcta ejecución de todos los servicios (art. 168). Por último, el Título IV regula brevemente el plazo de prescripción para presentar reclamaciones y el régimen sancionador (arts. 169-170).

3. Ámbito de protección de la normativa

El nuevo art. 150 menciona en su primer apartado que el Libro IV se aplicará a la oferta, contratación y ejecución de dos tipos de combinaciones: por un lado, los viajes combinados, y por otro lado, los servicios de viaje vinculados. La definición de los mismos se recoge en el artículo siguiente, precepto en el que ahora nos detendremos.

Lo primero que debe quedar claro es que ambos tipos de combinaciones tienen un elemento común, esto es, la combinación de *como mínimo* dos servicios de viaje para el mismo viaje o vacación. Su diferencia reside en la forma en que tales servicios se presentan y son adquiridos por el viajero.

Según el art. 151.1.a), los servicios de viaje susceptibles de conformar una combinación protegida son: 1º) El transporte de pasajeros; 2º) El alojamiento cuando no sea parte integrante del transporte de pasajeros y no tenga fines residenciales; 3º) El alquiler de turismos u otros vehículos a motor o determinadas motocicletas; 4º) Cualquier otro servicio turístico que no forme

parte integrante de un servicio de viaje de los definidos en los tres apartados anteriores (es decir, que sea autónomo y no accesorio)⁸³⁵.

Varias novedades se han introducido aquí: en primer lugar, se ha resuelto el dilema acerca de si era necesario que el viaje incluyese el alojamiento o el transporte imperativamente para quedar protegido. Desde el momento en que se eleva el alquiler de vehículos a motor a la categoría de servicio principal y separado, sin duda se abre la puerta a nuevas combinaciones sin transporte ni alojamiento⁸³⁶. Ahora podrá calificarse como viaje combinado o servicio vinculado de viaje el alquiler del vehículo junto con el alojamiento, o el transporte, o incluso otros servicios turísticos distintos como por ejemplo excursiones, actividades deportivas, entradas a musicales, etc.

Ahora bien, para considerar que esos otros servicios turísticos adicionales (distintos del transporte, alojamiento o alquiler de vehículos) puedan ser un elemento válido para dar lugar a una combinación protegida, han de tener valor por sí mismos (esto es, no ser accesorios a otro servicio principal), y además, cumplir alguno de los siguientes requisitos: o bien representar una proporción significativa igual o superior al 25% del valor de la combinación (este porcentaje se fijaba a modo orientativo en el Considerando 18 de la Directiva 2015); o bien ser anunciados como una característica esencial de la combinación; o bien constituir por alguna otra razón una característica esencial de ésta.

⁸³⁵ Como ejemplos de estos servicios se mencionan los siguientes en la Exposición de Motivos del Proyecto (ap. II): entradas para conciertos, acontecimientos deportivos, excursiones o parques de atracciones, las visitas guiadas, los forfaits de esquí y el alquiler de material deportivo, por ejemplo de esquí, o los tratamientos balnearios.

⁸³⁶ Respecto a esta novedad señala la ASSOCIATION OF BRITISH TRAVEL AGENTS (en adelante, ABTA), que el hecho de considerar expresamente ahora el alquiler de coches como un servicio de viaje distinto y separado (y siempre principal) no tendrá un impacto significativo desde el momento en que siempre se ha considerado como el componente más importante dentro de la categoría de «otros servicios turísticos». Vid., *BIS Consultation on the European Commission's Proposal for a new Directive on Package Travel and Assisted Travel Arrangements*, 2013, obtenida de http://67d8396e010decf37f33-5facf23e658215b1771a91c2df41e9fe.r14.cf3.rackcdn.com/publications/BIS_PTD_Consultation_-_ABTA_Response_-_Final.pdf. No obstante, a nuestro modo de ver el cambio sí es relevante, sobre todo en nuestro ordenamiento jurídico, desde el momento en que se consigue dar cobertura a un mayor número de combinaciones actualmente desprotegidas.

Con este triple criterio alternativo formulado en términos negativos tanto en el art. 151.1.b) *in fine* (referido a los viajes combinados), como en el art. 151.1.e) *in fine* (referido a los servicios de viaje vinculados), se pretende resolver la ambigüedad de la expresión recogida en la normativa anterior (art. 151.1.a.iii) según la cual, podían formar parte del viaje combinado «otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y *que constituyan una parte significativa del viaje combinado*».

De lo que se trataría a fin de cuentas sería de dejar claro que si ese otro servicio de los contemplados en el ap. 4º está funcionalmente subordinado a otro y no tiene valor por sí mismo, no serviría para conformar un paquete protegido por la norma. Así ocurriría, por ejemplo, con el transporte de equipaje realizado como parte del transporte de viajeros, pequeños servicios de transporte como el traslado de los pasajeros como parte de una visita guiada o traslados entre hotel y aeropuerto o estación de ferrocarril, las comidas⁸³⁷, bebidas y los servicios de limpieza facilitados como parte del servicio de alojamiento, o el acceso a instalaciones del hotel como piscinas, saunas, balnearios o gimnasios incluidos en el alojamiento⁸³⁸. También se excluyen los servicios financieros como los seguros de viaje.

Además, la combinación de dos servicios turísticos distintos del transporte, alojamiento y alquiler de vehículos, con independencia de que tengan importancia o valor por sí mismos, no puede dar lugar a una combinación protegida. Para que así fuera, tales servicios tendrían que combinarse necesariamente con el transporte, y/o el alojamiento y/o el alquiler de vehículos. Por tanto, no sería una combinación protegida, por ejemplo, contratar un paquete de submarinismo con todas las comidas y con visitas culturales⁸³⁹. Se plantea la

⁸³⁷ Esto parece zanjar la polémica que, por lo menos entre nuestros autores, se suscitó acerca de si el servicio de manutención en el alojamiento (régimen de pensión completa o media pensión) podía considerarse un servicio no accesorio (aun siendo complementario) teniendo en cuenta que en muchas ocasiones dicho servicio podía alcanzar un valor muy elevado en relación con el de la propia habitación o ser incluso el motivo determinante para que el viajero eligiera un hotel y no otro.

⁸³⁸ Vid., Exposición de Motivos del Proyecto de Ley.

⁸³⁹ En nuestro Derecho hay autores que consideran que deberían aplicarse por analogía la regulación de los viajes combinados a combinaciones que no incluyan alojamiento ni transporte.

duda de si constituirían una combinación protegida dos servicios de viaje de la misma naturaleza (por ejemplo, servicios «Bus & Fly» ofrecidos por algunas compañías aéreas⁸⁴⁰). El hecho de que cuando el legislador define los servicios vinculados de viaje (aunque no los viajes combinados) establezca que han de ser dos tipos *diferentes* de servicios de viaje, hace que nos inclinemos por una respuesta negativa a esta cuestión.

Tampoco estaríamos ante una combinación protegida cuando esos otros servicios sólo han sido seleccionados y contratados después de que se haya iniciado la ejecución de un servicio de viaje contemplado en los ap. 1º, 2º, o 3º del art. 151.1.a). Por ejemplo, después de la llegada del viajero al hotel (reservado como servicio independiente), se añade un tratamiento en el balneario que no estaba incluido en dicho alojamiento (vid., art. 151.1.b. *in fine*).

Por lo que se refiere al alojamiento, se han introducido dos matices que aclaran cuestiones controvertidas. Por un lado, se excluye el alojamiento con fines residenciales (incluido aquél para cursos de idiomas de larga duración); por otro lado, se establece que el alojamiento no ha de ser parte integrante del transporte de pasajeros. Esto significa que si la pernoctación es parte del transporte, el alojamiento no debe considerarse en sí mismo un servicio de viaje (ej. trayecto en transbordador o coche-cama en tren) siempre que predomine claramente el aspecto del transporte o éste sea el elemento principal y el espacio para dormir se ofrezca sólo a los efectos de hacer más cómodo el desplazamiento. En estos casos el transporte sería un servicio único, a diferencia de lo que ocurre en los cruceros donde se agrupan transporte, alojamiento y alimentación como servicios principales e independientes⁸⁴¹.

Así, GÓMEZ CALLE, E., «Viajes Combinados», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, Madrid, 2011, p. 1298.

⁸⁴⁰ Sobre esto puede verse BATUECAS CALETRO, A., «La contratación de viajes vinculados», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6/2016, parte Estudio. Consultado en <http://www.westlaw.com>, BIB 2016\2735.

⁸⁴¹ La referencia a los cruceros que se hace en la Exposición de Motivos es meritoria porque parece que se está admitiendo, si bien de forma incidental o indirecta, que los mismos recaen bajo el concepto de viaje combinado, zanjando así la polémica suscitada respecto a ellos.

Una vez analizados los servicios de viaje que pueden formar parte de un *viaje combinado* o un *servicio de viaje vinculado*, y siguiendo el orden fijado por el legislador, nos detendremos en la definición de ambos tipos de combinaciones (art. 151.1, apartados b y e):

a) Viajes combinados

El apartado b) del art. 151.1 TRLGDCU, a través de la repetición mimética de lo dispuesto en la norma comunitaria, define los viajes combinados como la combinación de al menos dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios:

1º. Son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un *contrato único* por la totalidad de los servicios (*prearranged packages*), o

2º. Con independencia de la celebración de *contratos distintos* con diferentes prestadores de servicios de viaje, esos servicios:

- i) son contratados en un único punto de venta y han sido seleccionados antes de que el viajero acepte pagar. Ejemplo: un viajero accede a una página web que le ofrece una gran variedad de servicios de viaje y formas de combinarlos. El viajero va a reservar el vuelo pero antes de que la transacción se complete, le ofrecen el alojamiento; elige el alojamiento y antes de que esa transacción se complete le ofrecen el alquiler del coche; elige el coche, y una vez elegido, completan la transacción. Aparece entonces una página con el resumen y desglose de los precios de cada servicio y posiblemente se refleja que la transacción contiene una serie de contratos con los diferentes proveedores de servicios. El consumidor hace un único pago por todos los servicios. Tanto si todos los servicios se presentan bajo un único contrato, como si se presentan bajo contratos diferentes con los proveedores de servicios, estaríamos ante un viaje combinado porque todos los servicios se adquirieron dentro del mismo proceso de reserva.
- ii) son ofrecidos o facturados a un precio a tanto alzado o global. Ejemplo: el viajero entra en la página web de una compañía aérea y selecciona la opción de vuelo

más hotel. Después de elegir el vuelo que más le conviene y el hotel que más se adapta a sus necesidades, se le presenta un precio conjunto que incluye ambos servicios (con o sin desglose de los diferentes conceptos).

- iii) son anunciados o vendidos como «viaje combinado» o bajo una denominación similar que denote una conexión estrecha entre los servicios de viaje considerados. Dicha denominación podría ser, por ejemplo, «oferta combinada», «todo incluido» o «paquete turístico o vacacional». Con este supuesto se trataría de evitar casos de publicidad engañosa que induzcan a error a los destinatarios respecto al producto adquirido.
- iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje. Sería el caso de una «caja regalo» para un viaje combinado. La diferencia con los casos anteriores estaría en que en estos se paga antes de haber combinado los distintos servicios de viaje seleccionados previamente por el empresario.
- v) son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios, con quienes se celebra un contrato a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje (*click-through packages*)⁸⁴². Un ejemplo de este supuesto sería el siguiente: el viajero entra en una página web y una vez seleccionado y reservado el alojamiento, con la confirmación de su reserva es invitado a reservar otro servicio de viaje (por ej. alquiler coche) a través de un enlace a la página del otro prestador de servicios, siendo su nombre y datos para el pago transmitidos a dicho prestador de forma que el viajero únicamente tiene que elegir el coche y

⁸⁴² Si esta transmisión de datos se lleva a cabo se considerarán viajes combinados y los viajeros gozarán de todos los derechos previstos en la normativa (en particular, un organizador será responsable de la correcta ejecución de todos los servicios de viaje con independencia de quien los preste). En caso contrario, esto es, si no se transmite ningún dato a pesar de que la reserva se haga a través de un proceso en línea vinculado, se considerarán servicios de viaje vinculados y también caerán bajo el ámbito de aplicación de la norma, pero los viajeros gozarán de una protección menor que más adelante se explicará.

hacer *click* en «confirmar» para realizar la reserva. En estos casos se considera «organizador» al primer empresario que transmite los datos del viajero al segundo. Ambos garantizarán que cada uno de ellos facilite, antes de que el viajero esté obligado por contrato o cualquier oferta correspondiente, la información indicada en los párrafos a) al h) del art. 153.1, en la medida en que sea pertinente para los respectivos servicios de viaje que ofrezcan (art. 153.2). El organizador también facilitará al mismo tiempo la información normalizada por medio del formulario que figura en el anexo II.C. Además, el empresario al que se remiten los datos informará al organizador de la celebración del contrato que dé lugar a la elaboración del viaje combinado para que éste facilite al viajero en un soporte duradero la información a la que se refiere el art. 155.2 TRLGDCU.

Con esta nueva definición se protegen tanto los *paquetes tradicionales organizados por la agencia*, indicando expresamente que será indiferente para considerarlos «viajes combinados» que dicha combinación se haga a petición del consumidor y conforme a sus deseos, o previamente a cualquier contacto con él (ap. 1º), como los *paquetes personalizados o a medida* comercializados en un *único punto de venta* o con *varios empresarios* entre los cuales exista un vínculo comercial, con independencia de que se celebren contratos separados con los prestadores de los distintos servicios de viaje que conformen el paquete (ap.2º).

Por esta razón se define el *contrato de viaje combinado* (art.151, apartado c) como el «contrato por el conjunto del viaje combinado o, si dicho viaje se realiza con arreglo a contratos distintos, todos los contratos que regulen los servicios de viaje incluidos en el mismo». El hecho de que la suma de los diversos contratos que el consumidor celebra con los prestadores de servicios (compañía aérea, hotel y empresa de alquiler de coches, por ejemplo) se califique como «viaje combinado» y no como simple adquisición de servicios sueltos, siempre que concurren *alguno* de los requisitos alternativos de los subapartados i) a v), supone una importante novedad respecto de la situación anterior.

b) Servicios de viaje vinculados

El art. 151.1.e) dispone que se trata de «al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje adquiridos con objeto del mismo viaje o vacación que, sin constituir un viaje combinado, den lugar a la celebración de contratos distintos con cada uno de los prestadores individuales de servicios de viaje, si un empresario facilita: 1º. Con ocasión de una única visita o contacto con su punto de venta, la selección y el pago separado de cada servicio de viaje por parte de los viajeros, o 2º. De manera específica, la contratación de al menos un servicio de viaje adicional con otro empresario, siempre que tenga lugar a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje (*linked travel arrangement*). Cuando se contrata de forma presencial, el empresario ayuda al viajero en la selección de los servicios de viaje y contrata en su nombre; cuando se hace *on line*, o bien posibilita la contratación en su página web, o bien facilita enlaces a las páginas web de los distintos prestadores de servicios. La idea principal es que se trata de un proceso de reserva conectado, siendo indiferente que toda la contratación se lleve a cabo en la página web del empresario facilitador de los servicios, o en varias páginas a las que remite un enlace desde la página de aquél.

Un ejemplo del primer apartado sería aquél en que un viajero visita una agencia de viajes *on line* o física donde le ofrecen una amplia gama de vuelos y alojamientos en el lugar de destino solicitado. El viajero elige un vuelo y paga 300 euros. Tras realizar dicha reserva y pagar el vuelo sigue en la agencia o en la página web y elige un alojamiento pagando 500 euros por él. Un ejemplo del segundo apartado sería aquél en que un viajero reserva un vuelo en la página web de una aerolínea y desde la página de confirmación del vuelo recibe una invitación para reservar un hotel a través de un *link* que le lleva a una empresa de alojamiento donde se le ofrecen habitaciones disponibles para las fechas que estará en el lugar de destino. El viajero introduce de nuevo sus datos y reserva una habitación en esa página web dentro de las 24 horas siguientes a la confirmación del vuelo. La diferencia con el viaje combinado es que en este caso no hay transmisión de datos del viajero de un empresario a otro.

Ambos supuestos se caracterizan por lo siguiente: primero, porque siempre ha de intervenir un empresario que actúe como intermediario (no necesariamente un organizador), facilitando información al consumidor sobre los proveedores de servicios y el contacto entre ellos, formalizando las reservas, o ayudando a la contratación (en caso contrario, se tratará de la adquisición de meros servicios sueltos); segundo, porque el viajero contrata directamente con cada prestador de servicios (o el empresario facilitador contrata en su nombre y le entrega los distintos contratos de cada servicio); tercero, porque estas combinaciones no presentan las características típicas de los viajes combinados (ni precio global, ni selección antes del pago, etc).

La diferente protección legal entre estos servicios y los viajes combinados reside principalmente en que aquí no hay un único responsable de la correcta ejecución de todos los servicios de viaje, en cuanto que organizador, sino que cada prestador de servicios responde de la correcta prestación de su servicio. Además, el viajero no puede acogerse con carácter general a los derechos que se aplican a los viajes combinados. No obstante, los empresarios que los faciliten deben quedar obligados a prestar protección frente a la insolvencia para la devolución de los pagos que perciban, y en la medida en que sean responsables del transporte de pasajeros, para su repatriación, y deben informar a los viajeros en consecuencia a través de los correspondientes formularios de información normalizada.

Por último, los servicios de viaje vinculados deben distinguirse de los casos en que, a pesar de haber un *link* en la página web de un empresario que reenvía a otro proveedor de servicios, el proceso de reserva no está vinculado (esto es, la segunda reserva no es el resultado de una reserva previa hecha por el viajero), sino que a través de dicho enlace se informa a los viajeros sobre otros servicios de viaje de modo general. Por ejemplo, cuando un hotel o el organizador de un acontecimiento incluye en su sitio web una lista de todos los empresarios que ofrecen servicios de transporte a su establecimiento con independencia de cualquier reserva, o si se utilizan «cookies» o metadatos para insertar publicidad en sitios web. En estos casos, los enlaces no permiten formalizar reservas. Un ejemplo sería el siguiente: un viajero entra en *accomodation.com* y se da cuenta de

que en la página principal de la web hay un *link* de *WeflyU.com* anunciando vuelos disponibles. El viajero reserva alojamiento con *accom.com* y cuando su reserva queda confirmada no hay invitación a hacer otra reserva, pero por iniciativa propia regresa a la página principal y pincha el *link* de *WeflyU.com*. Se abre su página principal y el viajero selecciona y reserva los vuelos.

Para finalizar con el ámbito de aplicación de la nueva norma debemos mencionar brevemente los supuestos excluidos (art. 150.2 TRLGDCU):

- a) *Los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados de duración inferior a 24 horas, a menos que se incluya la pernoctación.* Existen opiniones encontradas acerca de esta exclusión que además no existe en todos los Estados Miembros. La Comisión Europea decidió mantenerlos fuera por dos motivos: por un lado, por considerar que al tener un coste inferior es menos necesario proteger a los viajeros en los viajes de corta duración, y por otro, para evitar cargas innecesarias a los operadores. Sin embargo, no es menos cierto que los consumidores pueden verse obligados a afrontar tantos problemas en estos viajes cortos como en cualquier otro viaje combinado. En nuestra opinión, podría haberse adoptado una postura intermedia que evitaría tener que excluir o incluir de plano los viajes de menos de 24 horas. Se podría haber atendido al criterio del *precio del viaje* para decidir si los viajes de menos de 24 horas que combinen como mínimo dos prestaciones principales (distintas del alojamiento), deberían quedar o no protegidos. Y aun en caso de estarlo, podría haberse restringido su protección de forma que el organizador quedara exonerado de garantizar el riesgo de insolvencia en este tipo de viajes⁸⁴³.
- b) *Los viajes combinados que se ofrezcan y los servicios de viaje vinculados que se faciliten, de manera ocasional y sin ánimo de lucro a un grupo limitado de viajeros:* el primero de estos tres requisitos es el más inconcreto porque no se ha determinado cuántos

⁸⁴³ Éste es el sistema seguido en Alemania tal y como expone GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de...*, cit., p. 78. Señala esta autora que en Alemania estos viajes cortos se someten a la normativa de los viajes combinados siempre que comprendan dos prestaciones principales; la única excepción a esta aplicación general es que al organizador se le exonera de la obligación de garantizar el riesgo de insolvencia cuando el viaje dure menos de 24 horas, no comprenda ninguna pernoctación y tenga un precio inferior a 150 marcos alemanes (debiendo concurrir las tres circunstancias cumulativamente).

viajes hay que organizar para que se entienda que el organizador es ocasional⁸⁴⁴. Nuestro legislador debería haber concretado la norma en vez de limitarse a copiar la Directiva. Esta exclusión conlleva que si por ejemplo una iglesia o un club deportivo organizan un viaje para sus fieles o socios, dicho viaje combinado no estará protegido siempre que el empresario no actúe con ánimo de lucro. En consecuencia, el organizador (iglesia o club) no responderá ni de la incorrecta ejecución del viaje, ni de su posible insolvencia, debiendo los viajeros reclamar directamente a los prestadores de servicios. Ahora bien, teniendo en cuenta que los requisitos son concurrentes, el viaje vendido u ofrecido por un organizador ocasional que sí tenga ánimo de lucro, estaría protegido por la normativa y éste tendría que asumir responsabilidades.

- c) *Los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión*: debe quedar claro que no se excluyen los viajes de negocios en general, sino sólo los casos en que las grandes empresas u organizaciones elaboran sus fórmulas de viaje sobre la base de un convenio general celebrado para un período específico por ejemplo con una agencia de viajes. Este último tipo de combinaciones no requiere el nivel de protección previsto para los consumidores porque se entiende que los grandes empresarios ya habrán pactado buenas condiciones en ese *contrato marco* o *convenio general* que acabarán disfrutando los trabajadores que viajen en nombre de la empresa. Sin embargo, los profesionales liberales o autónomos o los representantes de pequeñas empresas que reservan viajes relacionados con su negocio o profesión a través de los mismos canales de reserva que los consumidores, sí quedarán protegidos.

⁸⁴⁴ A modo de ejemplo, en el Derecho alemán se considera organizador ocasional a aquél que organiza no más de dos viajes al año. GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de...*, cit., pp. 88-89, nota 41.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RUBIO, J. (2011) «Ante la posible reforma del régimen jurídico del viaje combinado en la Unión Europea», en Julio Álvarez Rubio (coord.)/Jorge Luis Tomillo Urbina (dir.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico: (actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, Madrid, Civitas, pp. 163 y ss.

ASSOCIATION OF BRITISH TRAVEL AGENTS (2013), *BIS Consultation on the European Commission's Proposal for a new Directive on Package Travel and Assisted Travel Arrangements*, obtenida de [http://67d8396e010decf37f33-5facf23e658215b1771a91c2df41e9fe.r14.cf3.rackcdn.com/publications/BIS_PTD_Consultation - ABTA Response - Final.pdf](http://67d8396e010decf37f33-5facf23e658215b1771a91c2df41e9fe.r14.cf3.rackcdn.com/publications/BIS_PTD_Consultation_-_ABTA_Response_-_Final.pdf)

BATUECAS CALETRIO, A., «La contratación de viajes vinculados», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº6/2016, parte Estudio, BIB 2016\2735. Consultado en <http://www.westlaw.com>.

EUROPEAN COMMISSION, *Working Document on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours*, Bruselas, 26 de julio de 2007.

GÓMEZ CALLE, E., «Viajes Combinados», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. S. CÁMARA LAPUENTE, Madrid, 2011, pp. 1296 y ss.

LONDON ECONOMICS, *Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages*, Final report to the European Commission - Health and Consumers DC, noviembre 2009, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/study_consumer_detriment_dynamic_packages_en.pdf.

¿Nuevos horizontes en el Derecho de Daños?: «Responsabilidad Civil y *Compliance Officer*». Primeras notas de la investigación⁸⁴⁵

Juan Carlos Velasco-Perdigones

Abogado. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz. Doctorando en Ciencias Sociales y Jurídicas (UCA). Máster Universitario en Derecho de Seguros (UNED). Máster en Responsabilidad Civil (UGR). Miembro de la Asociación IVS CIVILE SALMANTICENSE (USAL)

I. INTRODUCCIÓN

Tras las sucesivas reformas del Código Penal, en España se ha venido a introducir en nuestro ordenamiento jurídico (*ex novo*) una institución que no existía, la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se viene a obligar por la presión internacional el nacimiento de este tipo de responsabilidad ante el auge de prácticas poco éticas por las organizaciones y empresas. Tales reformas se introducen en nuestro ordenamiento jurídico mediante dos Leyes Orgánicas (2010 y 2015) que modifican el Código Penal y que vienen a intentar abrir el camino hacia la ética empresarial. Con el nacimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se ha incrementado en el mercado la oferta de servicios de cumplimiento de sistemas de prevención penal, que han venido a tener por objeto la aminoración del riesgo penal con el objetivo establecido en la reforma penal: la exención o atenuación de la imposición de una pena a la persona jurídica. Es una realidad actual la que estamos viviendo con el novedoso sistema creado para evitar la sanción penal a una persona jurídica, teniendo como eje central la correcta implantación de una organización efectiva, mediante un Plan de Prevención del delito. La cuestión se complica cuando el vigente Código Penal y la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado imponen para evitar tal

⁸⁴⁵ El presente trabajo trata ser una aproximación a las cuestiones que han surgido respecto a la responsabilidad civil del *Compliance Officer*. Una serie de cuestiones previas que emanan de la investigación del autor en base al avance de su proyecto de tesis doctoral.

responsabilidad, el contar con un eficaz sistema preventivo de delitos, surgiendo una novedosa figura profesional: el *Chief of Compliance*, *Compliance Officer* u Oficial de Cumplimiento Normativo, entre otras definiciones. Este perfil tan novedoso y de tanta actualidad viene a poner en cuestión determinadas situaciones relacionadas con la relación jurídica existente entre el *Compliance* y la persona jurídica que desea contar con sus servicios. Una de las cuestiones más interesantes y a su vez más compleja, por no existir regulación legal al respecto, es la responsabilidad civil que pudiera incurrir este profesional. Surgen numerosas dudas y es necesaria la investigación profunda del sistema para así proponer las reformas legislativas correspondientes. Son muchos los interrogantes e incertidumbres que hay respecto a esta nueva realidad profesional y que en este trabajo trataremos de sacar a la luz las cuestiones más relevantes de esta nueva realidad en el Derecho de daños. Ha de quedar claro que partimos de la inexistencia de regulación legal y de la nula producción científica en la materia. Se habla mucho desde el ámbito comercial sobre los planes de prevención de delitos con el surgimiento de numerosas ofertas de servicios profesionales y consultorías sobre este tipo de trabajos cualificados, pero nunca nos hemos detenido a pensar sobre la responsabilidad civil que pudiera derivarse de una mala praxis en el profesional del *compliance* que conlleve como resultado la condena penal de la persona jurídica y de consecuencias irreparables.

Dentro de la responsabilidad civil debemos de estudiar la relación jurídica existente entre el profesional *Compliance Officer* y la persona jurídica, para después adentrarnos en el sistema de responsabilidad civil de este nuevo perfil. Habrá que diferenciar una posible relación laboral y las consecuencias civiles por su mala praxis en la implantación o supervisión de un sistema preventivo de delitos en el seno de una persona jurídica o la posible relación profesional desde el ámbito puramente civil o mercantil. También es importante analizar la realidad contractual entre dicho profesional y la organización para posteriormente determinar su sistema de responsabilidad. Este estudio será un cuestionamiento de las preguntas que debemos de hacernos y que hemos de

buscar solución para proponer una modificación o creación de un estatuto básico profesional que englobe el sistema de responsabilidad civil.

II. NOTAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN COMPLIANCE OFFICER & PERSONA JURÍDICA

2.1 Consideraciones previas

Hemos de partir como hemos venido manifestando en la introducción que no existe regulación legal alguna de la figura de *Compliance Officer*⁸⁴⁶, entendiéndose a este como el profesional que desarrolla el sistema de cumplimiento normativo en el seno de una organización con el objeto de exonerar o aminorar el riesgo penal y que la persona jurídica quede excluida de responsabilidad penal conforme a lo establecido en el art. 31 ss. del vigente Código Penal. Fue mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁸⁴⁷ cuando se introduce en el ordenamiento jurídico español la figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica, antes inexistente en nuestro sistema jurídico. Dada la escasa regulación emanada de la reforma, posteriormente en el año 2015 se viene a dar un desarrollo más amplio a este tipo de responsabilidad mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁸⁴⁸. En ésta última reforma se hizo especial hincapié en los modelos de organización y gestión, también denominados como Planes de Prevención penal, con su regulación en el art. 31 bis CP. Dicho precepto viene a disponer a cerca de «los deberes de supervisión, vigilancia y control». Así mismo, en el citado precepto se viene a regular la

⁸⁴⁶ No existe una definición legal de *Compliance Officer*. Es un término anglosajón y de hecho la reforma penal no hace alusión alguna a este profesional de forma directa, sino que hay que extraerlo de la propia norma al señalarse que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado se haya confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar. La definición puede ser diversa y heterogénea como también las funciones de dicho experto en prevención. Al carecer la figura de un marco legislativo propio no podemos dar una definición a partir de la ley, sino que hemos de intuir el concepto a partir de las concretas funciones.

⁸⁴⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 152 de 23 de junio de 2010

⁸⁴⁸ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 77 de 31 de marzo de 2015

atenuación y exención de responsabilidad penal siempre que se dé una serie de condiciones. En relación al objeto de estudio dos de estas condiciones son: que «el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» y la «supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica». Estamos hablando de los denominados Planes de Prevención de delitos que la norma penal denomina como «modelos de organización y gestión», los cuales han de incluir medidas de vigilancia y control idóneas con el objeto de prevenir una eventual responsabilidad criminal con la correspondiente pena⁸⁴⁹ y conforme al tipo delictivo que pueda encuadrarse la responsabilidad⁸⁵⁰.

A raíz de la reforma del Código Penal con el consiguiente nacimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha venido surgiendo toda una corriente de profesionales⁸⁵¹ del sector del cumplimiento para hacer valer los denominados «modelos de organización y gestión» que alude el art. 31 bis del Código Penal. No podemos negar que el *Compliance Officer* no sea un profesional, pues profesionales independientes, consultoras, entidades mercantiles, con un alto grado de especialización están ofreciendo al mercado sus servicios a las organizaciones la puesta en funcionamiento de los denominados sistemas de cumplimiento, así como la posterior vigilancia y control. La realidad social y económica está tomando conciencia de esta novedosa situación, pero

⁸⁴⁹ Las penas que pueden imponerse a la persona jurídica vienen catalogadas en el art. 33.7 CP

⁸⁵⁰ No todos los delitos existentes en el Código Penal pueden ser cometidos por la persona jurídica, sólo aquellos que así se disponen de forma expresa y que tienen una expresa incidencia en las relaciones de dicho organismo.

⁸⁵¹ Han surgido asociaciones de profesionales del cumplimiento como: la Asociación Española de Compliance <https://www.asociacioncompliance.com/>; la World Compliance Association <http://www.worldcomplianceassociation.com/>; la Asociación de Profesionales de Cumplimiento Normativo <https://www.cumplen.com/>; la Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance <http://www.aeaecompliance.com/>

desconociéndose el nivel de responsabilidad de aquellos que ofrecen el servicio a las personas jurídicas destinatarias y vinculadas por la reforma penal.

Consideramos que para adentrarnos al sistema de responsabilidad civil del profesional del cumplimiento, hemos de partir de la naturaleza jurídica de la relación vinculante entre el profesional y la persona jurídica. A partir del análisis de dicha naturaleza comenzar a construir el sistema de daños de esta nueva profesión. Las funciones más importantes de este nuevo profesional son las encaminadas al diseño e implantación del sistema de prevención penal con el objeto de detectar y gestionar los riesgos penales a partir de la autorregulación de la organización. La eximente y atenuante regulada en el Código Penal y a la que anteriormente hemos hecho alusión pone como condicionante la encomienda a un órgano independiente y autónomo la supervisión, gestión y control del modelo de prevención, tras la adopción por parte del órgano decisorio de la persona jurídica.

Son muchas las cuestiones que nos surgen a la hora de abordar la temática objeto de investigación principal. Hemos de partir en todo caso de la naturaleza jurídica de la relación entre el profesional o experto en cumplimiento y la persona jurídica. Pero para llegar a la naturaleza jurídica, hemos de tomar como base el elenco de funciones que le son propia al *Compliance Officer*. Las concretas funciones de este no han sido detalladas en la reforma penal, sino que hemos de partir de protocolos como las normas de estandarización como la ISO 19600:2015. Éstas no tienen la consideración de normas jurídicas y por tanto no forman parte del ordenamiento jurídico, sino que son como “protocolos” o “directrices” para la implantación de un sistema de *compliance* con un mínimo de calidad. Por tanto, como primera premisa previa a la naturaleza jurídica es determinar las concretas funciones del profesional. Si partimos de la reforma penal diferenciamos a groso modo dos bloques: en materia de modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos y acerca de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado confiada. Estos son los dos bloques fundamentales a los que se refiere la norma penal y sobre el que va a girar el ámbito competencial del profesional. También es importante delimitar las funciones del profesional con

las concretas funciones y competencias de la persona jurídica, pues ésta tiene una competencia exclusiva que es la de adoptar de forma inequívoca un verdadero sistema de cumplimiento y de creación de una cultura ética empresarial. De hecho, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado viene a poner de relieve que la persona jurídica no puede adoptar un modelo preventivo meramente instrumental, sino que debe ir encaminado a una verdadera cultura ética.

2.2 Primer acercamiento a la naturaleza jurídica

No hay lugar a dudas que la función principal del *Compliance Officer* es una prestación a favor de la persona jurídica que tiene como obligación una contraprestación normalmente pecuniaria. La persona jurídica demanda cumplir con el contenido del art. 31 bis CP, mediante tres grandes bloques: implantación de sistemas de prevención penal; vigilancia y control de dicho sistema; la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención. Todo ello con el objeto de aminorar o exonerar el riesgo penal al que hipotéticamente puede concurrir la organización.

Puede existir un encargo a un profesional, experto o perito en la prevención penal para que lleve a cabo los mecanismos correspondientes para dotar a la persona jurídica de una verdadera cultura del cumplimiento. Podemos movernos en una relación recíproca entre *Compliance Officer* y persona jurídica, que normalmente va a ser a través de una base contractual. El Código Civil, no da un concepto de contrato, sino que en su art. 1254 se viene a establecer que: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». Está claro que tenemos dos partes diferenciadas, por un lado la persona jurídica y el *Compliance* en la que ambos pueden obligarse de forma recíproca. El profesional estará obligado a la prestación de un concreto servicio de cumplimiento y la organización al pago por dicha prestación, entre otras obligaciones. Por ello, podemos decir que estamos ante un contrato de prestación de un determinado servicio. Dicho servicio engloba todo lo relacionado con el sistema de cumplimiento en aras de hacer

valer el art. 31. bis CP y cuya finalidad es evitar el riesgo penal y una eventual condena a la persona jurídica, cometido encomendado de forma específica a un órgano autónomo como es el *Compliance Officer*.

La relación contractual entre el profesional y la persona jurídica, puede delimitarse de diferentes modalidades contractuales: por un lado cabe preguntarnos si estamos ante una relación contractual laboral influenciado por el régimen jurídico laboral, o por una relación contractual de arrendamiento de servicios o una relación contractual de un contrato arrendamiento de obra o un mandato o por la relación contractual mercantil. Cada una de estas modalidades contractuales es necesario analizar detenidamente para poder extraer la modalidad o modalidades que más se adecúan a la naturaleza de la relación jurídico-contractual entre el profesional del cumplimiento y la persona jurídica que demanda los servicios. Lo que no cabe duda es que la relación entre el profesional y la persona jurídica tiene como base un contrato, independiente de la forma en que se celebre.

Puede existir una relación laboral al amparo de lo establecido en el art. 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El *Compliance Officer* puede ser catalogado como un trabajador cualificado que es contratado laboralmente por la persona jurídica con las claras funciones de cumplimiento. Como requisitos impone el propio ET las características notas de laboralidad contenida en el art. 1.1 del citado cuerpo legal. Es decir, se requiere: voluntariedad, retribución de los servicios por cuenta ajena (ajenidad), dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa (ya sea persona física o jurídica). Cumpliendo tales requisitos podemos encontrarnos ante una relación laboral y que dota al *Compliance Officer* de un estatuto distinto a si la relación es civil o mercantil.

El contrato de arrendamiento de servicios y el de obras viene a darse una noción básica en el art. 1544 CC donde viene a establecerse que: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto». Para el arrendamiento de servicios, el

Compliance Officer es el arrendador del servicio que va a prestar a la persona jurídica y ésta a su vez a pagar un precio cierto. Sin embargo, en el contrato de arrendamiento de obras, el *Compliance* se obliga respecto a la persona jurídica que abona un precio, a la obtención de un claro resultado. A groso modo, en las tres funciones generales y básicas que señala el Código Penal respecto al sistema de cumplimiento, podemos decir que la implantación o elaboración de los mecanismos de un sistema de prevención penal puede catalogarse como un contrato de arrendamiento de obra, ya que es claro que debe de obtenerse como resultado la creación de un compendio normativo autorregulatorio que posteriormente la persona jurídica someterá a decisión. Sin embargo, la vigilancia y control de dicho sistema y la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención podría encuadrarse dentro de las características de un contrato de arrendamiento de servicios. Si esta relación se da en el ámbito laboral, dejamos de lado el régimen jurídico civil y sería de aplicación el régimen laboral. Estas dos grandes modalidades contractuales habría que diferenciarlas del mandato, que también es una modalidad contractual en la prestación de un servicio. La situación se complica cuando en la realidad actual observamos que existen consultorías y empresas especializadas que ofrecen los servicios de prevención penal. ¿Estaremos ante una modalidad contractual mercantil?

Por tanto, podemos decir que la naturaleza jurídica de la relación *Compliance Officer &* persona jurídica no se encuentra claramente delimitada y que tiene notas características de diversas modalidades contractuales que a su vez es la que va a determinar el régimen de responsabilidad civil. Dependiendo de la relación contractual y su régimen jurídico estaremos ante una determinada responsabilidad civil y la configuración de la misma. Son muchas las preguntas que surgen a la hora de abordar la temática y que es necesario profundizar en los interrogantes que vamos desgranando a lo largo de este estudio y que dejamos para la conclusión de la investigación doctoral.

III. ¿APROXIMACIÓN A UNA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL COMPLIANCE OFFICER?

La responsabilidad civil existe desde que nace un daño. Evidentemente si por la actuación del *Compliance Officer* se produce un daño, existirá responsabilidad civil y por tanto la obligación de resarcirla. En nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad puede ser de dos tipos: la responsabilidad contractual contenida en el art. 1101 y siguientes del Código Civil y la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC. Habrá que deslindar los dos tipos de responsabilidades en el seno de la relación entre *Compliance Officer* y la persona jurídica.

Nuestro ordenamiento, como hemos manifestado anteriormente, diferencia la responsabilidad contractual y la extracontractual, diferenciándose en el origen. Pues la primera nace o emana del contrato, mientras que en la extracontractual sólo presupone un daño, con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes. En la relación contractual se obliga al *Compliance Officer* a cumplir de forma diligente las obligaciones nacidas del propio contrato, por lo que se le impone el deber de diligencia en la ejecución de sus competencias contractuales. No obstante, podemos decir que no es fácil deslindar el tipo de responsabilidad que existe en una relación entre *Compliance Officer* y persona jurídica.

Podemos adelantar que pueden concurrir conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual como ha venido manteniendo la Doctrina jurisprudencial en supuestos como la responsabilidad médica, basado en que ambos preceptos son compatibles al tomarse como base el principio del Derecho Romano «neminem laedere» (no debe causarse daño a nadie). Por tanto, existe un deber de cumplir el contrato sin causar daño a nadie. La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual ha venido siendo tratada procesalmente por la jurisprudencia en base al principio pro actione. La jurisprudencia⁸⁵² admite que la acción por responsabilidad contractual y la acción extracontractual frente a quien causa un daño antijurídico. La responsabilidad contractual que deriva del art. 1101 CC viene a regular la acción de indemnización por el daño patrimonial

⁸⁵² STS de 29 de noviembre de 2005

sufrido. El Tribunal Supremo⁸⁵³ ha venido determinado los requisitos de dicha responsabilidad, concretándose en: la preexistencia de una obligación, el incumplimiento de la misma debido a la culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no existir caso fortuito o causa mayor, la realidad de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos. Por otro lado, el propio Tribunal Supremo⁸⁵⁴ en un supuesto de responsabilidad civil de un abogado, vino a señalar que «la responsabilidad extracontractual queda reservada a aquellos supuestos en que la conducta caiga fuera de la órbita contractual, por intervenir no en virtud de un contrato oneroso, sino por relaciones de amistad o parentesco, sin recibir contraprestación alguna».

En definitiva, podemos decir que para dar solución al encuadramiento en alguna de estos dos tipos de responsabilidad habrá que estar a la naturaleza de la relación. Sin embargo, el Tribunal Supremo desde el plano procesal le ha dado solución mediante la denominada doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades. Queda también claro que el *Compliance Officer* es un profesional del cumplimiento con una formación experta y podemos decir que se encuadra dentro de lo que se denomina responsabilidad civil profesional, ya que el profesional de la prevención se obliga a prestar un determinado servicio y que deberá de desempeñar sus funciones conforme a la diligencia debida.

Podemos decir que para que exista una responsabilidad del profesional del cumplimiento deben darse una serie de requisitos: existencia de una acción u omisión culposa, el incumplimiento de los deberes u obligaciones profesionales; existencia de prueba que acredite dicho incumplimiento; la acreditación de un daño efectivo a la persona jurídica que haya conllevado a un proceso penal y una condena o la disminución de la posibilidad de defensa de la persona jurídica, la pérdida de oportunidades derivada de su conducta; la existencia de un daño patrimonial o reputacional y la necesidad de nexo causal entre la actuación del profesional, el daño y el resultado dañoso.

⁸⁵³ STS de 3 de julio de 2001

⁸⁵⁴ STS de 16 de diciembre de 1996

3.1 Obligación de medios y de resultados

Resulta fundamental en la responsabilidad civil determinar si la obligación del *Compliance Officer* es una obligación de medios o una de resultados. Ello va a depender de la naturaleza jurídica del vínculo que le une a la persona jurídica que contrata los servicios de prevención penal.

En otro orden de cosas, es importante en el derecho de daños profesional el adentrarnos en la naturaleza de la obligación a la que está expuesta el profesional de la prevención penal. Hablamos de la distinción entre la obligación de medios o la obligación de resultados, que va catalogarse según la naturaleza de la relación entre el profesional y la persona jurídica. En tal sentido, si el profesional tiene encomendada la obtención de un resultado como puede ser la elaboración de un *Compliance* Programa, estaríamos ante una obligación de resultados. Por tanto, estaría a la obligación de obtener un resultado propio de su trabajo. Sin embargo, la obligación de medios hace referencia a la puesta en marcha de los mecanismos y medios a su alcance, conforme a su profesionalidad, no para la consecución de un resultado determinado, sino al empleo de todos los medios a su alcance para llevar a cabo una función de cumplimiento. En este supuesto, estaríamos ante las funciones propias de vigilancia y control que conlleva el empleo de sus conocimientos expertos para impedir que la conducta delictiva que eventualmente pudiera producirse en el seno de una persona jurídica se vea aminorada o detectada a tiempo. El *Compliance* debe de utilizar los medios, conocimientos e instrumentos para la aplicación del modelo de prevención penal y evitar así la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por ello, podemos afirmar que el encargado de cumplimiento no tiene la obligación de prevenir la comisión de cualquier actividad delictiva, sino a actuar con la diligencia debida como un buen profesional.

Podemos decir que en las funciones que conllevan una obligación de medios, el *Compliance Officer* va a estar circunscrito a la *Lex Artis*, debiendo de observar las técnicas propias de sus funciones. Debemos de indicar que la complejidad es tal que al no existir un cuerpo jurídico de este profesional, no podemos definir cuales son las técnicas propias de sus funciones. La obligación derivada del contrato por

parte del profesional será la de actuar de forma diligente conforme a las características y naturaleza de su prestación, evitando que la conducta delictiva de la persona jurídica pueda ser imputable a una negligente aplicación de los modelos de organización implantados.

3.2 La relación laboral

Como hemos mantenido, las funciones propias de *Compliance Officer* pueden ser desarrolladas por un profesional con una relación laboral con la persona jurídica, mediante los distintos tipos contractuales existentes en el ámbito laboral. Lo que ocurre es que dicho profesional habría que dotarlo de mecanismos que garanticen su plena independencia, ya que no hay que olvidar que se encuentra vinculado al empresario y a veces puede verse mermada su autonomía y dependencia. Sería importante establecer en el contrato una serie de mecanismos que den la garantía de protección a dicho profesional y que el contrato pueda verse blindado con el objeto de evitar injerencias en el seno de las decisiones que acometa en el desempeño de sus funciones.

En caso de que su relación contractual con la persona jurídica sea contractual bajo un régimen laboral, hay que señalar que el régimen de la responsabilidad civil es totalmente distinto, al menos hasta que no se cree en España un Estatuto jurídico de la figura tal y como existe en el ámbito de la Abogacía. La responsabilidad del *Compliance Officer* empleado debe de regirse por lo dispuesto en las normas laborales que le son de aplicación, concretamente el Estatuto de los Trabajadores como de si otro trabajador se tratara. Ni que decir tiene que hay que catalogar la relación como laboral conforme a las notas contenidas en el art. 1 ET.

La doctrina ha venido partiendo de la responsabilidad contractual, ya que lo que une al empresario con el trabajador es el contrato de trabajo. En la cuestión relativa al resarcimiento del daño causado por el trabajador, se ha venido manteniendo por la doctrina y jurisprudencia diversas tesis.

Por un lado, se ha venido a defender la aplicación supletoria del art. 1101 CC y que ciertos autores han venido a señalar que contraviene los principios derivadores de una responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de sus deberes laborales. Es decir, los incumplimientos laborales tienen como mecanismo la vía disciplinaria y no la indemnizatoria. Por otro lado, puede resultar aplicable el art. 1101 CC en supuestos en los que no quepa la ejercitar la potestad disciplinaria. Por último, puede aplicarse de forma supletoria el art. 1101 CC cuando el incumplimiento del trabajador exceda de los márgenes de la imprudencia profesional. En esta última, admite la jurisprudencia⁸⁵⁵ únicamente la culpa o negligencia en la conducta del trabajador con carácter de gravedad, cualificación o de entidad suficiente, que en palabras de CAMAS RODA, F⁸⁵⁶ sería: «grave, cualificada o de entidad suficiente» palabras “que no todo error, fallo, u olvido del trabajador da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios que cause su actuar, lo que obliga a estar a las circunstancias de cada caso para valorar el grado de desatención de las medidas y cuidados exigibles a todo trabajador».

Por tanto, debemos de considerar, al igual que ha venido considerando el propio TS, que al trabajador no se le puede aplicar la responsabilidad contractual del ordenamiento civil, sino que atendiendo a que existe un deber laboral básico de cumplir la relación laboral bajo los principios de la buena fe y la diligencia debida, el empleado es responsable de sus actos. Dicha responsabilidad debe ser diferenciada de la potestad disciplinaria que la empleadora dispone. Por ello, en la responsabilidad civil del trabajador, debe de existir un plus de gravedad, en el que estemos ante un claro incumplimiento doloso o que la negligencia sea muy grave, puesto que para la negligencia menos grave y leve en el régimen laboral se dispone del sistema disciplinario.

⁸⁵⁵ STS de 14 de noviembre de 2007

⁸⁵⁶ CAMAS RODA, F “La responsabilidad civil por daños en el derecho del trabajo”, XXIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre “La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales”, en Girona, los días 16 y 17 de mayo de 2013, p.10

En base a lo anterior, podemos decir que el *Compliance Officer* que tiene una relación laboral con una persona jurídica le es aplicable la doctrina jurisprudencial anteriormente reseñada. En tal sentido, hemos de estar a la acción generadora de daño por parte del trabajador en cumplimiento. Dicha acción dañina debe de ser catalogada como dolosa o negligente, pero no cualquier tipo de negligencia, sino que ha de ser muy grave. Fuera de dichos supuestos, no estaríamos ante una responsabilidad civil del empleado, sino en una corrección disciplinaria que ha de ventilarse por los trámites del propio sistema disciplinario, pudiendo conllevar el despido procedente.

IV. CONCLUSIONES

No hay duda que el *Compliance Officer* es un profesional cualificado de la prevención penal en el seno de la persona jurídica, creado en el ordenamiento jurídico español *ex novo*, a raíz de dos reformas del Código Penal con el origen de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Este nuevo profesional carece de un estatuto jurídico propio o unas normas reguladoras del desempeño de sus funciones, por lo que viene a resultar muy complejo poder determinar el régimen jurídico aplicable a la relación con la persona jurídica, lo que determina que sea el contrato la base principal de los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Las funciones que se le pueden encomendar a esta profesional son muy diversas, pero que de forma genérica a partir de la reforma penal podemos extraer la elaboración del modelo de organización y gestión, por un lado y por otro la vigilancia y control.

Las funciones deben de estar correctamente especificadas en el instrumento jurídico que regule las relaciones de las partes, ya que el sistema de cumplimiento de una persona jurídica es algo muy complejo y cargado de responsabilidad para el *Compliance*. Por ello, es necesario que las partes detallen las obligaciones y funciones para posteriormente determinar el régimen de responsabilidad civil. Resulta claro que si el profesional produce un daño, tiene la obligación de repararlo de forma íntegra. Es importante analizar dicho daño, así como los

elementos que intervienen en su producción, siendo la fuente fundamental la teoría general de la responsabilidad civil profesional.

Es importante deslindar la responsabilidad civil contractual de la extracontractual y analizar los elementos de cada una de ellas para así poder catalogar el tipo de responsabilidad del *Compliance*. Es importante, de forma previa a lo anterior, analizar la relación jurídica existente entre la persona jurídica y el responsable de cumplimiento normativo, ya que será al base de un tipo u otro de responsabilidad. Si la relación es laboral parece ser que es más fácil determinar el régimen de responsabilidad, ya que al tratarse de una relación contractual laboral es de aplicación el sistema de daños laboral. De lo contrario, la duda y la incertidumbre se apodera del investigador.

Es por lo anterior por lo que entendemos que se abren nuevos horizontes en el derecho de daños, ya que nunca se había abordado por los investigadores este tipo de responsabilidad *ex novo*. Nuestra investigación doctoral tiene como base el estudio de este tipo de responsabilidad y que deja en multitud de interrogantes. Deberemos de esperar a la finalización de la investigación doctoral para revelar el nuevo sistema de responsabilidad civil de un nuevo profesional que queda mucho por avanzar e investigar: el *Compliance Officer*.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV, JUANES PECES, A (Dir.) *Compliance Penal*. Francis Lefebvre. Madrid. 2017

CAMAS RODA, F “La responsabilidad civil por daños en el derecho del trabajo”, XXIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre “La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales”, en Girona, los días 16 y 17 de mayo de 2013

ENSEÑAT DE CARLOS, S *Manual del Compliance Officer*. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2016

MATEOS EXPÓSITO, GA “La responsabilidad civil del *compliance officer* en la aplicación de los programas de prevención de delitos y la nueva eximente de

responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil

NAVARRO HIDALGO, M.V «Introducción» en AA.VV, GIMÉNEZ ZURIAGA, I (Dir.) *Manual Práctico de Compliance*, Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2017

La escritura pública de separación y divorcio

VALENTÍN NAVARRO CARO

Universidad de Sevilla

1. Consideraciones previas

La atribución a los Notarios para conocer de la separación y divorcio en determinados supuestos ha sido, para muchos autores, la gran reforma o novedad que ha traído la LJV a nuestro Ordenamiento Jurídico⁸⁵⁷.

Reforma o novedad que no surge *ex novo*. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA⁸⁵⁸, con acierto, encuentra un antecedente remoto del divorcio notarial en el llamado “divorcio administrativo”, cuyo origen se remonta al Código soviético de 1926. Asimismo, acudiendo al Derecho comparado, este autor apunta que ya en la década de los 90, países como Cuba, Colombia, Brasil o Ecuador, introdujeron el divorcio notarial en sus Ordenamientos

NÚÑEZ IGLESIAS, por su parte, con una visión más crítica de la reforma, busca los antecedentes de la misma en el Derecho español y sostiene que, en materia de crisis matrimonial, se viene produciendo en España un lento (pero constante) proceso de *desjudicialización* de la separación y del divorcio y, correlativamente, un proceso de promoción de la autonomía privada⁸⁵⁹. Identifica este autor cuatro grandes hitos en este proceso de *desinstitucionalización*⁸⁶⁰ de la relajación y disolución del vínculo matrimonial: la posibilidad de instar la demanda conjunta de divorcio abierta por la Ley 30/1981, de 7 de julio; la admisión jurisprudencial

⁸⁵⁷ Por todos, NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. “Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza” [en línea]. Disponible en: www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/184/135 [consulta: 2 de mayo de 2018].

⁸⁵⁸ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante Notario en España: entre su oportunidad política y su exigencia constitucional” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Separaciones y divorcios ante notario*. Madrid: Reus. 2016, p. 48.

⁸⁵⁹ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *Op. cit.*

⁸⁶⁰ El término es del NÚÑEZ IGLESIAS y con él alude en el artículo citado a la pérdida de carácter público de la relación matrimonial. Desde la LJV, sostiene, el divorcio pasa a ser una especie de mutuo disenso entre los cónyuges por el que acuerdan resolver el contrato matrimonial.

de los pactos por los que se disciplina la separación matrimonial; la desaparición del divorcio causal mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio; y, finalmente, la atribución competencial al Notariado para conocer de la separación y divorcio de mutuo acuerdo realizada por la LJV⁸⁶¹.

Proceso éste que ha llevado a que la separación o divorcio no sea ya una decisión estatal manifestada a través de la Sentencia, sino un acto de autonomía privada formalizado en un contrato, culminando así un itinerario cuya consecuencia más sobresaliente es la alteración de la naturaleza jurídica de estas dos instituciones, que pasan a participar de las notas características del negocio jurídico.

Naturaleza negocial que viene ratificada, siempre en opinión de NÚÑEZ IGLESIAS, por la nueva redacción del art. 89 CC, que hace descansar la producción de los efectos de la disolución del matrimonio sobre el consentimiento de los cónyuges válidamente manifestado en escritura pública. El divorcio y la separación quedan, así, en determinados supuestos, insertos dentro de la esfera privada, sustraídos del ámbito público, lo que supone una verdadera privatización de ambas instituciones.

Crítica ésta que no es del todo correcta, pues el Notario no actúa, como veremos, en estos expedientes como un profesional liberal, sino como una Autoridad del Estado, encargado no sólo de velar por la legalidad de las estipulaciones pactadas entre los cónyuges, sino también de la equidad y no lesividad de las mismas. Control éste que no deja de tener un marcado carácter público⁸⁶².

VERA FERNÁNDEZ y BUSTILLO TEJEDOR, en esta línea, sostienen que los detractores de la separación y divorcio notarial confunden *desjudicialización* con privatización, como si únicamente existieran dos opciones: el divorcio/separación como contrato o el divorcio/separación como un acto judicial. Y esta dicotomía es falsa. El divorcio de mutuo acuerdo formalizado en

⁸⁶¹ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *Op. cit.*

⁸⁶² Por otro lado, no puede obviarse que la privatización, entendida ésta como incardinación en el ámbito privado, del Derecho de familia es un “signo de los tiempos” y una realidad social. La familia ya no es vista como núcleo o base de la estructura del Estado, sino como un conjunto de relaciones privadas entre particulares, disciplinadas como éstos tengan por conveniente. Asimismo, el Estado deja de ver en la familia una parte de su estructura y acaba con los vestigios legislativos que aún quedaban de otras épocas, en las que el Derecho de familia se veía como algo más cercano al ámbito público que al privado.

escritura pública, nos dicen estos autores, no tiene naturaleza distinta al que era decretado por el Juez en idénticas circunstancias antes de la entrada en vigor de la LJV⁸⁶³. Y de la misma opinión son VARA GONZÁLEZ y PÉREZ HEREZA, que añaden la descarga de trabajo judicial que va a suponer la atribución de estos dos expedientes a Notarios y Letrados de la Administración de Justicia⁸⁶⁴.

Puede concluirse de estas consideraciones previas que la LJV culmina un proceso iniciado en 2005 y consagra, definitivamente, un libérrimo derecho a recuperar la soltería, equivalente al que el Ordenamiento reconoce para contraer matrimonio, y que, además de no requerir justa causa para su ejercicio, tampoco se somete al control judicial, bastando únicamente para la producción de efectos que la declaración de voluntad conste formalizada en escritura pública.

La sustracción al conocimiento de los Jueces de estos expedientes y la atribución de los mismo a los Notarios no es sino la expresión de una modificación de la naturaleza jurídica del divorcio, que pasa a ser un negocio jurídico-privado formal. Y por ello es lógico que en el mismo deba intervenir el Notario, que tiene por función propia la de controlar la capacidad y la correcta formación de la voluntad de las partes (arts. 17 LN y 145 RN).

2. Concepto y régimen jurídico

BUSTILLO TEJEDOR y GÓMEZ-RIESCO⁸⁶⁵ definen la separación como “una modificación de la relación jurídica matrimonial, que supone la suspensión de sus efectos, si bien el vínculo, la relación jurídica como estructura formal que liga a los dos sujetos, subsiste como existente”. Y el divorcio como un negocio jurídico tendente a la resolución de la relación jurídica dimanante del matrimonio.

⁸⁶³ VELA FERNÁNDEZ, Carmen y BUSTILLO TEJEDOR, Luis. “Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Op. cit.* p. 152.

⁸⁶⁴ VARA GONZÁLEZ, José Manuel y PÉREZ HEREZA, Juan. “Separación y divorcio ante Notario” en BARRIO DEL OLMO, CONCEPCIÓN PILAR (COORD.). *Jurisdicción Voluntaria Notarial: Estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley Hipotecaria y Ley de Navegación Marítima*. Navarra: Aranzadi. 2015 p. 370.

⁸⁶⁵ BUSTILLO TEJEDOR, Luis y GÓMEZ-RIESCO TABERNEIRO DE PAZ, José María. “Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Op. cit.* pp. 201 y 202.

La regulación de la tramitación de la separación y del divorcio ante Notario no se encuentra contenida en la LJV, sino que está dispersa entre el Código Civil y la Ley Orgánica del Notariado, cabiendo, según algunos autores, la aplicación analógica (en determinados supuestos) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así las cosas, el régimen jurídico de la separación y del divorcio notarial lo encontramos en los arts. 82 (para la separación matrimonial), 87 (para el divorcio) y 90 CC, 54 LN y 777 LEC. Especial problema se ha planteado en la Doctrina con la aplicación analógica del art. 777 LEC. Mientras que VARA GONZÁLEZ y PÉREZ HEREZA la ven posible en determinados supuestos, apoyando su razonamiento jurídico en el art. 8 LJV, que declara la LEC como norma supletoria a la que acudir en primer lugar en caso de laguna jurídica en la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, sin embargo, es reticente a esta aplicación analógica y entiende que, en la mayoría de los casos, es improcedente, principalmente, porque no hay laguna jurídica que suplir.

3. Competencia territorial

La competencia del Notario para conocer de la separación y del divorcio se caracteriza por la limitación y la alternatividad. Se trata de una competencia limitada a la concurrencia de determinados presupuestos objetivos, subjetivos y territoriales (art. 54.1 LN); asimismo, es una competencia compartida o concurrente con los Letrados de la Administración de Justicia (art. 51.2.2º CC). Debe señalarse que se priva de competencia en esta materia a los funcionarios diplomáticos o consulares que tienen atribuidas funciones notariales (arts. 82.1.I *in fine* y 87 *in fine* CC).

La competencia territorial del Notario para conocer de estos supuestos viene determinada por el art. 54.1 LN *in fine*, que supone una excepción a la regla de la libre elección del Notario del art. 126 RN, y que establece que los cónyuges

deberán prestar su consentimiento “ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes”⁸⁶⁶.

El primer punto de conexión, el último domicilio común, responde al domicilio legal que todo matrimonio debe tener *ex art. 68 CC*. Por regla general, coincidirá con la vivienda familiar, cualquiera que sea el título por el que la familia posee y usa dicha vivienda y se acreditará mediante DNI u otro documento administrativo. Lo dicho para el domicilio común sirve, en gran medida, para el segundo punto de conexión: el domicilio de cualquiera de los cónyuges.

Mayores problemas plantea el tercer punto de conexión: la residencia habitual de cualquiera de ellos. Nos encontramos aquí ante una cuestión fáctica, cuya demostración podrá hacerse por cualquier medio aceptado en Derecho.

Este carácter fáctico de la residencia habitual, no siempre fácil de demostrar, lleva a VARA GONZÁLEZ y PÉREZ HEREZA a concluir que aunque los puntos de conexión son alternativos, si el domicilio legal está acreditado y la residencia habitual no, debe aceptarse la competencia del Notario correspondiente al domicilio acreditado. Discrepan de esta interpretación GARCÍA PÉREZ y DÍAZ PITA⁸⁶⁷, que sostienen que también sobre la elección del punto de conexión y del Notario competente dentro del mismo debe recaer el mutuo acuerdo entre los cónyuges.

Sí es coincidente la Doctrina en señalar, como se desprende de la propia redacción del precepto, que se trata de puntos de conexión alternativos que, *ex art. 2 LJV* (artículo que expulsa los fueros electivos de los expedientes de jurisdicción voluntaria), no pueden ser modificados por la voluntad de las partes.

Es el Notario el que debe examinar de oficio su competencia y, de declararse competente, reflejarlo así en la escritura. De no ser competente el Notario requerido, debe negar la prestación de la función, siendo su decisión recurrible

⁸⁶⁶ Previsión normativa ésta que pretende que exista un mínimo de conexión entre los elementos personales del acto que se documenta y la autoridad que lo va a dotar de eficacia jurídica

⁸⁶⁷ GARCÍA PÉREZ José Eduardo y DÍAZ PITA María Paula. “Tramitación de las separaciones y divorcios ante Notario y sus posibles consecuencias procesales” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Op. cit.* p. 112.

en alzada administrativa ante la DGRN⁸⁶⁸. La escritura autorizada con infracción de la norma de competencia carece de valor como documento público (art. 116 RN).

4. Requisitos subjetivos y objetivos

Requisitos subjetivos para acudir a la separación/divorcio notarial son: mutuo acuerdo y no tener hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada (art. 54 LN). Respecto a la existencia de hijos, los problemas más controvertidos tal vez sean el del incapaz natural y el de la presencia de hijos menores de uno solo de los cónyuges.

Respecto al primero, sería este un problema que afectaría y sería objeto del juicio notarial de capacidad. Así, si el Notario considera que el hijo tiene capacidad mental suficiente, deberá otorgar la autorización y, en caso contrario, denegarla⁸⁶⁹.

Respecto a la existencia de hijos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente modificada que lo sean de uno de los cónyuges, la literalidad del precepto parecería excluir la competencia notarial, lo que se refuerza con lo establecido en el art. 82.2 CC. Sin embargo, algunos autores⁸⁷⁰ sostienen que del precepto se desprende que se refiere siempre a hijos comunes (se habla de los “cónyuges”) y, en aras de no dar una interpretación extensiva a una norma restrictiva, entienden que cabe la competencia notarial, siempre y cuando el convenio no afecte en sus cláusulas al hijo no común.

Requisito objetivo es que hayan pasado tres meses desde la celebración del matrimonio⁸⁷¹, este plazo juega para el otorgamiento y no para la preparación.

⁸⁶⁸ VARA GONZÁLEZ, José Manuel y PÉREZ HEREZA, Juan. “Separación y divorcio ante Notario” en BARRIO DEL OLMO, CONCEPCIÓN PILAR (COORD.). *Op. cit.* p. 384.

⁸⁶⁹ *Ibíd.*, p. 380.

⁸⁷⁰ *Ibíd.*, p. 382.

⁸⁷¹ No parece que la excepción al plazo que contiene el art. 81.1.2º CC pueda aplicarse aquí.

5. Tramitación

El procedimiento principia por solicitud, que puede ser presentada por los cónyuges o el letrado que les asiste⁸⁷² y que no está sujeta a forma alguna⁸⁷³. La misma no generará los efectos que sí provoca *eo ipso* la presentación de la demanda y que se contienen en el art. 102 CC.

Los arts. 82 y 54 LN nos dice que deben comparecer ante el Notario conjuntamente los cónyuges, los hijos mayores y capaces o menores emancipados que dependan de ellos y el Letrado que los asiste, por lo que, en opinión de la mayor parte de la Doctrina, no cabe ni comparecencia por poder ni otorgamiento sucesivo⁸⁷⁴ (lo que sería contrario al principio de unidad de acto).

Dos son los problemas que vamos a abordar aquí y con los que vamos a terminar. El consentimiento de los hijos respecto de las medidas que les afectan y la asistencia de Letrado.

Respecto a los hijos mayores y capaces o menores emancipados que dependan de sus padres, el art. 82.1.II CC establece literalmente que “deberán otorgar el consentimiento [...] respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”. Es ésta una de las previsiones normativas que más controversia doctrinal ha suscitado ya que, según la lectura que se haga de la misma, parece dejar en manos de los hijos el buen fin de la separación o divorcio de los padres.

⁸⁷² GARCÍA PÉREZ José Eduardo y DÍAZ PITA María Paula. “Tramitación de las separaciones y divorcios ante Notario y sus posibles consecuencias procesales” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Op. cit.* p. 107.

En contra, gran parte de la Doctrina, que entiende que la presentación de esta solicitud es facultad exclusiva de los cónyuges.

⁸⁷³ La opinión contraria, esto es, que debe ser realizada, al menos, por escrito en IZQUIERDO BLANCO, Pablo y PICÓ JUNOY, Joan (Coords.). *Jurisdicción voluntaria: aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos*. Barcelona: Bosch. 2016, p. 673.

⁸⁷⁴ Por todos, IZQUIERDO BLANCO, Pablo y PICÓ JUNOY, Joan (Coords.). *Op. cit.* p. 674. Posición discrepante encontramos en VARA GONZÁLEZ, José Manuel y PÉREZ HERESA, Juan. “Separación y divorcio ante Notario” en BARRIO DEL OLMO, CONCEPCIÓN PILAR (COORD.). *Op. cit.* p. 402.

La intervención de estos hijos mayores o menores emancipados se supedita, en la norma, a dos condiciones: que sean económicamente dependientes de sus padres y que el convenio regulador contenga medidas que les afecten.

La dependencia económica a la que se refiere el art. 82.1.II CC se cifra en dos aspectos: que los hijos carezcan de ingresos propios y que convivan en el domicilio familiar. La carencia de ingresos propios debe verificarse en el momento en que los padres consienten, cabiendo la competencia notarial cuando el hijo tiene ingresos suficientes para mantenerse por sí mismo pero sigue residiendo en el domicilio familiar⁸⁷⁵. La convivencia en dicho domicilio es una situación de hecho que debe ser manifestada por los progenitores (o por el progenitor custodio), sin que le quepa al Notario ir más allá de esta declaración⁸⁷⁶.

La ambigüedad con la que el precepto se redacta hace que no sea posible determinar si este consentimiento que prestan los hijos recae sobre las medidas que directamente les afectan o sobre la separación o divorcio de sus progenitores.

VARA GONZÁLEZ y PÉREZ HERESA⁸⁷⁷ entienden, a este respecto, que el consentimiento de los hijos no puede estar referido al contenido del convenio, ni siquiera, pese a la letra del Código, a las medidas que les afecten. Lo contrario sería aceptar un negocio jurídico entre progenitores e hijos cuyo contenido sería el derecho de alimentos, lo que, como ya se ha indicado, prohíben taxativamente los arts. 151.1 y 1814 CC.

Tampoco puede referirse el consentimiento de los hijos a la separación o al divorcio de los padres, pues esto sería lo mismo que decir que su conformidad es necesaria para completar la voluntad de los cónyuges, lo que, atendidas las notas características de este negocio jurídico (que es personalísimo), es un disparate⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ VARA GONZÁLEZ, José Manuel y PÉREZ HERESA, Juan. "Separación y divorcio ante Notario" en BARRIO DEL OLMO, CONCEPCIÓN PILAR (COORD.). *Op. cit.* p. 420.

⁸⁷⁶ *Ibíd.*, p. 421.

⁸⁷⁷ *Ibíd.*, p. 417.

⁸⁷⁸ *Ibíd.*, p. 416.

La presencia y consentimiento de los hijos mayores o menores emancipados que sean dependientes de sus padres se articula, así, como una manera de garantizar que conocen el contenido del convenio y de las medidas que les afectan. El suyo no es, ni puede ser, un consentimiento negocial, sino un requisito necesario (*conditio iuris*) para la formalización de la escritura y su posterior inscripción registral⁸⁷⁹.

Hecha esta aclaración sobre la naturaleza jurídica del consentimiento que prestan los hijos mayores o menores emancipados, debe decirse que el Legislador no prevé las consecuencias de la falta de dicho consentimiento. Al ser éste un requisito esencial del negocio, parece lo más lógico que su ausencia conlleve la no aprobación del convenio y, por tanto, la de la separación o el divorcio, que deberá tramitarse por la vía judicial⁸⁸⁰.

Respecto al segundo problema, el art. 54.2 LN dice textualmente que “los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio”. Previsión normativa que se reitera en el art. 82.1.II CC.

Haciendo una interpretación literal del precepto, el Letrado debe estar presente en el momento de otorgarse la escritura (hablamos siempre de Letrado único pero sería posible que cada cónyuge se hiciera asistir de distinto Letrado⁸⁸¹). El Notario debe identificarlo, juzgarlo capaz y competente profesionalmente: debe ser letrado en ejercicio, lo que se acreditará mediante carnet profesional, que debe ser reseñado en la escritura. En atención a la letra del precepto, debe rechazarse la intervención de los no ejercientes⁸⁸².

⁸⁷⁹ GARCÍA PÉREZ José Eduardo y DÍAZ PITA María Paula. “Tramitación de las separaciones y divorcios ante Notario y sus posibles consecuencias procesales” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Op. cit.* p. 120.

⁸⁸⁰ Opinión distinta sostienen: IZQUIERDO BLANCO, Pablo y PICÓ JUNOY, Joan (Coords.). *Op. cit.* p. 674. Para estos autores, la falta de este “consentimiento filial” determinaría únicamente la no aprobación notarial de las medidas que afectaren directamente a los hijos

⁸⁸¹ Lo que parece que choca frontalmente con la intención de agilizar y economizar los procedimientos de jurisdicción voluntaria que tantas veces enuncia el Preámbulo de la LJV.

⁸⁸² VARA GONZÁLEZ, José Manuel y PÉREZ HERESA, Juan. “Separación y divorcio ante Notario” en BARRIO DEL OLMO, CONCEPCIÓN PILAR (Coord.). *Op. cit.* pp. 406 y 407.

Cuando los cónyuges sean técnicos en Derecho, sostiene ACEDO PENCO⁸⁸³ que basta con que se les requiera la habilitación colegial que precisa el art. 17.5 del Estatuto General de la Abogacía⁸⁸⁴, para que puedan otorgar la escritura sin asistencia de Letrado.

La intervención en el otorgamiento la hace el Letrado en nombre propio, debiendo decirse expresamente que actúa como letrado o para prestar asistencia letrada. Su firma no supone prestación de consentimiento alguno, tratándose únicamente de un requisito jurídico de eficacia de la escritura como título modificativo del estado civil, por lo que, faltando la firma del Letrado en ejercicio que asiste a los cónyuges, la escritura que contenga todos los demás requisitos no será título inscribible en el Registro Civil⁸⁸⁵.

Hechas estas aclaraciones sobre la aplicación práctica de la previsión normativa contenida en los arts. 54.2 LN y 82.1.II CC, conviene hacer ahora una mención a la controversia doctrinal suscitada por la misma. Como se ha indicado, las posturas están aquí claramente diferenciadas y, también, enfrentadas.

VARA GONZÁLEZ y PÉREZ HERESA⁸⁸⁶, abiertamente contrarios a la presencia de Abogados en este procedimiento notarial, nos dicen que la misma se debe únicamente a razones políticas y que difícilmente puede encuadrarse en el derecho de defensa contenido en el art. 24 CE, lo que se refuerza si se tiene en cuenta que los cónyuges pueden asistir acompañados de un único Letrado. En efecto, esta asistencia no supone sino un añadido superpuesto, excepcional y sin antecedentes al asesoramiento que ya presta el Notario *ex arts.* 17 LN y 147 RN y al que la asistencia de Letrado no desplaza. Antes al contrario, el control de lesividad (también introducido por la LJV), refuerza la función asesora del

⁸⁸³ ACEDO PENCO, Ángel. “Crisis matrimoniales ante Notario: normativa aplicable y ámbito de aplicación” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Op. cit.* pp. 94 y 95.

⁸⁸⁴ Estos requisitos son: tener nacionalidad española o de algún Estado Miembro de la Unión Europea, ser mayor de edad (no estando incurso en causa de incapacidad) y poseer el título de Licenciado en Derecho.

Los que cumplan con estos requisitos, a tenor del artículo citado, podrán ser habilitados por el Decano del Colegio de Abogados para defender los asuntos propios o de sus parientes hasta el tercer grado.

⁸⁸⁵ VARA GONZÁLEZ, José Manuel y PÉREZ HERESA, Juan. “Separación y divorcio ante Notario” en BARRIO DEL OLMO, CONCEPCIÓN PILAR (Coord.). *Op. cit.* p. 413.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, pp. 404 y 405.

Notario, que está obligado a instruir a las partes acerca del alcance jurídico de las cláusulas pactadas.

PÉREZ GALLARDO⁸⁸⁷, también contrario a lo que considera una concesión del Legislador a la Abogacía en general, sostiene que el Notariado funciona en otros ámbitos de la vida civil sin necesidad de otros consultores. En efecto, en el cumplimiento de sus funciones, los Notarios otorgan un asesoramiento jurídico íntegro, tanto en el orden sustantivo como en el formal. Así, lo lógico, desde el punto de vista jurídico, hubiera sido que los cónyuges tuvieran al Notario como único asesor y consultor.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA⁸⁸⁸, por su parte, expone que han sido razones de índole política las que han llevado a mantener la presencia de Abogados en los divorcios consensuales extrajudiciales en todos los Ordenamientos Jurídicos en los que existe esta figura. Una presencia que es, para este autor, indefendible desde el punto de vista jurídico, pues ni siquiera puede aducirse en su favor la necesidad del asesoramiento técnico de las partes, que cubre sobradamente el Notario y que, además, no se exige para la celebración de otros negocios (como las capitulaciones matrimoniales).

A favor de la presencia de Letrado en el procedimiento se pronuncian, entre otros, IZQUIERDO BLANCO y PICÓ JUNOY⁸⁸⁹, que la justifican desde la labor de asesoramiento previo que éste presta a las partes y que queda plasmado en el convenio regulador que éstas entregan al Notario. Es lógico, desde el punto de vista de estos autores, que aquél operador jurídico que ha dedicado su tiempo a la elaboración del convenio, negociando con las partes hasta ganarse su confianza, esté presente en el momento en que dicho convenio va a ser elevado a escritura pública.

⁸⁸⁷ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. "Separación y divorcio notarial a la española: una visión desde el Derecho comparado" en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Op. cit.* pp. 38 a 42.

⁸⁸⁸ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. "Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante Notario en España: entre su oportunidad política y su exigencia constitucional" en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Op. cit.* pp. 73 a 75.

⁸⁸⁹ IZQUIERDO BLANCO, Pablo y PICÓ JUNOY, Joan (Coords.). *Op. cit.* p. 673.

6. El juicio notarial de equidad

El art. 90.2.III CC dice textualmente: “Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y dará por terminado el expediente”.

Introduce esta norma el llamado “control notarial de equidad”, que ha sido profusamente comentado por la Doctrina y en el que GOMÁ LANZÓN⁸⁹⁰ descubre la auténtica transformación operada por la LJV en la función notarial clásica.

Este control de equidad aparece como algo distinto (y, a la vez, más extenso) del clásico control de legalidad que venían ya desplegando los Notarios en el ejercicio habitual de su función. En virtud de este control, deberá el Notario cerciorarse de que lo pactado por los cónyuges no contraviene ninguna norma positiva ni ningún otro de los límites impuestos a la autonomía de la voluntad *ex art. 1255 CC*; pero no podrá quedarse ahí, deberá ir más allá, evitando que se produzcan desequilibrios injustificados entre las partes, de modo que ningún cónyuge (o ningún hijo) pueda sufrir perjuicio alguno como consecuencia de dichos pactos. Se trata, y he aquí el *quid* de la cuestión, de un verdadero control material de los pactos que puede desembocar, incluso, en una negativa a autorizar el otorgamiento de la escritura⁸⁹¹. VARA GONZÁLEZ y PÉREZ HERESA⁸⁹² nos dicen que este control de equidad que ha de desplegar el Notario en el ejercicio de la nueva función a él atribuida, debe estar presidido por tres principios: respeto escrupuloso al principio de mínima intervención; atención exclusiva a los aspectos objetivos del acuerdo; y defensa de la libertad

⁸⁹⁰ GOMÁ LANZÓN, Ignacio. *¿Cambia la ley de jurisdicción voluntaria la función notarial?* [en línea]. Disponible en: <http://transparencianotarial.es/cambia-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria-la-funcion-notarial/> [consulta: 2 de mayo de 2017]

⁸⁹¹ VELA FERÁNDEZ, Carmen y BUSTILLO TEJEDOR Luis. “Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Op. cit.* pp. 176 y 177.

⁸⁹² VARA GONZÁLEZ, José Manuel y PÉREZ HERESA, Juan. “Separación y divorcio ante Notario” en BARRIO DEL OLMO, CONCEPCIÓN PILAR (COORD.). *Op. cit.* pp. 376 y 377.

contractual, en ejercicio de la cuál los cónyuges pueden establecer acuerdos de los que deriven derechos desiguales.

Especial atención merece esta última consideración. Entienden estos autores que la función del Notario en ningún caso puede llegar al extremo de sustituir u obstaculizar la libertad contractual o autonomía privada de los otorgantes, soberanos en el ámbito notarial. Por tanto, cuando los cónyuges pacten acuerdos que, sin ser lesivos, sí puedan ser reputados como desiguales (en lo económico o en lo personal, pues la norma no discrimina entre uno y otro), el Notario no podrá denegar la autorización, máxime cuando éstos, mayores de edad y capaces, le presentan un Convenio que, las más de las veces, ha sido redactado con la asistencia de uno o varios Letrados en ejercicio.

Bibliografía

ARECES PIÑOL, María Teresa (Coord.). *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción Voluntaria*. Navarra: Aranzadi. 2016.

BARRIO DEL OLMO, CONCEPCIÓN PILAR (COORD.). *Jurisdicción Voluntaria Notarial: Estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley Hipotecaria y Ley de Navegación Marítima*. Navarra: Aranzadi. 2015 p. 370.

CASADO RODRÍGUEZ, Ernesto Pedro (Coord.). *Guía para la aplicación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Navarra: Aranzadi. 2016.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (coord.). *Separaciones y divorcios ante notario*. Madrid: Reus. 2016, p. 48

DÍAZ BARBERO, Andrés (Coord). *Estudio práctico de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2016.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *La regulación de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones* [en línea]. Disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2400/AD-9-12.pdf?sequence=1> [consulta: 12.02.17].

FERNÁNDEZ GIL, Cristina. *Cuestiones prácticas sobre Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Tecnos. 2016.

GOMÁ LANZÓN, Ignacio. *¿Cambia la ley de jurisdicción voluntaria la función notarial?* [en línea]. Disponible en: <http://transparencianotarial.es/cambia-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria-la-funcion-notarial/> [consulta: 2 de mayo de 2017]

GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Derecho Notarial*. Barcelona: Bosch. 2011.

IZQUIERDO BLANCO, Pablo y PICÓ JUNOY, Joan (Coords.). *Jurisdicción voluntaria: aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos*. Barcelona: Bosch. 2016, p. 673

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. "Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza" [en línea]. Disponible en: www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/184/135 [consulta: 2 de mayo de 2018].

SANMARTÍN ESCRICHE, Fernando y LACALLE SERER, Elena. *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*. Valencia: Tirant lo blanch. 2017.

Contenido Atípico de las Capitulaciones Matrimoniales. Posibles materias a incluir

Lucía Rozalén Creus

Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

La finalidad primitiva de las capitulaciones matrimoniales es la de determinar el régimen económico matrimonial que regirá entre los cónyuges que las otorguen.

Pero igual de cierto es que cada vez más, son las parejas que no se limitan a fijar solamente su régimen económico sino que aprovechan el instrumento capitular para incluir toda una serie de pactos que exceden de lo damos en llamar el régimen primario.

Estos pactos, que no necesariamente necesitan ser otorgados mediante escritura pública, pueden recoger toda una serie de acuerdos, todos ellos por razón del matrimonio, de materias tanto de carácter personal como patrimonial, cuyo contenido podemos calificar de atípico, y que pueden ser orientadas a la vida conyugal pero también a regular los efectos de una crisis matrimonial, aunque nos centraremos en los primeros.

Todo ello ha llevado a que poco a poco el legislador haya ido introduciendo pinceladas de autonomía que van permitiendo a los esposos configurar los efectos de su matrimonio cada vez con mayor libertad. Siendo a partir de la promulgación de la Constitución Española cuando el ordenamiento jurídico ha sido más proclive al cambio.

Veamos los principales pactos:

Limitación de instar la separación o divorcio

Se trata de dilucidar en este punto si sería válido un acuerdo por el que los contrayentes, de cualquier forma, limitaran la separación o el divorcio. La forma más habitual de realizar esta limitación sería el establecimiento de alguna cláusula por la que se obligara a abonar determinada cantidad a costa del cónyuge que inste la separación o el divorcio.

En este punto es del todo necesario hacer referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 17 de febrero de 2003, en la que el caso enjuiciado versa sobre un matrimonio en cuyo pacto prematrimonial había incluido una cláusula por la que el marido debía abonar una cantidad de dinero, para indemnizar a su mujer, para el supuesto en el que cesara la convivencia conyugal, estableciéndose durante el primer año la cuantía de un millón de pesetas e incrementándose tal cantidad según el transcurso de los años de convivencia, y con independencia de la pensión compensatoria establecida en el art. 97 del Código Civil.

Una vez producida la ruptura la esposa hace valer tal cláusula y el Juzgado de 1ª Instancia la declara nula e inadmisibles, así llevado el caso ante la Audiencia de Almería ésta se pronuncia en idéntico sentido:

“... de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de separación matrimonial reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de los derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito del matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial...”

Pese a la claridad de la Sentencia hay autores en contra al pronunciamiento indicado, y a favor de la validez de éstos pactos, como García Rubio⁸⁹³.

⁸⁹³ Véase GARCÍA RUBIO, M^a P., “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, Anuario de Derecho Civil, 2003, págs. 1669 - 1670.

En este punto tenemos que reiterar que el art. 1328 del CC proscribe aquellos pactos que sean contrarios o limitativos de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

En base a este argumento han sido numerosísimas las sentencias que han declarado la nulidad de pactos matrimoniales por existir cláusulas de las que se deriva una desigualdad entre los cónyuges de los efectos de las mismas.

Pero sin embargo, este concepto de igualdad, ha venido siendo matizado cuando se trata de pactos de materias de libre disposición fundamentalmente de carácter patrimonial.

Así se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 26 de julio de 2013, donde se permite a los cónyuges la sustitución de aquellas normas de carácter dispositivo por los pactos que ellos hayan alcanzado, diciendo que la igualdad debe entenderse como *“un concepto relativo, en el sentido de que para examinar su concurrencia deberá partirse de un determinado matrimonio, en un momento histórico y una sociedad determinada”*.

Lo que deriva en la transición de la exigencia de igualdad hacia la exigencia de reciprocidad.

Resumiendo, el establecimiento de un pacto que en sí limita o prohíbe que uno o a ambos cónyuges instar la separación o divorcio entiendo que sería nulo de pleno derecho por contravenir la ley, dado que el artículo 81 del Código Civil, referido a la separación, y el art. 85 CC remitiéndose al primero, respecto del divorcio, solamente exigen el trascurso de tres meses desde la celebración del matrimonio para que baste la petición de uno de los cónyuges para decretar la separación judicial o la disolución del matrimonio, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se suprimieron las causas de separación y divorcio.

Por lo que la inclusión de pacto que limite o prohíba el ejercicio de cualquiera de éstas acciones además de contravenir el espíritu de la reforma operada en nuestro derecho de familia, que permite la separación o divorcio por la sola voluntad de uno de los cónyuges, lo que supondría limitar esa voluntad, vulneraría también

el principio constitucional de libertad e iría en contra del libre desarrollo de la personalidad.

Además como señala Domínguez Luelmo⁸⁹⁴ afectaría al requisito fundamental de consentimiento matrimonial, puesto que la mera solicitud de separación o de divorcio es señal inequívoca de haber cesado ese consentimiento inicial que se prestó cuando se contrajo, dado que hoy día al desaparecer las causas todo indica que el único requisito para la continuación del vínculo matrimonial es el consentimiento.

Cosa distinta es el establecimiento de cláusula que establezca una indemnización en caso de separación o divorcio que deberá satisfacer el cónyuge que inste la separación o divorcio a favor del otro.

Si bien es cierto que en cierta manera limita o digamos que “desfavorece” a que se pueda iniciar el procedimiento para poner fin al matrimonio, tratándose de una cuestión económica y plenamente aceptada por ambas partes, siempre y cuando respete las demás exigencias de igualdad entre los cónyuges y otros requisitos, será válida.

Frente a éstas, nos referíamos que son nulas aquellas que por ejemplo establecieran un límite temporal para el ejercicio de la acción de separación o divorcio, o que fijaran requisitos en función de la existencia o no de hijos o la edad de éstos.

Pactos sobre establecimiento de causas de separación o divorcio

En virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, entre otras novedades, se suprimen las causas de separación y divorcio.

⁸⁹⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, “La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el derecho civil”, Revista Jurídica de Castilla y León, N° 13, Agosto, 2007.

Así no es necesario para obtener la separación o el divorcio alegar ni probar causa alguna, bastando solamente la voluntad de uno de los cónyuges y el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, como hemos manifestado.

Estando así las cosas, entiendo, que el introducir mediante pacto la necesidad de concurrencia de alguna causa iría contra la citada Ley y además contra la libertad y el libre desarrollo a la personalidad principios constitucionales, que entiendo su vulneración harían que los pactos en este sentido se reputaran nulos.

Pactos sobre los deberes conyugales

Por el hecho de contraer matrimonio se derivan una serie de efectos personales, o como dice el Código Civil en el Capítulo V del Título IV del Libro I, una serie de derechos y deberes entre los cónyuges.

Tenemos que poner de manifiesto que estos deberes conyugales no constituyen verdaderas obligaciones puesto que carecen de coercibilidad, ya que su incumplimiento no comporta sanción jurídica y no puede dictarse su cumplimiento forzoso.

Sin embargo, pese a lo manifestado, sí que podemos señalar una consecuencia jurídica del incumplimiento de los deberes conyugales, y es la desheredación del cónyuge que ha incumplido grave y reiteradamente estos deberes, según el art. 855 del CC.

Estos deberes conyugales se encuentran recogidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil, que junto con el art. 66 son los que se leen en el acto de la ceremonia por la que se contrae matrimonio de forma civil.

Tenemos que señalar en este momento, que los caracteres de estos deberes, hacen que los mismos sean indisponibles, y con carácter general, no cabe pacto entre los cónyuges respecto de los mismos. Pues en primer lugar como hemos señalado son necesarios para el cumplimiento de los fines del matrimonio, por lo que no se pueden suprimir; en segundo lugar, tenemos que tener en cuenta su reciprocidad, así lo recalca el Código Civil remarcando la expresión “mutuamente”, que impide que se pueda introducir cualquier desequilibrio

entre los cónyuges, que junto con la proclamada igualdad entre ambos, veta cualquier pacto que suponga una diferenciación entre los deberes de ambos cónyuges.

Además, como acabamos de decir, son indisponibles por lo que no se pueden limitar ni condicionar, así en virtud del artículo art. 45 CC, un pacto en este sentido se tendrá por no puesto, se haya otorgado en cualquier momento tanto anterior al matrimonio como coetáneo o posterior al mismo, ya que el consentimiento matrimonial es un consentimiento de adhesión a un determinado estatuto jurídico conformado, entre otras normas, por los arts. 67 y 68 Código Civil.

Otra cosa diferente es el pacto no en sentido de exclusión de los deberes matrimoniales, sino el acuerdo por el que se penaliza el incumplimiento de alguno de ellos.

Comparto opinión con López de la Cruz⁸⁹⁵ en que la finalidad de la indemnización o compensación por los daños injustamente sufridos no es la de sancionar o castigar al cónyuge que los ocasiona, sino la de resarcir por el daño injustamente causado, por lo que no todo incumplimiento de los deberes conyugales deberá ser objeto de resarcimiento por parte del incumplidor, sino solamente aquellos casos en que como consecuencia de esa inobservancia se haya producido un daño en el otro cónyuge.

1.1. Deber de respeto

En virtud de este deber ninguno de los cónyuges podrá interferir en la esfera íntima y personal del otro.

⁸⁹⁵ LÓPEZ DE LA CRUZ, LAURA, “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, In Dret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, octubre 2010, pág. 15.

Debe existir entre ambos componentes del matrimonio lealtad y respeto personal, evitando cualquier menosprecio o lesiones en la dignidad del otro miembro del matrimonio.

Cualquier injerencia en las ideas, religión u otras esferas personalísimas, supondría una violación de éste deber.

Aquí no tiene cabida ningún pacto al respecto, sería nulo de pleno derecho cualquier estipulación en sentido contrario al deber de respeto mutuo por ambos cónyuges.

1.2. Deber de ayuda y socorro mutuo

Si el matrimonio tiene por finalidad una comunidad de vida entre los dos cónyuges, con una convivencia, con todo el sentido de la palabra como ahora en seguida veremos, una de las consecuencias de esa finalidad y de ese deber es el de ayuda y socorro mutuo.

Este deber comprende además de la obligación de alimentos, todo tipo de auxilio que puedan precisar los cónyuges, no solo de carácter económico, también pueden tener otro sentido como espiritual o moral. Ejemplos de ello sería el cuidado ante una enfermedad, las tareas del hogar o el cuidado de los hijos.

Estos deberes son indisponibles pues para el legislador forman parte de la esencia del matrimonio y así lo ha recogido al incluirlo no solo en los artículos anteriormente 67 y 68 del Código Civil, sino que además es de los pocos que su incumplimiento puede derivar en una sanción jurídica y no solo moral.

No solamente en el terreno civil, sino que el abandono de familia está castigado en el Código Penal en los arts. 226 y siguientes en los que se pena al que dejare de prestar la asistencia legalmente establecida para el sustento de su cónyuge, y el impago de cualquier prestación económica a favor de éste.

Por lo tanto no cabe ningún pacto en sentido de excluir o limitar el deber de ayuda o de socorro mutuo ni de modular las consecuencias legales de su incumplimiento.

1.3. Actuar en interés de la familia

Se trata de un deber de carácter indeterminado y de contenido variable.

Siendo un bien jurídico protegido, los cónyuges deberán actuar en interés de la familia, evitando cualquier actitud que pudiera lesionar este interés preservado.

La protección a la familia constituye uno de los límites de los pactos matrimoniales establecidos en la Constitución y operará como barrera salvaguardadora del interés común de los miembros de la misma en detrimento del bienestar individual. Su vulneración provocará la invalidez de las cláusulas que lo contravengan.

Tendremos ocasión de profundizar algo más en el apartado de los límites de los pactos matrimoniales dentro del capítulo de la invalidez.

1.4. Deber de convivencia y domicilio conyugal

De conformidad con lo establecido en el art. 68 del CC los cónyuges están obligados a vivir juntos.

El art. 69 CC presume, salvo prueba en contrario, que los esposos viven juntos.

Según las circunstancias del caso, en determinados supuestos su incumplimiento podría suponer un delito de abandono de familia.

En otros casos podría dar lugar a un resarcimiento de los daños y perjuicios causados por uno de los cónyuges al otro.

La fijación del domicilio corresponde a los cónyuges de mutuo acuerdo, según el art. 70 CC, pudiendo pactar aquí el extremo, a diferencia de lo que ocurría anteriormente donde correspondía al marido la elección del domicilio familiar, estando la mujer obligada a seguir a aquél, excepto que se trasladara a ultramar o país extranjero, en cuyo caso el Juez podía eximir a la mujer de este deber si existía causa justa, de conformidad con el art. 58 del CC según su redacción

originaria, y el art. 64.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁸⁹⁶, hasta la reforma operada en el Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975.

Por tanto respecto de este deber cabe que los cónyuges determinen de mutuo acuerdo el domicilio en que van a residir, lo que no cabe es que se pacten en contra de ésta igualdad de decisión entre ambos.

1.5. Guardar Fidelidad

Existe la obligación impuesta en el Código Civil de que los cónyuges se guarden fidelidad mutua.

Tenemos que indicar que hasta 1978 el adulterio era castigado como delito en el Código Penal.

El Código Penal según fuera la mujer o el hombre el que cometiera el adulterio, era claramente machista y discriminatoria hacia la mujer, siendo esto así hasta el año 1978, tras Los Pactos de la Moncloa de 1977 que, además de reformas económicas, incluyeron también medias de contenido jurídico y político, acordes con el panorama democrático que se abría en nuestro país.

Tras la superación con la despenalización del adulterio como delito, solamente queda el reproche ético o moral que supone el incumplimiento del deber de fidelidad debido entre los cónyuges.

No es posible en cuanto a ésta obligación marital que los cónyuges pacten en contrario, excluyendo este deber, formalmente; otra cosa es que en la esfera íntima de los cónyuges tácita o expresamente existan parejas que así acuerden o lo toleren.

1.6. Atribución de representación

El artículo 71 del Código Civil dice *“Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida”*.

⁸⁹⁶ Éste decía *“El domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan”*.

Tras la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, por la que se reconoce la capacidad civil de la mujer casada, desaparece por completo en la que el marido administraba tanto los bienes propios como los de la mujer. Desde la fecha indicada rige la administración conjunta como regla general, que la legislación recoge en virtud de lo dispuesto en el art. 1375 del CC *“En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes”*.

Por tanto según lo establecido en el transcrito artículo cabe pacto en contrario, respecto de este punto, por medio de capitulaciones matrimoniales, pero eso sí, debiendo respetar la igualdad de derechos prescrita por el art. 1328 del CC.

Pactos sobre hijos

Los menores de edad gozan de una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Su falta de capacidad para querer y entender los actos jurídicos y posteriormente su inmadurez e inexperiencia le hace inepto para actuar por sí mismo, procurándole la legislación el complemento de esta capacidad para realizar sus actos a través de la atribución a sus representantes legales para que actúen en su nombre, hasta que progresivamente el ordenamiento jurídico le va permitiendo determinados actos en función de la edad, hasta que alcance la mayoría de edad donde se le atribuirá la capacidad de obrar por sí mismo.

De forma natural son los padres los que a través de la patria potestad lleven a cabo esta actuación en nombre de sus hijos.

El interés del menor deberá presidir toda actuación que se realice en nombre de ellos o a favor de los mismos, estando catalogado como principio constitucional al estar integrado en el art. 39.2 CE.

Así cualquier pacto que los cónyuges realicen que verse sobre sus hijos deberá respetar este principio, y constituirá un límite a la autonomía de la voluntad de

los padres, que deberá determinar el Juez en el procedimiento de separación o divorcio.

Los consortes podrán realizar los pactos respecto de materias que afectan a sus hijos menores de edad, pero con las limitaciones que en su momento veremos, y con la intervención de los poderes públicos para su control.

2.1. Patria potestad, irrenunciabilidad

La patria potestad regulada en el Código Civil, en los artículos 154 a 171, está configurada como un conjunto de derechos y obligaciones que la ley confiere a los padres sobre los hijos no emancipados, tanto sobre su persona como sobre sus bienes, y que de conformidad con lo dispuesto por el legislador habrá de ejercerse siempre en interés de los hijos, y entre los que se encuentran el deber de tenerlos en su compañía, prestarles alimentos, protegerlos, educarlos, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

Esta institución ha tenido una gran evolución en nuestro ordenamiento jurídico desde su creación por el Derecho romano, estableciendo el poder exclusivo del padre respecto de sus hijos.

Sin entrar en detalle, por ser objeto excesivo al presente trabajo, tenemos que señalar que a partir de la Constitución de 1978 cambió la configuración de la patria potestad. El art. 39 incluye la protección de los hijos entre los principios rectores, elevando su protección a constitucional. Consecuencia de ello, fue la reforma del Código Penal operada por la Ley 11/198, introduciendo, entre otras novedades, que la patria potestad será ejercida como norma general conjuntamente por el padre y por la madre.

Tenemos que distinguir entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio.

En cuanto a la primera, que corresponde por igual a ambos cónyuges, y que se adquiere por la mera filiación es irrenunciable e imprescriptible, y solo se perderá de forma definitiva por la muerte o declaración de fallecimiento de los progenitores, o por el cumplimiento de la mayoría de edad del hijo.

Respecto de su ejercicio, que también corresponde como hemos afirmado a ambos progenitores de forma conjunta, solamente por causa judicial puede ser suspendida o perdida por resolución judicial.

Mientras que la titularidad es obligatoria, sin que se pueda excluir ni de forma unilateral ni por pacto entre los dos padres, en cambio sí que caben determinados pactos en cuanto al ejercicio.

Por tanto, cualquier pacto que excluya la patria potestad de uno de los progenitores se haya acordado bien mediante pacto prematrimonial, bien a través del convenio regulador, debe reputarse nulo. Sin embargo, en cuanto a la forma concreta de llevar a cabo su ejercicio sí que se podrá pactar, recogiendo esta posibilidad el Código Civil respecto de su inclusión en el Convenio Regulador.

Aunque eso sí, este tipo de pactos que afectan a hijos menores de edad serán sometidos al control judicial, como veremos posteriormente.

2.2. Guarda y custodia

Si uno de los deberes que engloban la patria potestad es tener a los hijos en su compañía, a través de la guarda y custodia se lleva a cabo este derecho-obligación de los padres.

En principio cuando los progenitores están casados, tienen el deber de vivir juntos e inicialmente no existe pega respecto de la guarda y custodia de los hijos, los cuales convivirán con ambos padres en el domicilio familiar.

Por tanto los problemas pueden ocurrir cuando surge esa ruptura de la convivencia entre los progenitores estableciendo cada uno de ellos su domicilio por separado.

Por ello, los únicos pactos que en principio tienen razón de ser son aquellos que se contemplan para una futura crisis matrimonial, o una vez surgida ésta.

Los pactos en este sentido son válidos y deberán ser tenidos en cuenta por el juzgador en el momento de establecer las medidas por las que se van a regir las relaciones paterno-filiales tras el surgimiento de la nueva situación desencadenada por la separación o ruptura matrimonial de los progenitores.

Éstos serán aprobados siempre y cuando lo acordado por los padres no perjudique el interés del menor, en caso contrario, será el Juez el que teniendo en cuenta precisamente esta protección al menor dicte las medidas que considere más beneficiosas sin estar sujeto por lo pactado por los progenitores.

En este punto debemos decir que el interés del menor primará sobre todas las cosas, incluso los intereses de los padres o el principio de igualdad entre ambos, aunque contravenga lo pactado entre ellos.

2.3. Alimentos

Uno de los deberes de los padres respecto de sus hijos menores incluidos en la patria potestad que incluye el art. 154 del Código Civil es el de alimentación.

Es una obligación indisponible e imprescriptible, que siguen teniendo los padres incluso aunque no ostenten la patria potestad por cualquier motivo, como nos recuerda el art. 110 CC, e incluso cuando la filiación es determinada judicialmente contra la oposición del progenitor, art. 111 CC.

Aquí en sede de alimentos a favor de los hijos menores, sí cabe que los padres hagan pactos para determinar la contribución que cada uno de ellos hará para sufragar la alimentación de los hijos, que no solo comprende la comida, sino que es más amplio, de conformidad con el concepto dado por el artículo 142 CC.

Así será posible que los cónyuges a través de un pacto matrimonial fijen que uno de ellos abone el coste de determinado colegio, por ejemplo privado, o que los gastos del sustento se sufragarán de acuerdo con determinado porcentaje.

En cuanto a los acuerdos adoptados por los cónyuges cuando ya ha surgido la crisis matrimonial, expresados en un convenio regulador, tenemos que afirmar que también es posible la inclusión de los alimentos. No solamente es que sea viable su inserción en el convenio, sino que es obligatoria su fijación, siendo

contenido indispensable de conformidad con lo dispuesto en el apartado d) del artículo 90 del Código Civil.

Lo que no se podrá pactar en ningún momento, ni a través de un pacto prematrimonial ni a través de un convenio regulador será la exclusión de uno de los progenitores en la obligación de alimentos para con sus hijos.

Tenemos que señalar en este momento que incluso en situaciones en el que el progenitor tenga escasez de medios económicos o incluso cuando se desconozca su paradero, deberá de fijarse una pensión de alimentos a favor del menor, sin que, como decíamos, quede uno de los padres excluido de la alimentación de su hijo menor. Así el Tribunal Supremo⁸⁹⁷ ha recogido.

Además, al tener la pensión de alimentos naturaleza de orden público, el Juez no estará vinculado por lo propuesto por las partes⁸⁹⁸, puesto que si entiende que es perjudicial para el interés de los hijos no procederá a homologar el convenio, pudiendo establecer la obligación de prestar alimentos incluso de oficio, dado el carácter personalísimo, indisponible, irrenunciable e imprescriptible del derecho de alimentos.

Cosa distinta es la disposición que el acreedor tendrá respecto de las pensiones vencidas y no satisfechas, cuya acción prescribe a los cinco años.

Orden de los Apellidos

⁸⁹⁷ Entre otras Sentencia del Tribunal Supremo N° 481/2015, de 22 de julio, Recurso N° 737/2014, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Sin embargo el mínimo Vital cede ante la absoluta insolvencia de quien está obligado a prestar los alimentos de tal forma que el propio progenitor tenga que solicitar alimentos de quienes están obligados a prestárselos. Así lo recoge el alto Tribunal en la Sentencia N° 111/2015, de 2 de marzo, Recurso N° 735/2014, ponente José Antonio Seijas Quintana, pero eso sí siempre con carácter excepcional.

⁸⁹⁸ En cuanto a la no vinculación del Juez, no estando obligado por el acuerdo de los progenitores, varias son las Sentencias en este sentido, entre otras, la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de octubre de 1992, y la SAP de Oviedo de 16 de diciembre de 1989, la cual recoge “*Si bien los cónyuges gozan en principio de libertad para redactar las cláusulas del convenio en los términos que estimen conveniente, esta libertad de pacto no es absoluta en las materias que afecten a los hijos menores, ya que sobre ella prevalece el interés de estos últimos, obligando al juez al no aprobar aquellas cláusulas que resulten lesivas*”.

Otro de los temas sobre los que puede versar un pacto matrimonial en relación con los hijos es el orden de los apellidos que éstos deben llevar.

Este acuerdo es posible tras la promulgación de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, la cual como expresaba en su exposición de Motivos, tenía como objetivo acabar con la desigualdad entre el hombre y la mujer que durante tantos años ha permanecido incluso tras la promulgación de la Constitución en esta materia.

Con anterioridad a la entrada en vigor de esta reforma la Ley establecía con carácter indisponible que el primer apellido de los hijos era el primero del padre y el segundo el primero de la madre.

Por tanto ésta Ley abría la puerta a que los progenitores de mutuo acuerdo procedieran a la elección del orden de los apellidos que querían para sus hijos, aunque eso sí, a falta de la meritada elección se aplicaba el régimen general, es decir, seguía siendo impuesto primero el del padre y en segundo lugar el de la madre.

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, pendiente de entrar en vigor, dio un paso más estableciendo:

“La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de trasmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostentan la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Trascurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor”.

Al igual que en la anterior ésta reforma permite que los padres de común acuerdo manifiesten antes de la inscripción de su hijo el orden de los apellidos pudiendo elegir si es primero el del padre el que debe figurar o por el contrario invertirlo siendo el de la madre el primero que llevará el hijo.

La novedad es que, a diferencia de la anterior en que si no existía esa manifestación, por desacuerdo de los progenitores o por cualquier otra causa, automáticamente se establecía el orden prefijado, primero el del padre y luego el de la madre, en la actualidad se establece que el Encargado del Registro Civil a falta de acuerdo o de elección les exhortará para que en el plazo de tres días manifiesten cuál es el orden de los apellidos que desean inscribir, por lo que como vemos, existe una “prórroga” o “segunda oportunidad” para que sea la voluntad de los padres la impere.

Si pese a ello tampoco existe indicación de los padres, será el Encargado del Registro Civil quién determinará el orden de los apellidos del recién nacido atendiendo al interés superior del menor, de ésta forma se evita que automáticamente sea el apellido del padre el que se inscriba primero en defecto de elección.

Eso sí, una vez tomada la decisión por los padres sobre el orden de los apellidos del primer hijo, quedará establecido para los demás hijos con idéntica filiación, sin poder variar el orden para unos descendientes sí y para otros no, debiendo los hermanos del mismo padre y de la misma madre llevar el mismo orden de apellidos, sea cual fuere.

Por tanto, existiendo tal posibilidad de elección es posible que los cónyuges o futuros contrayentes en su pacto matrimonial incluyan cláusula a través de la cual dejen ya fijada su voluntad sobre el orden de los apellidos que llevarán sus hijos siendo plenamente válido éste acuerdo dado que se ha convertido en una materia disponible para los progenitores.

Derechos sucesorios

En general en el derecho común no admite la sucesión contractual, contemplando el Código Civil únicamente la sucesión testada y la intestada.

Sin embargo, existe hueco, aunque pequeño, a los pactos sucesorios. Así el art. 1271 CC contiene algunas excepciones a la prohibición general, referidas a la partición de la herencia. Entre estas excepciones encontramos:

- La posibilidad de donarse los cónyuges bienes futuros, sólo para el caso de muerte, previsto en el art. 1341 CC.
- El poder encomendar al cónyuge la facultad de mejorar, permitido según el art. 831.1 CC.
- Los pactos de mejorar o no mejorar.

Hablando de éstos últimos, el art. 826 CC establece *“La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida.*

La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto”.

Por tanto el único requisito que exige la legislación para que tenga validez el pacto por el cual una persona se compromete a mejorar o a no mejorar será que éste se realice por medio de escritura pública de capitulaciones matrimoniales.

Evidentemente la mejora o no mejora deberá de ser en relación de alguna de las personas que pueden ser mejoradas, es decir hijos o descendientes. Así los cónyuges pueden pactar el no mejorar a ninguno de sus hijos o descendientes, presentes o los futuros que tuvieren, o en mejorar a alguno o a varios de ellos.

Como recoge el citado artículo esta disposición será irrevocable, no pudiendo por testamento disponer lo contrario.

Distinto es que ambos cónyuges de común acuerdo decidan modificar sus capitulaciones matrimoniales, y cumpliendo con los requisitos para ello, establezcan otras disposiciones diferentes a las contenidas.

Diferente de este pacto de promesa de mejorar o no mejorar, es la mejora hecha por capitulaciones matrimoniales, la cual también será irrevocable.

Así lo dispone el art. 827 CC *“La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero”.*

La diferencia entre las dos figuras expuestas, a mi entender, es la siguiente, mientras que la promesa de mejorar o no mejorar se realiza por pacto de ambos cónyuges que se recoge en la escritura de sus propias capitulaciones; la mejora hecha por capitulaciones, entiendo es la que realiza uno o ambos de los progenitores o ascendientes, que son los que pueden mejorar, de uno de los cónyuges o de ambos, que en las capitulaciones de éstos últimos, realizan una mejora a favor del hijo o descendiente (el que puede ser mejorado), a través de una donación no colacionable realizada a favor de éste solo o de ambos cónyuges (en cuyo caso la mejora sería solo la mitad del bien donado).

Aunque, según el tenor literal del transcrito artículo, también cabría en este último supuesto, la mejora hecha por unos esposos en sus propias capitulaciones a favor de un hijo o descendiente, mediante la entrega de un determinado bien, pues no sería una promesa de mejora puesto que ya se habría realizado mediante la donación consumada, ya que el Código Civil sólo exige que se haga por capitulaciones matrimoniales sin mayor especificación.

En ambos casos será irrevocable.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA RUBIO, M^a P., “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, Anuario de Derecho Civil, 2003

DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, “La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el derecho civil”, Revista Jurídica de Castilla y León, N^o 13, Agosto, 2007

LÓPEZ DE LA CRUZ, LAURA, “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, In Dret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, octubre 2010

La responsabilidad por el pago de las deudas de la herencia sin heredero a la luz de la regulación del Código Civil

Cristina Villó Travé

Investigadora postdoctoral

Universitat Rovira i Virgili

1.- La regla general: la responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia

Cuando hay un heredero, será éste quien, como sucesor universal, asumirá la titularidad de la deuda y tendrá la obligación de responder de ella, siempre que, lógicamente, haya procedido previamente a la aceptación de la herencia. Esta afirmación toma como base legal el art. 411-1 del Código Civil de Cataluña⁸⁹⁹, el cual se refiere al heredero como “sucesor en todo el derecho del causante”, englobando en dicha concepción no sólo la adquisición de bienes y derechos, sino también la subrogación en las deudas del causante, con efectos retroactivos al momento de la aceptación⁹⁰⁰. En definitiva, la aceptación de la herencia supondrá la adquisición del título de heredero que, a su vez, conlleva la atribución de la cualidad personal de heredero, la cual no podrá ser enajenada a consecuencia de su carácter personalísimo. De este modo, el sujeto que ostenta dicha cualidad será el responsable por las deudas, independientemente de que proceda a la venta de la herencia que le corresponde (art. 1531 del Código Civil Español⁹⁰¹)⁹⁰².

⁸⁹⁹ En adelante CCCat.

⁹⁰⁰ LÓPEZ BURNIOL, J. J. y SALVADOR CODERCH, P.: “art. 411-1”, en EGEA-FERRER (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Vol. I, Edit. Atelier, Barcelona, 2009, p. 64.

⁹⁰¹ En adelante CC.

⁹⁰² La posibilidad de vender la herencia por parte del heredero se desprende del contenido del art. 463-6.1 CCCat, según el cual “cada coheredero puede disponer de su cuota hereditaria”. Pero debemos precisar que el hecho de vender la herencia no significa que el heredero pierda su cualidad de heredero, lo que se pone de manifiesto con el mantenimiento de su responsabilidad. En este sentido, recurrimos al art. 1531 CC, en virtud del cual “el que venda una herencia sin

Así, el heredero sucede al causante en aquellas deudas de las cuales éste era titular en vida, convirtiéndose de este modo en el nuevo deudor de la obligación sin que se produzca ninguna novación. El título de heredero es el único título que permite la transmisión de las deudas sin que sea necesario el consentimiento del acreedor. En este sentido, la regla general del art. 1205 CC, según la cual “la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del deudor primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”, viene matizada por el art. 1257 CC, el contenido del cual establece que “los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos”, y por el mencionado art. 411-1 CCCat.

La responsabilidad del heredero frente a las deudas hereditarias vendrá determinada por la modalidad de aceptación de la herencia: pura y simple o a beneficio de inventario. De acuerdo con ello, a grandes rasgos, en caso de aceptación pura y simple, el principal efecto que se deriva consiste en la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires* del heredero frente a los acreedores del causante y las cargas hereditarias de acuerdo con el art. 461-18 CCCat, el cual precisa, a diferencia del art. 411-1 CCCat, el ámbito de responsabilidad del heredero, haciéndolo extensivo tanto a los bienes relictos como a los suyos propios, indistintamente. Así, la herencia del causante pasa a integrarse dentro del patrimonio personal del heredero. La característica principal de la aceptación a beneficio de inventario, por el contrario, la encontramos en el art. 461-20 CCCat, y consiste en la separación de los patrimonios del heredero y el hereditario y en una responsabilidad limitada del heredero, que tan solo responderá de las deudas del causante con el patrimonio hereditario. Esta separación de patrimonios conlleva, pues, una ausencia de confusión y de responsabilidad *ultra vires*.

enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero”, de modo que este precepto evidencia que será él quien deberá responder de dichas deudas. Véase DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3ª edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 33.

2.- La responsabilidad por el pago de deudas hereditarias en caso de distribución de toda la herencia en legados

En el Derecho civil de Cataluña se admite la distribución de toda la herencia en legados sin el necesario nombramiento de heredero, lo que rompe en cierto modo con la tradición romanista en la que se fundamenta el derecho de sucesiones catalán por admitir organizar la sucesión sin la intervención de un sucesor universal que se subroga tanto en el activo como en el pasivo hereditario.

En este sentido, cabe precisar que los requisitos exigidos para que sea válida la distribución de toda la herencia en legados son distintos en función de si nos referimos al derecho general de Cataluña o de si el causante está sujeto al derecho local de Tortosa, en el sentido de que, mientras que el primero exige la necesaria intervención de un albacea universal que cumpla con las funciones de ejecución que se le han encomendado, en el caso de Tortosa será válida la distribución de toda la herencia en legados sin necesidad de nombrar un albacea universal, lo que significa que los legatarios serán, en este último caso, los únicos sujetos que intervienen en la sucesión.

Esta diferencia entre ambos -la necesaria intervención o no de albacea universal- tiene una importante consecuencia en materia de responsabilidad. La responsabilidad por las deudas hereditarias, como ya hemos avanzado, corresponde con carácter general al heredero, quien responde personalmente por ellas. Por lo tanto, nos surge la duda de quien responderá por las deudas de la herencia en defecto de sucesor universal. No encontramos respuesta a esta cuestión en el Código Civil de Cataluña, cosa que nos lleva a proponer a cuál de los sujetos que intervienen en la sucesión podemos atribuir la responsabilidad en este caso, tratando de respetar en la mayor medida posible la naturaleza de las instituciones que intervienen en la sucesión sin heredero.

Cabe puntualizar que la solución prevista para el derecho general de Cataluña deberá ser distinta de la aplicable para el derecho local de Tortosa. Precisamente, será la necesaria intervención o no de un albacea universal el

motivo por el que la responsabilidad no debería operar de igual modo para cada uno de estos casos, como veremos a continuación.

2.1.- La responsabilidad por el pago de deudas hereditarias en el Derecho general de Cataluña

En el Derecho general de Cataluña, el necesario nombramiento de un albacea universal implica que los únicos sujetos que intervienen en la sucesión son los legatarios y el albacea universal.

No hay lugar a dudas acerca de que en el derecho general de Cataluña los legatarios nunca tendrán el carácter de deudor, ya que eso sería desvirtuar una figura que, precisamente, se diferencia del sucesor universal (el heredero) por recibir sólo una parte del activo hereditario y no su pasivo.

En este sentido, nos planteamos si entender que en caso de distribución de toda la herencia en legados la atribución de la responsabilidad por las deudas hereditarias recaería sobre los legatarios, no iría en contra de la propia esencia del legado que, en principio, constituye únicamente un beneficio patrimonial para el legatario (art. 427-9.1 CCCat), libre de cualquier tipo de responsabilidad más allá de la posibilidad de reducirlos si fuera necesario para satisfacer los derechos preferentes al suyo.

Además, si atendemos al lugar que ocupa el legatario cuando concurre con el heredero, queda claro que, en todo caso, es este último quien responde de las deudas hereditarias y quien, de ser el sujeto gravado con los legados, deberá proceder a su cumplimiento⁹⁰³. Mientras que, lejos de ser responsables, los legatarios únicamente deberán esperar el cumplimiento de su legado, tras el pago de los acreedores hereditarios, las legítimas, la cuarta vidual y, en su caso, la retención de la cuota hereditaria mínima por parte del heredero.

⁹⁰³ Esta afirmación se desprende de los arts. 411-1 CCCat, en cuanto a su obligación de responder por las cargas hereditarias en virtud de su condición de sucesor universal, y de los arts. 427-7.1 y 427-18.1 CCCat, en relación con la obligación del heredero gravado con un legado de “entregar la cosa o el derecho real objeto del legado si este tiene eficacia real, o de cumplir las obligaciones que el legado le impone si tiene eficacia obligacional”.

Por este motivo, nos surge la duda de si realmente sería diligente atribuir la responsabilidad a un sujeto que, de haber heredero, en ningún caso sería responsable por las deudas. Y eso porque, en nuestra opinión, de ser así, la distribución de toda la herencia en legados generaría un perjuicio para los legatarios, quienes, en un principio, sólo deberían verse perjudicados por la existencia de acreedores del causante por la posible reducción de sus legados a la que podría dar lugar la satisfacción de sus créditos, por ostentar éstos un derecho preferente al del legatario, pero no porque recayera sobre ellos la responsabilidad por el pago de sus créditos.

De todo ello, así como de la ausencia de una previsión legal por parte del Código Civil de Cataluña en la que se determine la responsabilidad de los legatarios por las deudas hereditarias, podemos concluir, a nuestro entender, que la solución según la cual ante la ausencia de heredero en la sucesión los legatarios serían responsables pero no deudores sería una solución excesivamente forzada, así como, en cierto modo, contraria a las notas que, tradicionalmente, han caracterizado a la figura del legatario (beneficiario de una atribución a título singular).

Por su parte, tampoco el albacea universal podría ser deudor, ya que el carácter de deudor, como sabemos, sólo puede atribuirse al heredero, como sucesor universal. Pero, además, y a diferencia de lo que ocurre con el legatario, en relación con el albacea universal tampoco existen dudas respecto de la exclusión de su responsabilidad por el pago de deudas.

Su responsabilidad se excluye porque, en su caso, a diferencia del legatario, ni tan siquiera es beneficiario de una atribución a título singular. Su intervención en la sucesión se limita a la realización de las funciones relacionadas con la administración y liquidación de la herencia⁹⁰⁴ o, en otras palabras, a actuar como gestor del patrimonio hereditario. En relación con ello, una de las funciones que debe llevar a cabo el albacea universal, como función que, por ley, tiene

⁹⁰⁴ En este sentido, el art. 429-8 CCCat señala que “el albacea universal está facultado para posesionarse de la herencia y administrarla igual que todo heredero, disponer de sus bienes con el alcance establecido por los artículos 429-9 y 429-10 y hacer los actos necesarios para cumplir su cometido y las disposiciones del testamento”.

encomendada (ya sea de realización dineraria de la herencia o de entrega directa de remanente de bienes), es el pago de las deudas y cargas hereditarias (arts. 429-9.1.d) y 429-10.1.a) CCCat). Pero ello no significa que sea responsable por ellas, sino que, lejos de ser así, únicamente procederá a su pago porque en virtud de su condición de administrador del patrimonio hereditario deberá liquidar el pasivo para poder hacer entrega de lo que corresponda a sus beneficiarios.

De este modo, aceptar su responsabilidad sería hacer responsable de un patrimonio a un sujeto que no recibirá ningún beneficio de él, lo que, evidentemente, no respondería a lógica alguna.

De todo lo anterior, nos planteamos la posibilidad, bajo nuestro punto de vista más acorde con la esencia de cada uno de los sujetos intervinientes en la sucesión, de que el patrimonio hereditario sea el que responda de las deudas hereditarias.

En este sentido, nos centramos en un sistema inspirado en la liquidación del patrimonio hereditario del sistema anglosajón, según el cual, primero se procede a la liquidación del pasivo hereditario y, tras ello, se reparte el remanente entre los beneficiarios.

De ser así, el albacea universal que, como hemos dicho, lleva a cabo todas las tareas de administración y liquidación del patrimonio hereditario en defecto de heredero, será el encargado de pagar las deudas y cargas hereditarias. Pero el albacea universal catalán no lo hará como responsable, sino como mero gestor. Ello implica que su patrimonio personal quedará al margen de cualquier tipo de responsabilidad y, simplemente, se encargará de administrar el patrimonio hereditario con el objetivo de liquidar todo el pasivo que recayera sobre él.

Ello tendrá como consecuencia que los acreedores hereditarios no tendrán que dirigirse a los legatarios en la reclamación de sus créditos -la cual cosa les favorecerá-, a la vez que excluye la necesidad de entrar a discutir aspectos como si la deuda está dividida, o si la responsabilidad de los legatarios es mancomunada, solidaria o, por el contrario, se divide entre ellos de manera igualitaria o proporcional.

En principio, en cuanto al orden de cobro de los acreedores, se seguirá lo dispuesto por el causante, por el carácter preferente que se da a su voluntad⁹⁰⁵ y, en defecto de ello, los acreedores cobrarán sus créditos “a medida que se presenten”⁹⁰⁶, por la ausencia de una norma en el CCCat que regule un orden de cobro específico.

Siguiendo este sistema, los legatarios no intervendrán en la sucesión hasta una vez liquidado el pasivo hereditario o, lo que es lo mismo, pagados todos los acreedores. Tras ello, el remanente que quede en la herencia se repartirá entre sus beneficiarios -los legatarios- que podrán obtener el valor completo de lo que les correspondía en virtud de su legado o, si este remanente fuera insuficiente para satisfacer por completo sus legados, recibirán lo que les correspondiera en proporción al valor de su legado.

A pesar de que parezca que la posibilidad de que este remanente fuera insuficiente podría llegar a perjudicar a los acreedores, éstos se verían perjudicados de igual manera que si la liquidación no se hiciera previamente a la entrega de los legados. Y eso ocurre porque, también en este último caso, el derecho de los acreedores es previo al de los legatarios, por lo que podrían reducirse, o incluso suprimirse, los legados para el pago de los créditos.

Esta afirmación se constata en el hecho de que los legatarios quedarán al margen de cualquier responsabilidad, y recibirán lo que les correspondiera libre de cualquier carga; los acreedores hereditarios se dirigirán contra el albacea universal, como sujeto encargado del pago de deudas hereditarias, para que éste proceda al pago de sus créditos con el patrimonio hereditario de acuerdo con las previsiones del testador o, en defecto de ello, “a medida que se presentaran”; y,

⁹⁰⁵ Esta preferencia de la voluntad del causante también opera en relación con la reducción de legados, para la cual el art. 427-45.1 CCCat señala que “la reducción de los legados, tanto por el hecho de ser excesivos como por razón de cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima, se hace respetando el orden que ha establecido el causante o, si no lo ha establecido, en proporción a su valor”.

⁹⁰⁶ El pago de los acreedores “a medida que se presenten” está regulado en sede de aceptación a beneficio de inventario, como regla integrada dentro de la administración beneficiaria (art. 461-21.2 CCCat). Debemos precisar que, de igual modo que ocurre en el caso que nos ocupa, también en relación con el orden de pago de los acreedores cuando éstos han solicitado el beneficio de separación patrimonial aplicamos la solución prevista por el art. 461-21.2 CCCat, es decir, el pago “a medida que se presenten”, ante la ausencia de una regulación expresa sobre este extremo en los preceptos reguladores del beneficio de separación patrimonial.

en el caso concreto de los legados de eficacia real, no será necesario que para el pago de las deudas se tenga que quitar a su beneficiario una cosa de la que ya es propietario, porque la propiedad la retendrá el albacea universal hasta la liquidación completa del pasivo.

A pesar de todo lo expuesto, somos conscientes de que la aplicación de una solución cercana a la prevista en el sistema sucesorio anglosajón, parece oponerse, en una primera lectura, a las ideas en las que se fundamenta el derecho sucesorio catalán, de clara tradición romanista. Sin embargo, también creemos que la posibilidad de distribuir la totalidad de la herencia en legados excluyendo la necesaria intervención de un heredero ya se contraponen, en cierta medida, a las raíces romanistas que propugnaban la ineludible necesidad de un heredero en la sucesión, y según las cuales la repudiación de la herencia por su parte dejaba sin efecto cualquier otra disposición hecha en el testamento.

De todo ello podemos concluir que, en nuestra opinión, a pesar de reconocer que ni el legatario ni el albacea universal pueden ser deudores, pensar que el legatario puede llegar a ser responsable por las deudas hereditarias es forzar, en cierto modo, una solución que no sería del todo acorde con los elementos que le caracterizan.

Por lo tanto, creemos que en este caso, en defecto de heredero que, como sucesor universal, sea deudor y, a su vez, responsable por el pago de las deudas hereditarias, lo más razonable sería huir de la solución prevista en el art. 891 CC, según la cual las deudas y gravámenes se prorratan entre los legatarios en proporción a sus cuotas, y atribuirle la responsabilidad y la deuda al patrimonio con el que deben satisfacerse. Ello encaja perfectamente con la necesaria intervención del albacea universal, ya que, a pesar de que el patrimonio hereditario sea el responsable de las deudas, el albacea universal será el sujeto a quien se dirigirán los acreedores en sus reclamaciones, así como quien llevará a cabo todas las funciones necesarias para que la administración y liquidación de la herencia se haga correctamente (excepto cuando el testamento se ha otorgado por una persona sujeta al derecho local de Tortosa).

2.2.- La responsabilidad por el pago de deudas hereditarias en caso de distribución de toda la herencia en legados en el Derecho local de Tortosa

De la distribución de toda la herencia en legados por persona sujeta al derecho local de Tortosa se desprenden mayores inconvenientes que en el derecho general de Cataluña, tanto para los legatarios, como para los acreedores, lo que viene motivado por la ausencia de un albacea universal que necesariamente intervenga en la sucesión. En este sentido, los legatarios deberán llevar a cabo todas aquellas funciones que fueran necesarias para la administración del caudal relicto cuando, en caso de intervención de un albacea universal, sería éste quien se encargaría de realizarlas. Y, por su parte, los acreedores hereditarios se verían perjudicados por el hecho de tener que dirigirse a los distintos legatarios en la reclamación de sus créditos, a diferencia de la posibilidad, mucho más cómoda para ellos, de dirigirse exclusivamente al albacea universal, cuando él se encarga de la gestión del patrimonio hereditario.

Además, en el derecho local de Tortosa, la ausencia de un albacea universal entendemos que excluye la existencia de un patrimonio sin titular, motivo por el que no sería aplicable la solución prevista para la distribución de toda la herencia en legados en el derecho general de Cataluña.

Por todo ello, se hace necesario abandonar la lógica del Código Civil de Cataluña e intentar buscar la solución más coherente posible, inspirándonos en la solución prevista por el art. 891 CC, cuando ello fuera posible.

En el derecho local de Tortosa, la ausencia de heredero y de albacea universal tiene como consecuencia que los únicos sujetos que intervienen en la sucesión sin heredero son los legatarios. No obstante, al legatario en ningún caso lo podemos considerar deudor, en tanto que es un simple adquirente de un activo neto a título singular, y no se subroga en las deudas hereditarias como sucedería con el heredero, que sí se subroga en la posición jurídica que ocupaba el causante en vida (art. 411-1 CCCat).

Conforme a ello, se plantea la cuestión de quién ostenta la condición de deudor y quien debe responder de las deudas hereditarias en este caso. Ésta no

es una cuestión sencilla ni pacífica dentro de la doctrina, con lo que se han apuntado diversas soluciones.

Una de las soluciones que se había intentado dar a esta problemática en el ámbito del Código Civil es el llamamiento a la sucesión intestada, para procurar la existencia de un heredero universal que se convirtiera en el nuevo titular de las obligaciones. Esta opción es considerada ilógica por una parte de la doctrina española, dado que el hecho de llamar a un heredero legal cuando la herencia está totalmente distribuida en legados, supondría que éste presenciaría un reparto en el que no participará⁹⁰⁷. En cualquier caso, esta posibilidad no es admisible en el Derecho civil catalán, como lo demuestra el art. 423-6.5 CCCat, según el cual, de haber remanente en la herencia, éste se repartirá entre los legatarios “a partes iguales”, excluyendo el llamamiento a la sucesión intestada (excepto, a nuestro parecer, cuando este remanente sea abundante en relación con unos legados insignificantes).

Por otro lado, hay que aclarar que la falta de uno de los legatarios no determinará que se tenga que llamar al heredero intestado⁹⁰⁸. Si se ha efectuado un llamamiento conjunto a favor de los legatarios, se producirá un acrecimiento a favor de aquéllos que hayan sido llamados conjuntamente, de acuerdo con el art. 462-3 CCCat⁹⁰⁹. Si por el contrario no hay un llamamiento conjunto, entonces

⁹⁰⁷ MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 172-175.

⁹⁰⁸ En el derecho local de Tortosa, la particularidad consiste en que la distribución de toda la herencia en legados ordenada en testamento permite excluir a los herederos intestados de la sucesión, pero, por el contrario, si se hubiera ordenado en codicilo no quedarían excluidos los herederos intestados. Véase MARSAL I GUILLAMET, J.: *El testament*, Estudis de dret privat català, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000, p. 129.

⁹⁰⁹ Para determinar lo que se entiende por llamamiento conjunto debemos recurrir al art. 42 CS, ya que el art. 462-3 CCCat guarda silencio al respecto. Así, en el art. 42.1 CS se afirmaba que procederá el acrecimiento cuando se realice un llamamiento conjunto de los legatarios, pero para la determinación de qué se entiende por llamamiento conjunto nos remite, en su apartado 4º, al art. 39 CS. En este sentido, entendemos que el llamamiento conjunto de los legatarios se producirá en los mismos supuestos que dicho artículo del CS preveía para el caso de los herederos. Dicho esto, se entenderán instituidos conjuntamente “si el testador omite cualquier asignación numérica de partes, y también cuando la indicación de partes alícuotas coincida con la división en cuotas que procedería en el supuesto de que dicha indicación se hubiera omitido. Igualmente, se entenderá respecto a los [legatarios] instituidos en una misma cuota o parte de la herencia, o en una misma cláusula”. Véase, respecto de la interpretación de este precepto, BOSCH CAPDEVILA, E.: *L'acreixement en el dret successori català*, Estudis de dret privat català, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000, pp. 361-362. Véase también respecto de esta cuestión MEZQUITA

se producirá, como hemos dicho, un incremento igualitario a favor de los demás legatarios, de acuerdo con el art. 423-6.5 CCCat⁹¹⁰.

Así, en Tortosa, la ausencia de heredero y de albacea universal en el testamento no conlleva la apertura de la sucesión intestada (arts. 422-1.3 y 423-6.5 CCCat), excepto en el caso de que no quedara ningún legatario a quien se hayan atribuido los bienes relictos; sólo en este caso, es decir, cuando no hay ningún legatario que puede acrecer o “incrementar”, serán los herederos intestados los que adquirirán los bienes⁹¹¹.

Una vez excluido el llamamiento a los herederos intestados para que éstos se subroguen en las obligaciones del causante, tan sólo quedan, como posibles deudores, los legatarios. Ante esta situación existen dos posibles soluciones: que los legatarios fuesen los deudores (y, en consecuencia, responsables por las deudas del causante); o bien, que no fuesen deudores, pero sí responsables.

Excluida la posibilidad de que sean deudores, queda claro que los legatarios deberán ser responsables por el pago de las deudas hereditarias, ante la necesidad de que alguien responda frente a los acreedores hereditarios, quienes no pueden verse perjudicados por la ausencia de un heredero en la sucesión. Ahora bien, en este sentido, debemos atender también a otra cuestión: la afectación de los bienes recibidos por el legatario al pago de las deudas hereditarias. Aspecto que debemos poner en relación con su responsabilidad.

Con carácter general, podemos afirmar que los bienes hereditarios y los bienes particulares del legatario están afectados, indistintamente, al pago de las deudas hereditarias. Sin embargo, de la ausencia de un heredero en la sucesión

DEL CACHO, J. L.: “arts. 39”, en JOU I MIRABENT (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña: Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 1994, p. 141.

⁹¹⁰ Esta idea la podemos extraer de la aplicación analógica del art. 423-6.5 CCCat, según el cual en caso de distribución de toda la herencia en legados “los bienes no dispuestos corresponden a los legatarios por partes iguales”. Véase DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de Cataluña...*, ob. cit., p. 46. En relación con la regulación del CS, véase también BOSCH CAPDEVILA, E.: *L'acreixement en el dret successori...*, ob. cit., p. 352.

⁹¹¹ Debemos matizar que, si en vez de distribuirse la herencia en legados en un testamento, se hubiera ordenado en un codicilo, también se produciría la apertura de la sucesión intestada. Respecto de la ausencia de legatarios a quienes atribuir los bienes relictos, véase DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de Cataluña...*, ob. cit., p. 46.

se podrían desprender consecuencias negativas para los acreedores hereditarios, por la imposibilidad de solicitar el beneficio de separación patrimonial, ante la amenaza de concurrencia con los acreedores particulares del legatario. Asimismo, el hecho de que el legatario no deba aceptar su legado, conlleva que no pueda gozar de los efectos del beneficio de inventario y, con ello, separar el patrimonio recibido del suyo propio. Sin embargo, su responsabilidad siempre se limitará, como máximo, al valor del bien legado. Ante esta situación, entendemos que los bienes hereditarios recibidos por el legatario estarán afectados, con carácter preferente, al pago de las deudas hereditarias. Ello implica que, en caso de concurrir con acreedores particulares del legatario a los que éste debiera hacer frente, el bien objeto de legado deberá responder, en primer lugar, por los créditos de los acreedores hereditarios, por ser las deudas hereditarias aquéllas para las que está afectado preferentemente. Ahora bien, ello no excluye la posibilidad del legatario de abonar el importe con su patrimonio personal, si así lo estima conveniente, sino que simplemente garantiza que dicho bien responderá con carácter preferente del pago de las deudas hereditarias.

Por lo tanto, entendemos que el legatario no es deudor pero sí responsable. La diferencia entre deudor y responsable se alza sobre la base de que ser deudor implica ostentar la titularidad de la deuda y, por consiguiente, el único que puede ser deudor es el heredero, por su carácter de sucesor universal. Por ello se excluye el carácter de deudor del legatario, quien, por el contrario, sí que podrá ser responsable por las deudas hereditarias en determinadas ocasiones, dada la posibilidad de que la responsabilidad no vaya siempre vinculada a la titularidad de la deuda⁹¹². Por lo tanto, los legatarios pueden llegar a ser responsables pero nunca deudores, ya que ello va en contra de la esencia de la figura.

En el Código Civil, el soporte legal para esta afirmación lo encontramos en el art. 891 CC, el cual establece que en caso de distribución de toda la herencia en legados cada legatario *responde* de las deudas y gravámenes en proporción a sus

⁹¹² En contra de esta idea, y a favor de la idea de que la responsabilidad siempre va vinculada a la deuda, véase DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial II: las relaciones obligatorias*, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 77-103.

cuotas⁹¹³. En el derecho catalán no encontramos una disposición similar al mencionado art. 891 CC. Por ello, la razón para hablar de responsabilidad y no de afectación consiste en que el legatario -en el caso de legados de eficacia real- adquiere automáticamente la propiedad a través de la delación, sin que sea necesario ningún acto específico ni del legatario ni del gravado, tan solo que no se manifieste su repudiación⁹¹⁴.

Así, el legatario no debe responder con el bien concreto legado, sino que responderá hasta donde llegue el valor de este bien, a pesar de que, como ya hemos dicho, el bien legado está afectado preferentemente al pago de las deudas hereditarias. Por lo tanto, se trata de un supuesto de responsabilidad, pero limitada al valor de los bienes que reciba el legatario.

En virtud de lo expuesto, si el deudor no es ni el heredero -que no lo hay-, ni el albacea universal -de quien no se requiere la intervención en el caso de Tortosa-, ni el legatario, ¿quién es deudor? De acuerdo con lo que hemos expuesto anteriormente, nos encontramos frente a un supuesto de “responsabilidad sin deudor”.

Por un lado, ello queda justificado a causa de la ausencia de institución de heredero, siendo éste el único que puede ocupar el lugar del deudor inicial. Por otro lado, porque tampoco podemos considerar como deudora a la herencia, en tanto que desaparece como patrimonio porque su propiedad la adquieren los legatarios con la delación. Y finalmente, por el hecho de que, como ya hemos dicho, el legatario tampoco puede ser el titular de la deuda, ya que ello contravendría los principios esenciales del derecho sucesorio catalán.

⁹¹³ En relación con el derecho español, no hay dudas acerca de la responsabilidad del legatario por las deudas hereditarias. Autores como MINGORANCE GOSÁLVEZ afirman que “la principal particularidad de este supuesto radica en averiguar si, cuando se produce la distribución de la herencia, de toda la herencia en legados, estamos ante un caso de herencia sin heredero. Cuando de esta manera el testador agota el “as” hereditario, resulta que los legatarios han de liquidar la herencia y, lógicamente han de responder de las deudas sin la intervención de herederos”. Véase en este sentido MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las deudas...*, ob. cit. pp. 172-173.

⁹¹⁴ De acuerdo con el art. 427-15.1 CCCat “por la delación, el legatario adquiere de pleno derecho la propiedad de la cosa objeto del legado si este es de eficacia real (...)”.

Si reconocemos, pues, que de la distribución de toda la herencia en legados por persona sujeta al derecho local de Tortosa se desprende la responsabilidad de los legatarios por las deudas del causante, como también la limitación de su alcance al valor de lo recibido por el legado, también será preciso atender a otra cuestión: el tipo de responsabilidad de los legatarios⁹¹⁵.

Antes de profundizar en el tipo de responsabilidad del legatario, debemos aclarar si la deuda de la que deberá responder es única o, por el contrario, se divide la deuda entre los legatarios, como ocurre en caso de pluralidad de herederos. En esta línea, debemos plantearnos si sería oportuna la aplicación analógica del art. 463-1 CCCat, relativo a la concurrencia de una pluralidad de herederos, para un caso de pluralidad de legatarios o si, por el contrario, no existiría suficiente similitud entre ambas figuras como para proceder a ella.

⁹¹⁵ De igual modo, esta cuestión carece de regulación en el Código Civil español, por lo que también es objeto de debate entre la doctrina española. En ella, la mayoría de autores se decantan por reconocer una responsabilidad solidaria de los legatarios, frente a una minoría que les reconoce una responsabilidad mancomunada. Esto se pone de manifiesto a través del estudio de los autores que exponemos a continuación, en tanto que, de ellos, tan sólo CAZORLA GÓNZALEZ, CRISTÓBAL MONTES, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS y GARCÍA GOYENA se muestran partidarios de optar por una responsabilidad mancomunada de los legatarios, frente al resto que se postulan en favor de un régimen de responsabilidad solidaria entre ellos. A favor de la responsabilidad mancomunada, véase CAZORLA GONZÁLEZ, M^a J.: *El concurso de la herencia*, Colección de derecho concursal, Edit. Reus, Madrid, 2007, p. 135; CRISTÓBAL MONTES, A.: “La responsabilidad de los legatarios de toda la herencia”, *RDP*, Tomo LXXII, mayo, 1988, pp. 435-449; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, Vol. IV, 9^a Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 2004, pp. 402-403 y GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo III, Imprenta de la sociedad tipográfica-Edit., Madrid, 1852 (reimpresión a cargo de Edit. Base, Barcelona, 1973), p. 97. Por el contrario, a favor de la responsabilidad solidaria véase, entre otros: ALBALADEJO GARCIA, M.: “La responsabilidad de los herederos por deudas del causante”, *ADC*, Tomo XX, Fascículo III, julio-septiembre, 1967, pp. 480 y ss.; ALBALADEJO GARCIA, M.: “art. 891”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, Vol. I, 2^a Edición, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1998, pp. 514-515; ALVAREZ VIGARAY, R.: “La distribución de toda la herencia en legados”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Tomo L (218 de la colección), 2^a Época, Instituto Edit. Reus, Madrid, 1965, p. 677; CUADRADO PÉREZ, C.: “Distribución de toda la herencia en legados”, *AC*, Tomo III, 2002, pp. 844-845; GARCÍA RUBIO, M^a P.: “art. 891”, en DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 996; GARCÍA RUBIO, M^a P.: *La distribución de toda la herencia en legados*, Edit. Civitas, Madrid, 1989, pp. 391-397; MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, E.: *El art. 891 del C.c: la distribución de toda la herencia en legados*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 330-333; NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pp. 144-154; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. I, 3^a Edición, 1990, Edit Bosch, Barcelona, p. 297; y ROMERO HERRERO, H.: “Responsabilidad del heredero y del legatario”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLI, Madrid, 2002, pp. 510-511.

La aproximación al concepto de división de la deuda conlleva una ineludible referencia a la comunidad hereditaria (463-1 CCCat). Ante la falta de regulación de la responsabilidad del legatario, si consideráramos que realmente ésta procede en caso de distribución de toda la herencia en legados por persona sujeta al derecho local de Tortosa, debemos plantearnos la posibilidad de aplicar el art. 463-1 CCCat y la consiguiente división de la deuda que se desprende de él, para el caso que nos ocupa. No obstante, creemos que en el caso de que concurren una pluralidad de legatarios no se producirán los presupuestos necesarios para que tenga lugar la situación de comunidad y la división de la deuda, a causa de la distinta naturaleza jurídica de ambos títulos sucesorios, heredero y legatario⁹¹⁶. En consecuencia, debemos analizar el tipo de responsabilidad que podría tener el legatario en caso de deuda única, siempre desde la perspectiva bajo la que se entiende que el legatario podría llegar a ser responsable.

Si entendemos, pues, que en el derecho local de Tortosa se producirá una división de la responsabilidad por las deudas del causante entre los legatarios, es necesario determinar si todos ellos responderán de forma igualitaria por dichas deudas o si, por el contrario, cada uno responderá de manera proporcional al valor de su atribución⁹¹⁷. Esta cuestión se encuentra resuelta expresamente en el Código Civil español, que en su art. 891 establece el prorrateo “de deudas y

⁹¹⁶ La comunidad hereditaria se caracteriza por la cotitularidad de los coherederos sobre los bienes que integran la herencia, quienes sólo adquirirán la titularidad exclusiva de los bienes y derechos que se les hayan adjudicado a partir de la partición (art. 464-10 CCCat). A diferencia de ello, el título particular por el que adquiere el legatario tiene como objeto la atribución de “un bien perfectamente identificado e individualizado” (art. 427-10.2 y 3 CCCat), con lo que no podremos hablar de comunidad ni cotitularidad sobre el activo hereditario, el cual, en este caso, estará perfectamente fraccionado desde un principio por parte del testador, que dispone de su herencia de forma singular. Así, a la muerte del causante, a cada legatario le son atribuidos una serie de bienes y derechos concretos y diferenciados del resto, con lo que nunca podrá llegar a ser titular de los bienes de los demás legatarios, ya que a cada uno de ellos se le adjudica un beneficio patrimonial perfectamente determinado.

⁹¹⁷ ROCA I TRIAS señala -en relación con la CDCC, pero en este mismo sentido- que “nos encontramos ante una evidente laguna de la Compilación, lo que comporta la aplicación del art. 891 Código Civil que establece una solución igual a la de las *Costums* [Costum 6,9,18], al decir que “se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción a sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa”. Véase en este sentido ROCA I TRIAS, E.: “La adquisición del legado en Cataluña”, en *Estudios jurídicos en honor al Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Edit. Bosch, Barcelona, 1983, p. 831. Véase también ROCA TRIAS, E.: “arts. 222”, en ALBALADEJO M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIX, Vol. II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, ob. cit., p. 88.

gravámenes entre los legatarios *a proporción de sus cuotas*⁹¹⁸. En cambio, como hemos visto, no existe un precepto equivalente en el CCCat.

En el caso que nos ocupa, creemos que lo más acertado sería, a grandes rasgos, entender que la división de la responsabilidad por las deudas hereditarias de los legatarios debería hacerse de manera proporcional al valor del legado, de igual modo que establece el art. 891 CC, sin perjuicio de que la voluntad del testador pudiera alterar la regla general de la proporcionalidad.

En definitiva, ante la ausencia de una regulación explícita que establezca cómo debe realizarse la división de la responsabilidad entre los legatarios en el derecho local de Tortosa, nos inclinamos, conforme a lo expuesto y a la luz del art. 891 CC, a pensar que deberá atenderse al valor recibido por cada uno de ellos y, en consecuencia, atribuirles la parte de responsabilidad que resultara proporcional al valor del legado, siempre que, como ya hemos señalado, no existiera una voluntad explícita del causante de dividir la responsabilidad de una forma determinada.

3.- Bibliografía

ALBALADEJO GARCIA, M.: “art. 891”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, Vol. I, 2ª Edición, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1998.

ALBALADEJO GARCIA, M.: “La responsabilidad de los herederos por deudas del causante”, *ADC*, Tomo XX, Fascículo III, julio-septiembre, 1967.

ALVAREZ VIGARAY, R.: “La distribución de toda la herencia en legados”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Tomo L (218 de la colección), 2ª Época, Instituto Edit. Reus, Madrid, 1965.

⁹¹⁸ El precepto se refiere a “cuotas” cuando en realidad debería hacer referencia al “valor de su atribución”, ya que los legados no constituyen cuotas del patrimonio.

BOSCH CAPDEVILA, E.: *L'acreixement en el dret successori català*, Estudis de dret privat català, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000.

CAZORLA GONZÁLEZ, M^a J.: *El concurso de la herencia*, Colección de derecho concursal, Edit. Reus, Madrid, 2007.

CRISTÓBAL MONTES, A.: "La responsabilidad de los legatarios de toda la herencia", *RDP*, Tomo LXXII, mayo, 1988.

CUADRADO PÉREZ, C.: "Distribución de toda la herencia en legados", *AC*, Tomo III, 2002.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3^a edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2017.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial II: las relaciones obligatorias*, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, Vol. IV, 9^a Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 2004.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo III, Imprenta de la sociedad tipográfico-Edit., Madrid, 1852 (reimpresión a cargo de Edit. Base, Barcelona, 1973).

GARCÍA RUBIO, M^a P.: "art. 891", en DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2010.

GARCÍA RUBIO, M^a P.: *La distribución de toda la herencia en legados*, Edit. Civitas, Madrid, 1989.

LÓPEZ BURNIOL, J. J. y SALVADOR CODERCH, P.: "art. 411-1", en EGEA-FERRER (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Vol. I, Edit. Atelier, Barcelona, 2009.

MARSAL I GUILLAMET, J.: *El testament*, Estudis de dret privat català, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: "arts. 39", en JOU I MIRABENT (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña: Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 1994.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004.

MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, E.: *El art. 891 del C.c: la distribución de toda la herencia en legados*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. I, 3ª Edición, Edit Bosch, Barcelona, 1990.

ROMERO HERRERO, H.: "Responsabilidad del heredero y del legatario", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLI, Madrid, 2002.

El análisis económico del Derecho como reto para la investigación jurídica. El caso del oportunismo contractual

Teresa Rodríguez Cachón

Profesora Ayudante del Departamento de Derecho Privado – Área de Derecho Civil

Universidad de Burgos

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad abordar uno de los retos a los que la investigación jurídica ha de hacer frente en la actualidad. En concreto, pretende exponer, a través de un ejemplo real, las ventajas que para la ciencia jurídica pueden derivarse de la simbiosis científica que nace del crecimiento de los movimientos de análisis del Derecho junto con otras disciplinas de las ciencias sociales y humanas, principalmente la economía.

El ejemplo a través del que se muestran las ventajas que para la ciencia jurídica presenta el abandono de la autonomía y autarquía dogmáticas consiste en insertar en el Derecho de contratos español el concepto de comportamiento oportunista, propio de la economía de los costes de transacción.

1. INTRODUCCIÓN

La especialidad del Derecho como disciplina científica ha originado que durante mucho tiempo los juristas hayamos considerado que la investigación en nuestro campo solo podía ser abordada desde una posición dogmática autónoma y autárquica. Sin embargo, en estos momentos constituye *opinio iuris* la necesidad de explotar al máximo los beneficios que se derivan de toda simbiosis científica a través del aprovechamiento de las posibilidades que para la ciencia jurídica supone el estrechamiento de lazos con el resto de las ciencias sociales,

especialmente con la economía, aunque también con la filosofía, la teoría literaria, la psicología, la biología o la antropología, entre otras⁹¹⁹. Estaremos así en disposición de caminar hacia la eficiencia en las soluciones ofrecidas por el Derecho, al menos, de mayor eficacia.

La visión que el ordenamiento jurídico español adopta del fenómeno contractual es tributaria de nuestra tradición ligada al literalismo en la interpretación del contrato. Bajo esta perspectiva apenas cabe realizar consideraciones sobre elementos de tipo subjetivo que circundan toda relación contractual. Este déficit impide que, en virtud de previsión expresa alguna, podamos detectar y correlativamente sancionar el oportunismo contractual.

El oportunismo contractual, carente de mención alguna en nuestro ordenamiento jurídico, supone, además de un incumplimiento contractual doloso, el aprovechamiento en beneficio propio de información obtenida en virtud de la celebración del contrato. Las herramientas que la Nueva Economía Institucional, a través del marco conceptual de la economía de los costes de transacción, nos ofrece para el análisis del fenómeno contractual facilitan arrojar luz sobre este vacío normativo, gracias a su poder para tomar en expresa consideración ciertos elementos informativos que rodean toda relación contractual y que son de extraordinaria importancia en la determinación de la justicia del resultado del contrato.

Estos elementos, de carácter etéreo y subjetivo, son obviados por el Derecho de contratos debido a la dificultad –o incluso imposibilidad– de formulación de previsiones legales expresas al respecto, de modo que el concurso de la economía se torna imprescindible a fin de ofrecer herramientas jurídicas que alcancen a capturar la esencia de tales elementos informativos.

⁹¹⁹ El movimiento Derecho y Literatura (*Law and Literature Studies*) es una corriente teórica nacida en la academia norteamericana durante las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX como reacción tanto al positivismo jurídico imperante en la época como a la creciente conciencia de la inoperancia de la concepción del Derecho como ciencia autónoma y autárquica.

La antropología jurídica es una rama de la antropología social o cultural, desarrollada durante los siglos XIX y XX, que trata de aplicar los conceptos de la antropología cultural al estudio del Derecho.

La adopción de esta perspectiva de estudio, que se circunscribe al enfoque analítico que ofrece el análisis económico del Derecho, presenta gran potencial para sacar a la luz problemas que permanecen invisibles a los ojos del análisis jurídico-dogmático tradicional. Por tanto, esta visión de la investigación jurídica se presenta como ineludible a fin de dotar al Derecho de contratos –y, potencialmente, a todo el ordenamiento jurídico– de capacidad para evitar resultados contractuales contrarios a las exigencias de justicia, redundando todo ello en beneficio del mejor funcionamiento general de la economía.

2. PREMISA DE PARTIDA

Todo el análisis que a continuación se realiza pivota sobre una premisa de partida muy concreta: el sistema institucional en el que se desenvuelve toda relación contractual es el resultado de la asociación de normas formales –normas jurídicas propiamente dichas– y de mecanismos o normas informales –costumbres (no jurídicas), usos sociales o convenciones, y muy modernamente instrumentos propios del *soft law* en su consideración estos últimos de “normas redactadas por los propios interesados” cuyas relaciones pretenden ser reguladas. Desde la perspectiva de la Nueva Economía Institucional, es este sistema institucional el que delimita la estructura de incentivos de toda sociedad, estructura de la que dependen los costes de la celebración de los intercambios, esto es, los costes de transacción. Por tanto, a fin de facilitar el tráfico jurídico gracias a la reducción de los costes de transacción, se debe actuar no solo sobre las normas jurídicas propiamente dichas, sino también sobre los mecanismos informales que inciden sobre ellos⁹²⁰.

⁹²⁰ La sociología económica ofrece una interesantísima definición de institución en relación a nuestro planteamiento de estudio. Para esta rama de la sociología, una institución es un sistema dominante de elementos formales e informales interrelacionados –costumbres, creencias compartidas, normas– hacia el que los actores orientan sus acciones a la búsqueda de la consecución de sus propios intereses (NEE y SWEDBERG, 2005, pp. 797-798). De tal modo, podemos afirmar que para que un cambio institucional tenga verdaderos efectos positivos en la facilitación de intercambios, esto es, para que en una sociedad se produzca un cambio que ayude a la reducción de los costes de transacción (conceptualizados más adelante) de la celebración de contratos, se precisa de algo más que de la simple reformulación de normas formales (normas legales escritas): se precisa de la realineación de intereses, creencias y poderes entre todos los implicados.

Esta es la principal aportación que a este respecto ofrece la Nueva Economía Institucional a la ciencia jurídica, la acentuación de la relevancia de los mecanismos informales de reducción de los costes de transacción. Esta relevancia deriva de su capacidad para captar sutilezas informativas que, *per se*, a las normas jurídicas se les escapa.

3. EL MARCO DESDE EL QUE AFRONTAR EL RETO

La economía de los costes de transacción es una teoría interdisciplinar que se encuadra en la escuela del análisis económico del Derecho conocida como Nueva Economía Institucional. Esta teoría pone el acento en la importancia de comprender que la existencia del fenómeno contractual se debe a la necesidad de articular mecanismos que establezcan determinados incentivos y que fomenten la producción e intercambio de información entre las partes que tienen intención de llevar a cabo un intercambio. Mediante la adopción de un enfoque contractual, la economía de los costes de transacción trata de analizar los motivos que subyacen a la existencia de diferentes formas de organización de la actividad económica, también denominadas estructuras de gobierno. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, esta última expresión hace referencia a los diversos modos de articular las relaciones comerciales entre personas, esto es, a los diversos tipos y cláusulas contractuales, cuya existencia en cada caso responde a diferentes necesidades del tráfico económico⁹²¹.

Este análisis se basa en la importancia que para la organización de la actividad económica tiene el estudio de los costes que se derivan del perfeccionamiento de contratos, esto es, de los costes de transacción⁹²².

⁹²¹ WILLIAMSON, 1989, p. 136 y MERCURO y MEDEMA, 1997, p. 147.

⁹²² Resulta evidente que los costes de transacción son un elemento consustancial al funcionamiento real de toda sociedad humana. Por tanto, la descripción de la realidad, así como la formulación de evaluaciones y propuestas de modificación, no pueden echarlos en el olvido (GÓMEZ POMAR, 1998, p. 1057).

Tras los primeros estadios de construcción doctrinal de la TCE, algunos economistas –de entre los que seguiremos a DAHLMAN– realizan un análisis estructurado de los costes de transacción, dando lugar a la sistematización de los mismos en tres categorías, en atención a la fase del proceso de intercambio en que se manifiestan. En la primera fase de todo proceso de contratación nos encontramos con costes de investigación e información, aquellos en que se incurre durante la búsqueda de agentes económicos con quienes contratar y en la averiguación de si resulta o no beneficioso contratar. Si esta búsqueda es fructífera, ambas partes deben informar a la otra sobre las opciones de intercambio que existen. Posteriormente, en la segunda fase nos encontramos ante costes de negociación y decisión, que se derivan del juego de la oferta y la aceptación contractuales y de la propia redacción del contrato. Por último, tras el perfeccionamiento del contrato, esto es, en la tercera fase de todo proceso de contratación, nos encontramos con costes de transacción denominados de vigilancia y ejecución, consistentes en asegurar que la otra parte cumple con sus obligaciones contractuales y que lo hace en los términos convenidos. En este último tipo de coste debemos incluir los que, en su caso, se deriven de la exigencia forzosa de cumplimiento del contrato⁹²³.

Bajo el enfoque conocido como el enfoque de los derechos de propiedad (*The Property Right Approach*), cuya paternidad es convencionalmente atribuida a WILLIAMSON, los costes de transacción son definidos como los relativos al establecimiento y al mantenimiento de los derechos de propiedad. De tal modo, queda incluido en el concepto de coste de transacción cualquier coste directo y cualquier ineficiencia en la producción o mala asignación de los recursos. De tal modo, el concepto de coste de transacción no coincide exactamente con el ámbito de los contratos en tanto en cuanto expresión jurídica de un acuerdo o transacción económica, sino que es, ciertamente, más amplio. Engloba todo coste de llevar a cabo transacciones de mercado, esto es, todo coste de funcionamiento del sistema económico (costes sociales), entre los que se incluyen aquellos a los que

⁹²³ DAHLMAN, 1979, pp. 147-148.

directamente han de hacer frente las partes implicadas en la transacción (costes privados) y los que la propia transacción impone a terceras partes⁹²⁴.

Por tanto, bajo este enfoque, los costes de transacción están presentes no solo en relación a ámbitos contractuales propiamente dichos, sino que se manifiestan en todos los sectores de decisión sobre la organización económica; a saber, estructura interna de la empresa, planificación y regulación de la economía pública, etc.⁹²⁵.

3. FALLOS DE MERCADO COMO DESENCADENANTES DE LOS COSTES DE TRANSACCIÓN. EN CONCRETO, EL COMPORTAMIENTO OPORTUNISTA

Todo análisis basado en la economía de los costes de transacción pivota sobre la importancia que para la organización de la actividad económica tiene el estudio de los costes que se derivan del perfeccionamiento de contratos, esto es, de los costes de transacción⁹²⁶. De este modo, la transacción se convierte en la unidad básica del análisis económico, pues en la realización de cualquier transacción económica se incurre indefectiblemente en costes como consecuencia de la inevitable existencia de fallos de mercado. Estos fallos de mercado son las asimetrías informativas presentes en todo proceso de contratación (muy relacionadas con las diferencias de poder contractual), el oportunismo contractual de los agentes económicos y la capacidad racional limitada de los seres humanos. En ausencia de estos factores, desde el punto de vista económico,

⁹²⁴ Tomamos estas matizaciones respecto de los conceptos de costes sociales y costes privados de PAZ-ARES RODRÍGUEZ, 1994, p. 74.

⁹²⁵ GÓMEZ POMAR, 1998, pp. 1051-1052.

A pesar de la existencia de diversos enfoques, a nivel académico la conceptualización de los costes de transacción no resulta controvertida. Pero donde sí encontramos problemas de gran envergadura es en relación a su medición (FURUBOTN y RICHTER, 1991, pp. 620-621). No obstante, independientemente de las dudas que surjan en cuanto a su cálculo, los costes de transacción tienen un gran valor heurístico. De hecho, este concepto es crucial en cualquier interpretación aceptable sobre cómo funciona la economía de libre mercado en la actualidad, de tal modo que para comprender la veracidad de esta afirmación, basta con considerar si realmente cabe imaginar la existencia de un mundo sin costes de transacción (*a frictionless world*).

⁹²⁶ La fricción, cuyo homólogo económico representan los costes de transacción, es un fenómeno ubicuo tanto en el mundo físico como en el económico. Nuestra comprensión de los sistemas económicos complejos precisa de mayor estudio sobre las fuentes y medidas de mitigación de la fricción, pues los costes de transacción tan solo representan una parte de la trasposición al mundo económico de todas las implicaciones de la existencia de fricción (WILLIAMSON, 1989, p. 178).

todos los problemas contractuales resultarían triviales⁹²⁷.

En lo sucesivo, nos centraremos en el examen del concepto de oportunismo contractual de los agentes económicos, para finalizar con la justificación de la pertinencia de su expresa consideración en el ámbito contractual a fin de reducir los costes de transacción a él asociados⁹²⁸.

3.1. CONCEPTO DE COMPORTAMIENTO OPORTUNISTA

El principal postulado acerca del comportamiento humano de la economía de los costes de transacción versa sobre la concepción del ser humano como maximizador racional de su utilidad e interesado en sí mismo, esto es, como alguien guiado por la satisfacción al máximo de su propio interés. Esta consideración no se circunscribe a ámbitos netamente económicos, sino que abarca todas las áreas de la vida, puesto que gran parte de las cuestiones reguladas por el Derecho derivan de comportamientos no regulados por mercados o, al menos, no por mercados explícitos.

La aceptación de la existencia de asimetrías informativas en los procesos contractuales, unida a la condición humana que guía a los agentes económicos hacia la búsqueda de la satisfacción máxima de su propio interés, es la situación de la que derivan problemas relacionados con comportamientos oportunistas. Esto es, dado que el modelo de hombre económico que estamos aplicando supone que el ser humano siempre tiende a buscar la alternativa que maximice su satisfacción, el hecho de que la información de la que se dispone en el mercado no sea ni perfecta ni esté homogéneamente distribuida supone el caldo de cultivo perfecto para que, potencialmente, cada parte incumpla con sus obligaciones contractuales cuando este incumplimiento redunda en su propio beneficio. Este concepto de oportunismo contractual, propio de situaciones que presentan

⁹²⁷ FURUBOTN y RICHTER, 1991, p. 615.

⁹²⁸ Resulta asimismo interesante deslindar el concepto de oportunismo contractual de otros conceptos afines propios de nuestro Derecho de contratos. Sin embargo, la profundidad necesaria para realizar con precisión tal deslinde desborda los límites del presente trabajo. Para ello, véase la próxima publicación de RODRÍGUEZ CACHÓN en 2019 en la *Revista CEFLegal*, bajo el título “El oportunismo contractual en su consideración de incumplimiento contractual doloso agravado”.

simultáneamente autointerés y limitaciones informativas, es definido por WILLIAMSON como una búsqueda del propio interés realizado con artimañas, que lleva a las partes más allá de donde les llevaría una conducta autointeresada⁹²⁹.

En definitiva, si consideramos que todo contratante es racional (posee preferencias estables y bien definidas y es capaz de ordenarlas según la satisfacción que le reporten) y, al tiempo, maximizador de su utilidad (pues opta por la opción que más le satisface tomando en consideración tan solo cuestiones relativas al autointerés), en ausencia de mecanismos (legales, convencionales o de cualquier otro tipo) que modifiquen sus incentivos, se hará valer de las asimetrías informativas existentes en el mercado para sacar el máximo provecho para sí mismo de la celebración de todo contrato. Es decir, se comportará de forma oportunista⁹³⁰.

Por tanto, todo contratante está incentivado para cumplir con sus obligaciones contractuales de acuerdo con los términos acordados únicamente en la medida en que ello le resulte beneficioso, es decir, siempre que ello redunde en la maximización de su propio interés. Para calcular si resulta o no beneficioso cumplir lo acordado, se debe considerar la cuantía de la sanción que en su caso pudiera ser impuesta por incumplimiento contractual ponderada por la probabilidad de ser descubierto en la comisión de tal incumplimiento (valor esperado de la sanción), y comparar ese valor con el beneficio privado que se podría obtener de la comisión de oportunismo contractual⁹³¹. Si el valor esperado de la sanción es menor que el beneficio privado derivado del oportunismo

⁹²⁹ WILLIAMSON, 1979, p. 234, notas 3 y 5. El autor usa el vocablo *guile*, que, además de cómo artimañas, puede ser también traducido como fraude, astucia o estratagema.

⁹³⁰ A pesar de mantener en el presente trabajo el postulado en grado absoluto relativo a la maximización racional de la utilidad esperada por parte de los agentes económicos, en el momento de desarrollo en el que se encuentra el análisis económico del Derecho resulta totalmente probada la necesidad de relativización de este postulado. Este es el punto de partida de una de las escuelas más importantes (y también más controvertidas) del análisis económico del Derecho: el análisis económico del Derecho conductista (*Behavioral Law and Economics*).

A este respecto, véase, CABRILLO RODRÍGUEZ y ALBERT LÓPEZ-IBOR, 2011, pp. 209-210, THALER, 1980, JIMÉNEZ JIMÉNEZ, 2012, pp. 117-118 y 121).

No obstante todo lo dicho, en el plano teórico en el que se circunscribe el presente trabajo resulta útil mantener de forma absoluta el postulado relativo a la maximización racional de la utilidad esperada, pues sirve de modelo o referente a la hora de enjuiciar la adopción de medidas legislativas.

⁹³¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, 1996, pp. 144-145.

contractual, todo contratante incumplirá lo acordado. En suma, todo contratante está incentivado para incumplir sus compromisos contractuales siempre que tal incumplimiento “merezca la pena”⁹³².

La importancia de incluir de forma explícita en nuestro análisis el oportunismo es debido a que este complica sustancialmente todo el proceso de contratación. La simple sospecha de futura comisión de comportamientos oportunistas –que, por definición, dada la condición humana, siempre existirá–, incluso aunque finalmente no llegue a materializarse, aumenta los costes de transacción (principalmente, los relativos a la segunda y tercera fase de todo proceso de contratación) por el consumo de recursos que origina la necesidad de articular mecanismos para protegerse frente a esta posibilidad.

Se debe advertir que el contratante que se comporta de forma oportunista también incumple sus obligaciones contractuales, pues entendemos que no cabe apreciar oportunismo contractual sin incumplimiento contractual. En consecuencia, también es cierto que, al igual que el oportunismo contractual, la simple sospecha de futuro incumplimiento contractual –que, por definición, en mayor o menor medida, también existirá siempre– hace crecer los costes de transacción asociados a la posibilidad de dicho incumplimiento.

Tanto el riesgo de incumplimiento contractual –en cualquiera de sus categorías– como el riesgo de comisión de comportamiento oportunista son subproductos de la contratación, elementos connaturales a la condición humana de los agentes económicos y a la propia realidad que nos circunda. Pero a pesar de sus innegables similitudes y puntos de conexión, el oportunismo contractual presenta una naturaleza diversa a la del incumplimiento contractual y a la de otros principios contenidos en nuestro Derecho de contratos, naturaleza que le hace merecedor de consideraciones y tratamientos específicos.

⁹³² Bajo este planteamiento, subyace la idea de que incumplir el contrato siempre resulta socialmente ineficiente. Sin embargo, en ocasiones sucede que precisamente la opción contractual óptima es su incumplimiento, esto es, el incumplimiento contractual (bajo determinadas circunstancias) resulta eficiente.

3.2. EFECTOS DEL COMPORTAMIENTO OPORTUNISTA

El aumento de los costes de transacción que se deriva del oportunismo contractual tiene un efecto directo en el beneficio social o excedente contractual. El beneficio social o excedente contractual de cualquier intercambio se calcula como la diferencia entre el valor que el bien o servicio intercambiado tiene para la parte que lo entrega y el valor que le otorga la parte que lo recibe. Por tanto, se ve minorado por la repercusión negativa de la existencia de los costes de transacción, hasta tal punto que si estos costes superan al beneficio esperado del intercambio, este no se realizará.

Sin embargo, a pesar de la indefectible presencia del oportunismo contractual, en términos económicos, los contratantes solo estarán dispuestos a establecer medidas a este respecto para reducir así el riesgo de que, *ex post*, el oportunismo se manifieste y, paralelamente, a hacerse cargo de los costes de tales medidas, cuando estos costes fueran menores que las expectativas de coste que deberían asumir en el caso de que tal comportamiento oportunista se materializara.

En consecuencia, el reto para la ciencia jurídica consiste en ofrecer mecanismos de reducción de los costes de transacción asociados al oportunismo contractual (tanto propio como ajeno) con el fin de facilitar los intercambios sin imponer en el proceso costes todavía más altos de los que trata de reducir⁹³³. La configuración de estos mecanismos redunda en beneficio tanto de los contratantes como de toda la sociedad: por un lado, aumenta el excedente neto por intercambio al disminuir las “cargas” o costes que las partes han de asumir al celebrar un contrato, liberando para otros usos más productivos los recursos que se emplearían en evitar la consumación del oportunismo; y, por otro, aumenta también el volumen del tráfico comercial, pues gracias a la disminución de los costes de transacción se realizarán todos aquellos intercambios cuya materialización resultaba ineficiente como consecuencia de que el valor de los costes de transacción a ellos asociados superaba el del excedente del intercambio.

⁹³³ WILLIAMSON, 1985, pp. 48-49.

3.3. PERTINENCIA DE EXPRESA CONSIDERACIÓN DEL COMPORTAMIENTO OPORTUNISTA EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

La riqueza y sutileza del concepto de comportamiento oportunista imposibilita que pueda ser siempre expresamente previsto y, correlativamente, prohibido y sancionado en virtud de normas legales *strictu sensu*. De tal modo, gracias a su mayor capacidad para capturar y valorar ciertos elementos conductuales cuya prueba resultaría extremadamente complicada (cuando no imposible) que fuera efectuada en sede judicial, lo que se pretende es plantear que el concurso de ciertos mecanismos informales, incluso con relación a aquellas conductas que pueden tener la consideración de oportunistas y que se encuentran expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico, puede ayudar a reforzar la desincentivación del oportunismo contractual y, de este modo, mejorar el funcionamiento del tráfico jurídico.

La necesidad de certidumbre y seguridad jurídica en la que deben fundarse las relaciones económicas ha derivado en la tradicional consideración como inexorable de la obligación de cumplimiento de los contratos en los términos pactados (*pacta sunt servanda*) y según el tenor literal de los mismos, quedando relegada cualquier consideración ligada a aspectos de naturaleza moral. Este es el contexto en el que históricamente se ha desarrollado nuestro Derecho de contratos, en el apego máximo a la letra escrita y donde apenas cabe plantear las consideraciones de tipo subjetivo que precisa la detección del oportunismo contractual. Correlativamente, nuestro sistema tampoco cuenta con propios y específicos mecanismos capaces de sancionar y, con ello, desincentivar la comisión de comportamientos oportunistas.

Asimismo, dado su carácter sutil y volátil, ni siquiera la eventual superación de la querencia máxima a literalismo en la labor interpretativa del contrato sería capaz por sí misma de capturar los matices sobre los que se asienta el oportunismo contractual. Además, esta superación debería ir acompañada de la apertura de nuestro Derecho de contratos a la posibilidad de valoración del comportamiento de los contratantes en términos de honradez u honestidad contractual.

A pesar de que en un plano teórico estas ideas puedan parecer ciertamente alejadas de nuestro sistema contractual, en el terreno práctico no lo son. En efecto, defiende DÍEZ-PICAZO que desde la segunda década del siglo XX se observa una corriente de pensamiento dentro del Derecho privado que, en paralelo con la superación del literalismo en la interpretación contractual, propugna la introducción de ideas moralizadoras en las relaciones económicas con el fin de impedir resultados que podrían chocar con las exigencias de justicia⁹³⁴.

Esta corriente moralizadora del Derecho privado entronca con la Nueva Economía Institucional, pues ambas coinciden en destacar la necesaria toma en consideración de ciertos elementos subjetivos que rodean toda relación contractual y que son de una relevancia extrema en su desarrollo y en la determinación de la justicia de su resultado. Por tanto, parece claro que estas ideas moralizadoras, de mayor nivel de abstracción que la norma escrita y tendentes a valorar la actuación de los contratantes en términos de justicia, sí estarían en disposición de captar y valorar los matices informativos que precisa la detección y sanción del oportunismo contractual y, con ello, desincentivar su comisión.

Como ya ha sido apuntado, nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con previsiones específicas que sancionen el oportunismo contractual. No obstante, con base en la citada necesidad de introducción de ideas moralizadoras, sí se puede afirmar que cuenta con previsiones genéricas que resultan aplicables, principalmente el principio de la buena fe.

⁹³⁴ DÍEZ-PICAZO, 1993, pp. 48-49.

El movimiento *Law and Economics* ha sufrido acérrimas críticas desde la filosofía del Derecho, por entender que este tipo de análisis jurídico deja desprovisto al Derecho de toda perspectiva impregnada de valores morales o de objetivos presididos por la justicia. Y, sin embargo, llama poderosamente la atención que precisamente desde esta perspectiva estemos propugnando la importancia de los valores morales en el tráfico jurídico, valores que desde un punto de vista del positivismo legal habían quedado ciertamente relegados. Para el *Law and Economics*, los elementos no contenidos “en la letra de la Ley” (elementos informativos, principalmente, pero también matices del comportamiento de los agentes económicos de difícil –sino imposible– concreción normativa) son de una relevancia capital para lograr la formulación de normas jurídicas eficientes.

Además de concepto jurídico indeterminado⁹³⁵, la buena fe es un principio general del Derecho que supone un límite intrínseco al ejercicio de cualquier derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, honrada, recta, diligente, correcta y conforme a la moral social imperante. El respeto a este principio general del Derecho revela la posición moral de una persona respecto de una situación jurídica gracias a la que se puede confiar o tener esperanza en su actuación correcta, concretada en la lealtad a los tratos, en el proceder honesto, esmerado y diligente, en la fidelidad a la palabra dada y en no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado en los demás. De igual modo, *sensu contrario*, es una regla de conducta que exige a las personas una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa en las relaciones, tanto contractuales como extracontractuales⁹³⁶.

Al delimitar un modelo de comportamiento de imposible formulación legal que vive en las creencias y en la conciencia social⁹³⁷, el principio de la buena fe logra superar los límites del literalismo interpretativo e introducir elementos moralizadores en la valoración del comportamiento contractual, de tal modo que constituye un instrumento de garantía de la justicia de las relaciones contractuales. Inserto en la necesidad de garantizar la justicia contractual entendemos que se encuentra la sanción del oportunismo contractual.

Nuestro sistema jurídico no es ajeno a la necesidad de protección de la moralidad de las relaciones jurídicas, si bien en tanto en cuanto una idea moralizadora esté contenida en una norma jurídica (esencialmente, en principios generales del Derecho), su contravención será sancionada en la forma que corresponda a tal norma. En relación con el principio de la buena fe, el legislador ha establecido un sistema de sanciones ligado a formas típicas de los actos de

⁹³⁵ La buena fe, como concepto jurídico indeterminado, consiste en una noción psicológica relativa a la convicción de actuar conforme a Derecho de quien, pese a hacerlo incorrectamente, lo hace sin conciencia de tal irregularidad y sin incurrir en ingenuidad o negligencia. Es un postulado moral general que, al interferir en la relaciones jurídicas, adopta la formulación de un principio general del Derecho que debe ser aplicado según las reglas de la tópica, es decir, conforma a las exigencias del caso o problema (LÓPEZ MESA y ROGEL VIDE, 2005, pp. 57-58 y 61).

⁹³⁶ LÓPEZ MESA y ROGEL VIDE, 2005, pp. 61, DIEZ-PICAZO, 1993, pp. 49-50 y YVON LOUSSOUARN, 2004, p. 9

⁹³⁷ DIEZ-PICAZO, 1993, p. 49

ejercicio extralimitado de los derechos contrarios a la buena fe⁹³⁸, cuya formulación en la mayoría de los casos precisa de un alto nivel de abstracción por el mismo motivo por el que lo requiere el propio principio de buena fe: por la necesidad de sancionar comportamientos de imposible formulación legal y que, sin embargo, se encuentran en el sentir social.

El imperativo de conducta honesta, honrada y diligente que supone el principio de la buena fe implica una serie de obligaciones que se tornan exigibles⁹³⁹, y, en concreto, exige que nadie actúe contra sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), de tal modo que el ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibile cuando con ello la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior⁹⁴⁰. Por tanto, el ejercicio por parte de un contratante de un derecho contraviniendo el principio de buena fe o, dicho de otro modo, la actuación de un contratante que suponga un acto contrario a lo que de él se espera en virtud de su buena reputación, resulta un ejercicio extralimitado de su derecho⁹⁴¹.

De tal modo, el principio de la buena fe, junto con la doctrina de los actos propios, cierran el círculo que prohíbe y, correlativamente, sanciona comportamientos contractuales potencialmente causantes de resultados injustos, lo que repercute en la desincentivación de la comisión de comportamientos oportunistas, en la reducción de los costes de transacción asociados a este tipo de

⁹³⁸ Para Díez-PICAZO, 1993, pp. 51-52, algunas de estas formas típicas de los actos que suponen un ejercicio extralimitado de los derechos en relación al principio de la buena fe son (además de la actuación contraria a los actos propios) el abuso de derecho, el retraso desleal, el abuso de la nulidad por motivos formales, el cumplimiento parcial y la moderación de los plazos contractuales y la contravención derivada de la reclamación del cumplimiento de una prestación cuando debe ser restituida inmediatamente.

⁹³⁹ LÓPEZ MESA y ROGEL VIDE, 2005, p. 62.

⁹⁴⁰ Díez-PICAZO, 1993, p. 51 y LÓPEZ MESA y ROGEL VIDE, 2005, p. 89.

⁹⁴¹ Díez-PICAZO, 1993, p. 51.

La relevancia de doctrinas como la de los actos propios, además de sustentarse en las cuestiones apuntadas (necesidad de sancionar comportamientos de imposible formulación legal), puede asentarse en la actual velocidad de los cambios sociales y económicos, que hace que resulte impensable una previsión legislativa inmutable, perfecta y completa (LÓPEZ MESA y ROGEL VIDE, 2005, p. 14).

comportamiento y, en definitiva, en la mejora del funcionamiento de la economía.

De tal modo, potenciar la presencia del principio de la buena fe lograría mejorar el funcionamiento de la economía gracias a la reducción que lograría de los costes de transacción. En efecto, dado que todo contratante solo cumplirá con sus obligaciones contractuales (y, por tanto, no se comportará de manera oportunista) en la medida en que ello le resulte beneficioso, no solo debemos hacer aumentar el valor esperado de la sanción por incumplimiento contractual, sino también el del valor esperado de la sanción por oportunismo contractual a fin de que sea mayor que el beneficio privado de la comisión de un comportamiento oportunista. Para lograr este objetivo, la potenciación de la presencia en el ámbito contractual del principio de la buena fe resulta un mecanismo excelente como medio a través del que aumentar la probabilidad de ser descubierto en la comisión de un comportamiento oportunista.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, 1996. "Los Costes de Transacción (*Transaction Costs*)", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid.
- CABRILLO RODRÍGUEZ y ALBERT LÓPEZ-IBOR, 2011. "El análisis económico del derecho en la encrucijada", *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 77. Vitoria: Gobierno Vasco, Departamento de Hacienda y Administración Pública.
- DAHLMAN, 1979. "The Problem of Externality", *Journal of Law and Economics*, vol. 22, nº 1, abril, The University of Chicago both School of Business and Law School, Chicago.
- DIEZ-PICAZO, Luis, 1993. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Madrid: Civitas.
- FURUBOTN y RICHTER, 1991. "The New Institutional Economics: An Assessment", en WILLIAMSON y MASTEN (1995), *The International Library of Critical Writings in Economics*, nº 54, vol. I, Edward Elgar Publishing Limited, Aldershot.

- GÓMEZ POMAR, 1998. "Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas?", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, nº 3, Ministerio de Justicia, Madrid.
- JIMÉNEZ JIMÉNEZ, 2012. "¿Jugamos en el mismo equipo? Los Nobel de Economía y la Teoría de Juegos", *Revista de Estudios Empresariales*. Segunda época. Número: 2. Jaén: Universidad de Jaén.
- LÓPEZ MESA y ROGEL VIDE, 2005. *La doctrina de los actos propios: doctrina y jurisprudencia*. Madrid: Editorial Reus.
- MERCURO y MEDEMA, 1997. *Economics and The Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, Princeton.
- NEE y SWEDBERG, 2005. "Economic Sociology and New Institutional Economics", en *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, Dordrecht.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, 1994. "Seguridad jurídica y sistema notarial (Una aproximación económica)", en *La fe pública : jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994*, Consejo General del Notariado, Madrid.
- THALER, 1980. "Toward a positive theory of consumer choice", *Journal of Economic Behaviour and Organization*, vol. 1, nº 1. Elsevier.
- YVON LOUSSOUARN, 2004. "La buena fe", en *Tratado de la buena fe en el Derecho*, tomo II. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- WILLIAMSON, 1989. "Transaction cost economics", *Handbook of Industrial Organization*, vol. 1, Elsevier, North-Holland.
- , 1985. *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*, The Free Press, New York.
- , 1979. "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", *Journal of Law and Economics*, volumen 22, número 2, The University of Chicago Press, Chicago.

Tres experiencias de innovación docente en la enseñanza del derecho romano

Aurora López Güeto

Profesora asimilada a asociada. Acreditada como ayudante doctora. Departamento CC. Jurídicas Básicas, Área Derecho Romano. Universidad de Sevilla

I. RETOS EN LA DOCENCIA DEL DERECHO ROMANO.

¿Cómo enseñar Derecho Romano? Y, sobre todo, ¿qué enseñar del Derecho Romano? Dos cuestiones, inevitablemente entrelazadas, sobre las que volvemos cada curso a reflexionar los docentes de la disciplina⁹⁴².

El Derecho romano se imparte en primer curso cuando nuestros estudiantes acaban de ingresar en la vida universitaria y se aproximan por vez primera al mundo del Derecho. Además, necesitamos de ellos un *plus*: como paso previo al estudio las Instituciones del Derecho de Roma, ha de abordarse su periodización, lo que requiere conocimientos de la Historia, cultura y sociedad romana, en unos tiempos en los que muchos alumnos muestran un completo desinterés o desconocimiento del mundo clásico.

La primera sesión de cada curso académico suelo preguntar a los estudiantes “¿Por qué se estudia el Derecho romano? ¿Sirve para algo?”. Se trata de una cierta provocación para que tomen consciencia de la oportunidad que se les presenta. Pese a que “el Derecho romano es a la Ciencia del Derecho lo que la anatomía y la fisiología a la medicina, o la lógica a la filosofía⁹⁴³”, los romanistas continuamente hemos de justificar el porqué de su enseñanza, percibida en el mejor de los casos como una *extravagancia* y calificada a veces sin miramientos como inútil o desfasada.

El valor de nuestra asignatura radica en la posibilidad de sumergirse en la inmensidad de un sistema jurídico completo, “*una experiencia única, muy larga, de*

⁹⁴² De CASTRO-CAMERO (2004) pp. 468-478; EUGENIO (2005) pp. 1-30 SALOMÓN SANCH (2006); BRAVO BOSCH (2008), pp. 1-26.

⁹⁴³ BISCARDI (1989) 33.

trece siglos, e irrepetible, con la que podemos aportar una educación jurídica no estrictamente técnica y utilitarista, sino dirigida a la comprensión del derecho, a su crítica y a su reforma, tan de moda en la actualidad, en aras de la justicia⁹⁴⁴. No es tarea fácil. Los docentes debemos permanentemente realizar la adaptación de los tradicionales materiales a nuevas herramientas de innovación, eludiendo el riesgo de que el medio acabe oscureciendo el mensaje.

Con todo, puede que la solución esté delante de nuestros ojos y sea una vuelta hacia el método de trabajo de los juristas romanos, quienes pusieron su intelecto y razón crítica al alcance de la ciudadanía y del poder público con el único fin de aportar soluciones para la resolución de problemas.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA ASIGNATURA Y PRESENTACIÓN DE LAS EXPERIENCIAS.

Las asignaturas *Introducción histórica al Derecho romano* (3 créditos) e *Instituciones de Derecho romano* (6 créditos)⁹⁴⁵, ambas de carácter obligatorio, se imparten en el primer curso del Grado en Derecho y en los Dobles Grados de Derecho y Administración y Dirección de Empresas; Derecho y Gestión de Administración Pública y Derecho-Finanzas y Contabilidad de la Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla. En cuanto a la segunda, como principales objetivos docentes, el Área de Derecho romano define “el conocimiento y comprensión de las instituciones jurídicas de Derecho Romano y el desarrollo por los estudiantes de la capacidad analítica y crítica jurídica”. Para alcanzar estas metas se requiere el dominio de conceptos teóricos a través del estudio de los manuales recomendados, así como el manejo de las principales obras jurídicas romanas que se adecúan a la impartición de la materia objeto del programa (p.ej. la Ley de las XII Tablas, las Instituciones de Gayo o el *Corpus Iuris Civilis*)⁹⁴⁶. El modelo metodológico seguido combina el conocimiento de la teoría y de las principales

⁹⁴⁴ MURILLO VILLAR (2008). FUENTESECA (1994): “El Derecho romano es la columna vertebral del Derecho europeo”; FERNÁNDEZ BARREIRO (1991) 87 ss.: “Construir la historia jurídica europea es reconstruir, en buena parte, la historia del Derecho romano en Europa”.

⁹⁴⁵ LÓPEZ GÜETO (2016); RIBAS ALBA-SERRANO VICENTE (2016).

⁹⁴⁶ La asignatura se estructura en torno a tres grandes bloques, compuestos a su vez de unidades didácticas, *Bloque 1. Persona y familia; Bloque 2, El derecho patrimonial y Bloque 3, La sucesión mortis causa.*

fuentes jurídicas del Derecho romano y la resolución de casos prácticos sirviéndonos de las dos anteriores. Las nuevas tecnologías⁹⁴⁷ pueden resultar unos auxiliares didácticos extraordinarios (aulas virtuales, presentaciones, enlaces, audiovisuales). Más recientemente, el uso de los blogs y de las redes sociales con fines académicos o la *gamificación* como método de aprendizaje (por ejemplo, a través de Kahoot) han demostrado su eficacia como apoyo a la tradicional clase magistral.

A continuación, pasamos a describir tres experiencias llevadas a cabo en el curso 2017-2018, en el Grado en Derecho (Grupo T6, turno de tarde).

1. TWITTER COMO HERRAMIENTA DOCENTE: @MULIER_ROMANA

La cuenta⁹⁴⁸ @mulier_romana, administrada por la docente pero abierta a la participación de los estudiantes, se crea en junio de 2017. Con carácter previo al inicio del curso académico 2017-2018 se publican algunas entradas y se comienza a seguir a las que llamamos “fuentes externas” (Museos, instituciones, investigadores de la Universidad de Sevilla y de otras españolas y extranjeras, profesores, arqueólogos, bibliotecas) relacionadas con el Derecho Romano o con la Historia de Roma. Por tanto, los meses de junio, julio y agosto sirven de *período de rodaje*. Entre los objetivos de @mulier_romana se encuentran:

1. Promover el interés y la motivación por aprender, facilitando el contacto entre la teoría que integra el programa de la asignatura y las fuentes externas.

2. Completar las enseñanzas teóricas del programa de la asignatura para afianzar lo aprendido en clase.

3. Acercamiento al contexto socio-histórico que coinciden con las diferentes etapas del Derecho Romano, mediante efemérides o acontecimientos relevantes.

4. Descubrir la influencia de la civilización romana y de su sistema jurídico en los ordenamientos actuales, en particular en Europa y Latinoamérica.

⁹⁴⁷ CABERO ALMENARA (2007). BAIN (2004); PORLÁN (2017).

⁹⁴⁸ EMMANUEL MARTÍNEZ -GÓMEZ RODRÍGUEZ (2015).

5. Incentivar la búsqueda en los medios de comunicación de noticias de interés, relativas a la provincia, Comunidad Autónoma o España (hallazgos arqueológicos, restauración de monumentos, exposiciones o eventos de interés).

6. Apoyo al estudio de la asignatura mediante *tuits-resumen* de la materia explicada en clase o publicación de *tuit- repaso* con carácter previo al examen.

Brevemente, pasamos a comentar algunos asuntos de interés relativos a esta experiencia educativa.

En primer lugar, nos referiremos a las **tareas de administración**. Realmente, la gestión de la cuenta es sencilla. La principal tarea es la publicación de los *tuits-resumen* de las explicaciones en clase, los *tuits* de preparación al examen y los *tuits-complemento* de las explicaciones del programa⁹⁴⁹. Por otra parte, debe realizarse un seguimiento (con posible *retuiteo*) de las publicaciones de los diferentes usuarios que interactúan con nuestra cuenta. En principio, los seguidores de la cuenta *@mulier_romana* fueron los propios alumnos y alumnas matriculados en la asignatura, pero ha atraído a seguidores externos (Museos, bibliotecas, universidades, profesorado, instituciones públicas, arqueólogos, historiadores...). Esporádicamente, se publica o retuitean cuestiones de interés y eventos culturales o universitarios. Por último, es conveniente mantener el contacto con los alumnos y alumnas que se implican en la actividad, lo que puede repercutirles en la evaluación continua de forma siempre favorable en cuanto participación activa en la asignatura.

Un segundo aspecto de interés es el establecimiento de unas **normas y procedimiento de publicación**. En las primeras sesiones de clase se clarifican los aspectos cualitativos de la actividad. Los estudiantes pueden publicar directamente o remitir los *tuits* a la profesora (se admitieron desde el primero hasta el último día del periodo lectivo de la asignatura). A veces tuitearon sobre lo aprendido en clase prácticamente al acabar las sesiones teórico-prácticas, otras

⁹⁴⁹ Algunos ejemplos: *@mulier_romana* #T6. Para ser parte en un juicio se exigía capacidad procesal. En los juicios civiles sólo podían participar los ciudadanos romanos sui iuris, es decir, no sometidos a otra persona. En los juicios pretorios, los ciudadanos romanos sui iuris y los extranjeros. Bibliotecas Cádiz @Cádiz. 6 dic. 2017dijo #Cicerón, "Sine libris cella, sine anima corpus est", que traducido resulta que una habitación sin #libros es como un cuerpo sin #alma. Desde @BMCadiz y sus #muchísimoslibros os damos los buenos días.

veces lo hicieron después de profundizar tras su estudio personal. Asimismo, se interesaron por la relación de las diferentes instituciones romanas con la actualidad política y jurídica española o con noticias relacionadas con el mundo romano (Religión, Arte, Historia, Arqueología).

En tercer lugar, debe identificarse la incidencia de esta actividad en **la evaluación**. Partiendo de la voluntariedad, se anima a implicarse en el proyecto con beneficios en la evaluación continua. Para poder contabilizar su participación, en el caso de publicar directamente, se recuerda el uso del nombre de usuario de la cuenta *@mulier_romana* en los mensajes que dirigieran a la misma⁹⁵⁰. Fueran o no parte activa, los estudiantes podían seguir a *@mulier_romana*.

Concluimos con la **valoración de la experiencia**. Como aspectos positivos, y por la relación del Derecho romano con otras disciplinas de matiz humanista, *@mulier_romana* se ha revelado como una herramienta motivadora que anima a explorar en los medios de comunicación y en la red sobre el mundo clásico. Por otra parte, es destacable el esfuerzo de abstracción al que obligan los 280 caracteres, muy apropiado para que los estudiantes procesen la información recibida en clase y la condensen con un lenguaje preciso. Desde otro punto de vista, consideramos digno de mención el hecho de que no se hayan publicado *tuits* inapropiados, bien por el contenido poco riguroso, por la forma de redacción o por desviarse de la utilidad de la asignatura, lo que no he estado reñido con el humor, la ironía y un tono desenfadado en ocasiones⁹⁵¹. Finalmente, la cuenta se ha enriquecido del seguimiento de los usuarios externos, lo que obliga a planificar la interacción con profesores, investigadores e instituciones públicas o privadas relacionadas con el mundo clásico. Se trata de limitar la dependencia de algunas de ellas, *retuiteadas* en estos pasados meses con profusión.

⁹⁵⁰ Al colocar el nombre de usuario *@mulier_romana* al principio de sus *tuits* evitaban la recepción de los mismos por sus seguidores habituales, lo que les resulta apropiado a fin de guardar su privacidad.

⁹⁵¹ Un ejemplo: [domingo vallejo @breviaria](#) 5 ene 2018. El origen del roscón de Reyes: una fiesta pagana de los romanos que luego se «cristianizó”.

En cuanto a las dificultades, constatamos que muchos estudiantes no utilizan regularmente *twitter*, no disponen de cuenta o prefieren mantener su privacidad. En un grupo de 120 matriculados, 15-20 personas han participado con regularidad, si bien cuenta tenía 109 seguidores al final del curso (70 estudiantes, 39 externos).

2. ENSEÑANZA BASADA EN PROBLEMAS⁹⁵²: EL TALLER CONCEPTUAL *MULIER ROMANA Y SUCESIÓN MORTIS CAUSA*.

El método de aprendizaje basado en problemas (ABP) se ha desarrollado a través del planteamiento de preguntas clave sobre la materia seleccionada, *La sucesión mortis causa*, lo que ha permitido visualizarla de manera práctica por parte del estudiante⁹⁵³. El taller conceptual contribuye notablemente, además, a que los propios alumnos se planteen nuevas preguntas y sus posibles soluciones, discutiendo las diferentes posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico. Este tipo de análisis exhaustivo de los casos planteados fomenta el pensamiento lógico y la actitud crítica y el uso de un lenguaje técnico-jurídico.

En el diseño del taller *Mulier romana y sucesión mortis causa* se ha buscado el equilibrio entre los contenidos conceptuales, procedimentales y actitudinales. Su preparación exigió más recursos materiales y temporales que una clase magistral, pero en el desarrollo de las sesiones fueron los estudiantes ostentan el protagonismo de su aprendizaje. La experiencia reposa sobre cuatro

⁹⁵² ARAUJO, F. Y SASTRE, G. (2008); BARRELL, J. (1999); FINKEL, D. (2008); MURILLO, F J., PÉREZ, M. Y RODRÍGUEZ, R. (2007).

⁹⁵³ LUCEÑO OLIVA (2017) detalla el *iter* a seguir cuando se trata de resolver un asunto conforme a Derecho. 1º. Atenta lectura del caso práctico para conocer con detalle la realidad factual a la que se ha de aplicar el Derecho. 2º. Fase de conocimiento teórico (normas aplicables al caso, jurisprudencia que ha sentado precedente, de las resoluciones administrativas y de la doctrina que ya haya estudiado la materia). 3º. Redacción del caso práctico. Es la fase nuclear del proceso de resolución del asunto. El documento ha de contener un resumen del caso en el que, de forma abreviada, se ofrezca una visión global del asunto objeto de dictamen jurídico; la relación enunciativa de las distintas cuestiones que se suscitan; un listado identificativo de la legislación, jurisprudencia y doctrina que se aplicará al asunto y el análisis jurídico de las cuestiones planteadas y unas conclusiones claras, precisas, concisas y resolutivas. 4º. Edición del documento final.

casos prácticos elaborados *ad hoc* que se resuelven en cuatro sesiones de dos horas de duración y los objetivos perseguidos fueron los siguientes:

1. Potenciar el desarrollo de habilidades de negociación, el manejo de fuentes (físicas o digitales, lo que favorece el acercamiento a la biblioteca) y la oratoria jurídica.

2. Otorgar visibilidad a las mujeres a través de su consideración por el Derecho romano. En cada sesión se aborda una etapa del ordenamiento (arcaica, clásica y postclásica-justiniana) y se descubre cómo el Derecho hereditario tuvo normas destinadas especialmente a las mujeres, analizando su carácter protector o discriminatorio.

3. Reflexionar sobre la utilización del sistema jurídico para imponer a las mujeres un rol familiar y social, el de *materfamilias*, reconocido por los conciudadanos y por el poder público, sancionando la desviación de unas estrictas pautas de comportamiento. En definitiva, mediante el método de aprendizaje basado en problemas (APB), los estudiantes toman conciencia de la estructura básica de la sociedad romana, en gran parte dada por las relaciones de género⁹⁵⁴.

La secuencia de actividades comienza con una **presentación de la experiencia** y la puesta a disposición del caso a resolver y de las fuentes jurídicas a consultar con mínimo de 72 horas (aula de enseñanza virtual). Se informa de las cuestiones a estudiar en el mismo y de las directrices de las actividades a realizar. Se facilita igualmente los enlaces a cuantos documentos diferentes al Manual se deben utilizar. Los alumnos deben conformar grupos estables de 3-4 personas, para todas las sesiones del taller.

A modo de ejemplo, incluimos el *Caso 4: Las etapas postclásica y justiniana*:

⁹⁵⁴ GARCÍA TORRES (2005).

Siglo IV d. C., gobierno del emperador Constantino.

Metrodora, viuda romana sui iuris, casada en segundas nupcias con Servio en régimen de matrimonio sine manu, fallece dejando cuatro hijos. Los dos varones ya emancipados, Aulo y Casio, habían nacido de su primer matrimonio, mientras que las dos hijas, Cecilia de dieciséis años, recién casada, y Seia, soltera, de catorce años, se encuentran bajo la potestad de Servio, su padre. Metrodora poseía un importante patrimonio compuesto de bienes de diferente procedencia. Pero, sobre todo, derivan de la herencia de su padre al ser designada como única heredera de fértiles tierras que explotaba con inteligencia, obteniendo grandes beneficios de la venta de los productos del campo: su aceite era especialmente valorado en Roma y en las provincias. A lo anterior se unían los bienes de la dote constituida tras su primer matrimonio. La dote consistió en una elevada suma de dinero que el padre había recuperado tras el divorcio de Metrodora y que también heredaría junto con su antiguo peculio compuesto de vestidos, joyas, esclavas y ajuar doméstico para su uso exclusivo. Pese a que sus hijos le aconsejaron reiteradamente hacer testamento, Metrodora ha fallecido sin redactarlo. Su segundo matrimonio con Servio no fue especialmente feliz, por las continuas infidelidades del marido. De hecho, a los pocos meses del fallecimiento de Metrodora, el viudo contrajo matrimonio con viuda, que aportaba una hija al matrimonio, Máxima. Servio decide adoptarla, pues se ha ganado el favor de su padrastro, quien hace cuantiosos regalos a madre e hija: entre otros, los vestidos y objetos personales de Metrodora. Esta situación aumenta la rivalidad entre Máxima y sus hermanas adoptivas, sucediéndose las disputas. Ante la posibilidad de que ese patrimonio acabe en manos de la nueva familia de su padre, Seia y Cecilia deciden hacer partícipes a sus hermanos varones de sus preocupaciones.

En segundo lugar, se debe proceder a la **lectura comprensiva individual del caso**, para la identificación de sujetos y problemas. Es clave que el caso llegue trabajado al aula para una ágil puesta en común con el grupo.

En tercer lugar, se desarrolla la **actividad en el aula (40 minutos)**, comenzando con la resolución de dudas y de algunas cuestiones de dificultad, sin entrar al fondo del caso (resulta útil para detectar errores o inexactitudes en la comprensión de algún elemento o institución). Se hace entrega de un

cuestionario a responder por el grupo, poniendo en común las conclusiones extraídas tras la lectura individual. Éste fue el cuestionario correspondiente al caso anterior.

Somos juristas, ofreciendo respuestas.

- 1. Por la época histórica en que se desarrolla esta historia, ¿qué modalidad de testamento se podría llevar a cabo? Describe los requisitos de forma y el papel de los intervinientes.*
- 2. En ausencia de testamento, ¿quiénes heredan a Metrodora? ¿En base a qué normas?*
- 3. ¿Cómo influye a las mujeres del caso el hecho de estar casadas? ¿Y de estar sometidas al paterfamilias? ¿Algunas de ellas tendrían tutor?*
- 4. ¿Qué tipo de parentesco, según el Derecho romano, tiene entre sí las siguientes personas y cómo afecta a la herencia?*
 - a. Metrodora y Servio.*
 - b. Metrodora y Aulo.*
 - c. Metrodora y Cecilia.*
 - d. Seia y Máxima.*

Teoría y práctica están enlazadas en todo momento: los casos ilustran de forma gráfica la teoría y para su resolución es necesario conocer la terminología jurídica y la tipología de las instituciones romanas y de las fuentes en búsqueda de preceptos jurídicos aplicables al supuesto de hecho. Los grupos puedan crear y organizar sus respuestas. Los estudiantes deben tomar una decisión consensuada y resolver por escrito el cuestionario. Finalmente, un portavoz (rotatorio, para que todos lo sean en alguna sesión) expone los resultados obtenidos en cada grupo. Resulta muy útil realizar un sumario sobre las conversaciones mantenidas y sobre las intervenciones orales.

En cuarto lugar, se abre un **debate (40 minutos)**, que gira en las cuatro sesiones en torno a las siguientes cuestiones: *¿Cuáles fueron los problemas de las mujeres romanas en cada etapa en materia hereditaria? ¿Hubo mujeres especialmente privilegiadas por el Derecho romano a la hora de heredar o de ser heredadas? ¿Qué diferencias de tratamiento se observan respecto a las etapas ya estudiadas?*

Las sesiones finalizan con la entrega del cuestionario resuelto. Antes de acabar el cuatrimestre los grupos deben entregar un trabajo redactado que comprenda un estudio de los cuatro casos estudiados. La calificación es grupal y se suma en el apartado de prácticas.

En cuanto a los aspectos positivos, la valoración positiva por los estudiantes. El papel de la docente es prestar soporte técnico a todos y se percibe un ambiente de trabajo cercano y relajado. Les gusta plantearse retos, debatir y la mayoría considera que este tipo de actividad debería ser complementaria de las clases “normales” y realizarse con más frecuencia a lo largo del curso. A la hora de evaluar, permite apreciar no sólo contenidos teóricos, sino el desarrollo de competencias primordiales del jurista (razonar, resolver problemas, sopesar evidencias, expresarse en público con un registro técnico, saber escuchar). Desde otro punto de vista, se ha podido valorar la situación de la mujer en el pasado y en el presente, mediante la asociación de comportamientos y decisiones de los poderes públicos y de la sociedad con una serie de cuestiones absolutamente vigentes. Por el contrario, entre los aspectos a mejorar, destacaríamos la dificultad de manejar un grupo tan numeroso para poder atender mejor las dudas y de incentivar la participación, así como una mejor gestión del tiempo para poder estudiar los casos en profundidad.

3. PEPLUM: CINE⁹⁵⁵, SERIES Y DERECHO ROMANO.

Mediante la visualización y análisis de diferentes películas y series (*Gladiator; Ágora; Julio César; Espartaco, Roma y Juego de Tronos*) abordamos cuestiones referidas a la Historia política y jurídica de Roma, así como a las instituciones del Derecho romano, tales como la ciudadanía, la esclavitud, el matrimonio, las relaciones de parentesco, el rol de las mujeres, la religión, los instrumentos contractuales, la propiedad o el derecho penal. La secuencia de actividades programadas puede resumirse de la siguiente manera:

En primer lugar se procede a la **presentación de la actividad** en la clase inicial. Se exponen las líneas maestras y se publica un documento en el aula de enseñanza virtual que facilita a los estudiantes una relación orientativa de

⁹⁵⁵ THURY CORNEJO, V. (2009).

películas y de series para su visionado fuera del horario lectivo. Puesto que los temas a tratar se corresponden básicamente con el *Bloque, Persona y familia*, se recomienda el visionado de las películas en el mes de marzo, acabadas las explicaciones teóricas. Los alumnos deben escoger la película o serie y conformar los grupos de trabajo (3-4 integrantes). Se intenta que cada grupo analice una película o serie diferente, pero, de ser inevitable la coincidencia, se reparten los temas a analizar.

En segundo lugar, la **tutorización** consiste en facilitar a cada grupo una FICHA DE TRABAJO, orientativa, para identificar las cuestiones clave de la película o serie. Se elabora un power point, prezzi o audiovisual, revisado por la profesora, que ofrezca respuesta a las cuestiones planteadas.

Ejemplo de FICHAS DE TRABAJO:

FICHA DE TRABAJO: ÁGORA	
CONTEXTO HISTÓRICO.	INSTITUCIONES JURÍDICAS.
1. ETAPA DE LA HISTORIA DE ROMA. BAJO IMPERIO.	1. PATRIA POTESTAD.
2. ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL. LA PROVINCIA DE EGIPTO.	2. MATRIMONIO. INFLUENCIA DEL ELEMENTO RELIGIOSO (PROHIBICIONES).
3. ADMINISTRACIÓN POLÍTICA. EL PREFECTO.	3. ESCLAVITUD Y MANUMISIONES.
4. RELIGIÓN. PAGANISMO. CRISTIANISMO. JUDAÍSMO.	4. SITUACIÓN DE LA MUJER ROMANA.

5. PERSONAJES HISTÓRICOS: HYPATIA. TEÓFILO. CIRILO.	
--	--

FICHA DE TRABAJO: GLADIATOR	
CONTEXTO HISTÓRICO.	INSTITUCIONES JURÍDICAS.
1. ETAPA DE LA HISTORIA DE ROMA: ALTO IMPERIO.	1. PATRIA POTESTAD. MATRIMONIO.
2. ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL. HISPANIA.	2. GLADIADORES. <i>STATUS LIBERTATIS.</i>
3. ADMINISTRACIÓN POLÍTICA.	3. MILITARES. RÉGIMEN JURÍDICO.
4. GUERRAS CONTRA LOS BÁRBAROS.FRONTERAS.	4. <i>STATUS CIVITATIS. PEREGRINI.</i>
5. RELIGIÓN. PAGANISMO. CRISTIANISMO.	5. SITUACIÓN DE LA MUJER ROMANA.
6. FAMILIA IMPERIAL Y SUCESIÓN.	6. <i>CRIMINA.</i>
7. PERSONAJES HISTORICOS. MARCO AURELIO. CÓMODO.	7. PROPIEDAD PROVINCIAL Y PROPIEDAD CIVIL.

FICHA DE TRABAJO: JULIO CÉSAR	
CONTEXTO HISTÓRICO.	INSTITUCIONES JURÍDICAS.
1. ETAPA HISTORIA DE ROMA: LA REPÚBLICA.	1. PRIVILEGIOS CLASE SENATORIAL.
2. ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL.	2. MATRIMONIO. CONCUBINATO.
3. ADMINISTRACIÓN POLÍTICA.	3. DERECHO SAGRADO.
4. EL SENADO ROMANO.	4. TESTAMENTOS.
5. MARCO ANTONIO. POMPEYO. JULIO CÉSAR. AGUSTO. BRUTO. CASIO. CICERÓN.	5. PLEBISCITOS. EL TRIBUNO DE LA PLEBE

En tercer lugar, se desarrolla la **actividad en el aula**. Consiste en una puesta en común oral, máximo 20 minutos por grupo, siendo fundamental el control del tiempo, dado que hay temas atrayentes que pueden extenderse más de lo debido e impedir la resolución del caso completo. Se abre un debate en la clase.

Por último, en cuanto a la evaluación, se atiende al trabajo audiovisual realizado y a la exposición oral. La calificación es grupal y se suma en el apartado de prácticas.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES.

Al analizar cada una de las experiencias, hemos tratado de identificar los aspectos positivos y mejorables, pero es momento de extraer unas conclusiones

globales sobre la aplicación de las nuevas técnicas de innovación docente en la enseñanza del Derecho romano.

1ª. La motivación e implicación del alumnado crece cuando se convierte en protagonista del proceso de aprendizaje. La integración de herramientas TIC favorece la comunicación y la participación.

2ª. La metodología docente empleada supone un gran esfuerzo a la hora de preparar materiales y la dedicación docente se incrementa de manera exponencial. Pero estas experiencias nos permiten detectar la necesidad de profundizar en ciertas cuestiones teóricas que, por su dificultad o grado de abstracción, no resultan bien asimiladas por el estudiante. Especialmente, debe incidirse en aquellos *conceptos-llave*, esenciales, cuya falta de asimilación impide el avance en la resolución de casos más complejos.

3ª. Mediante el análisis de cuestiones de la actualidad jurídica, principalmente conocidas a través de los medios de comunicación audiovisuales, se produce la toma de conciencia de la importancia del Derecho como sistema regulador de las relaciones sociales y, en particular, de la influencia del Derecho Romano en el diseño de determinadas instituciones, especialmente, de Derecho privado.

4ª. El método del caso acerca al estudiante a algo tan cotidiano como la resolución de problemas concretos, realmente provechoso en su futuro ejercicio profesional, superando la visión legalista imperante. No sólo se conocen las instituciones romanas, sino que se valora a los juristas y a su método de creación del Derecho basada en la razón.

5ª. Como aspectos a mejorar en el futuro, consideramos que se debe hacer un esfuerzo en la selección de contenidos de los casos. Habría que ahondar en las materias más imprescindibles y complejas y darles prioridad. De esta manera sería posible la reorganización de los tiempos sin descuidar la reflexión y maduración de los contenidos más relevantes.

En definitiva, los estudiantes se han sumergido por diversas vías en la sociedad romana, y han comprobado que es el sustrato de muchas instituciones jurídicas. Por supuesto la influencia es más evidente en unas zonas que en otras de nuestro derecho privado (bienes, obligaciones, contratos y sucesiones). En

algunas, realmente sorprende lo poco que se ha innovado de Roma a la actualidad. Tal fue la precisión alcanzada por los juristas romanos que poco hubo que cambiar en los siglos posteriores.

Y, lo que es más importante, hemos conseguido superar el prejuicio del que hablábamos acerca de la validez y utilidad de la enseñanza del Derecho romano apreciando cómo los juristas trabajaron en aras de la solución de problemas concretos a personas concretas, lejos de una teorización estéril y autocomplaciente. En un momento en que las nuevas tendencias de innovación docente inciden en la superación de un modelo centrado exclusivamente en la clase magistral, paradójicamente, los romanistas sólo deberíamos visitar el modo de transmisión del conocimiento de los juristas romanos a sus discípulos, auténticos protagonistas de su proceso de aprendizaje gracias a un método crítico, con disposición a la argumentación, que eliminaba prejuicios y les estimulaba en la búsqueda de soluciones a los problemas reales de la sociedad romana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, F. Y SASTRE, G. *El aprendizaje basado en problemas. Una nueva perspectiva de la enseñanza en la universidad*. Barcelona: Gedisa, 2008.

BAIN, K. *Lo que hacen los mejores profesores universitarios*. Valencia: Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2004.

BARRELL, J. *El aprendizaje basado en problemas. Un enfoque investigativo*. Buenos Aires: Manantial, 1999.

BISCARDI, A. *El derecho y la ciencia del derecho en los umbrales del año 2000*. Madrid, 1989.

BRAVO BOSCH, M. El Espacio Europeo de Educación Superior y la nueva docencia en Derecho Romano. *Revista General de Derecho Romano*, nº 10, pp. 1-26, 2008.

CABERO ALMENARA, J. *Nuevas tecnologías aplicadas a la educación*. Madrid: McGraw-Hill, 2007.

De CASTRO-CAMERO, R. Consideraciones en torno a la docencia y la investigación romanísticas en el marco del espacio universitario europeo: I. Docencia. *Annaeus*, 1, pp. 468-478, 2004.

EMMANUEL MARTÍNEZ, E.-GÓMEZ RODRÍGUEZ P. M. Empleo de Twitter en la docencia universitaria: hacia un modelo de aprendizaje basado en la co-creación. Congreso In-Red 2015 Universitat Politècnica de València. Doi: <http://dx.doi.org/10.4995/INRED2015.2015.155>, 2015.

EUGENIO, F. Nuevos horizontes en la metodología docente del Derecho Romano. *Revista General de Derecho Romano*, nº 4, pp. 1-30, 2005.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (1991). El derecho común como componente de la cultura jurídica europea. *Seminarios Complutenses de Derecho romano III*, Madrid, pp. 87 ss., 1991.

FINKEL, D. *Dar clase con la boca cerrada*, Valencia: Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2008.

GARCÍA TORRES, C. E. *Género y enseñanza del Derecho Romano en la escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica particular de Loja, modalidad presencial*, Ambato, 2005..

LÓPEZ GÜETO, A. *Proyecto docente asignatura Instituciones de Derecho Romano. Facultad de Derecho*. Universidad de Sevilla, 2016.

LUCENÓ OLIVA (2017): *Casos prácticos de Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos.

MURILLO, F J., PÉREZ, M. Y RODRÍGUEZ, R. El aprendizaje basado en problemas como innovación docente en la universidad: Posibilidades y limitaciones. *Educación y Futuro*, 16, 85-100, 2007.

MURILLO VILLAR, A. Nuevas perspectivas para la enseñanza del Derecho romano en el espacio europeo de educación superior (EEES). *Revista Internacional de Derecho Romano*, nº 1, pp. 268-308, 2008.

PORLÁN, R. (2017). *Enseñanza Universitaria, Cómo mejorarla*. Madrid: Morata.

SALOMÓN SANCHO, L. Dos nuevos retos para el Derecho Romano: el espacio europeo de educación superior y la nueva sociedad del conocimiento. *Revista General de Derecho Romano*, nº 6, pp. 1-24, 2006.

RIBAS ALBA-SERRANO VICENTE (2016) *Derecho Romano*, Madrid, Tecnos, 2016.

THURY CORNEJO, V. ¿El cine nos aporta algo para la enseñanza del Derecho?
Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho, 14, pp. 59-81, 2009.

Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho

Propuesta metodológica para una reconstrucción del principio democrático en la Unión Europea

Adrián García Ortiz

Investigador predoctoral en Derecho Constitucional

Universidad de Alicante

1. INTRODUCCIÓN.

A principios del siglo XXI la Unión Europea⁹⁵⁶ se enfrentó a una decisión que determinaría su futuro: aunar esfuerzos hacia una potenciación de la integración política entre sus quince Estados miembros, con similares patrones jurídicos, políticos y culturales, o, por el contrario, apostar por la adhesión de nuevos Estados. La UE decidió ampliar sus fronteras hacia los Estados de la Europa central y oriental, siete de ellos procedentes del bloque socialista, cuyas características no eran fácilmente equiparables a las de los antiguos Estados miembros. La UE, consciente de la trascendencia de su decisión, se replanteó sus próximos pasos en la Declaración de Laeken sobre el futuro de Europa, de 15 de diciembre de 2001, en la que expuso los retos a los que debería enfrentarse en el presente siglo: un reparto de competencias más claro, una simplificación de los instrumentos comunitarios y más democracia.

Dieciséis años después de la Declaración de Laeken, el balance no es, a juicio de las instituciones comunitarias, positivo: la Comisión europea emitió el 1 de marzo de 2017 un libro blanco con la misma denominación que la Declaración de Laeken, el Libro Blanco sobre el futuro de Europa, donde, además de reproducir los retos que ya había manifestado en la Declaración, admite, por primera vez en la historia de la Unión, la posibilidad de un retroceso en el proyecto comunitario. Como consecuencia de la ausencia de proyecto propio, la UE ha sido incapaz de solventar el desbordamiento de problemas que ha surgido en este intervalo: problemas reconducibles a una crisis del Estado de Derecho

⁹⁵⁶ En adelante, UE.

(espacios privados de toma de decisiones no sometidos al control político), una crisis del Estado democrático (desafección ciudadana, auge de los nacionalismos, crisis de Hungría y Polonia) y una crisis del Estado social (fractura social, consecuencias de la política de austeridad, crisis de los refugiados). Así, la UE no ha podido hacer frente al Brexit y ocupa una posición cada vez más irrelevante en la esfera internacional.

La doctrina y las instituciones europeas asumen que, en el fondo, esta crisis de sentido hunde sus raíces en la propia ordenación constitucional de la UE, ordenamiento al que, en principio, parece aspirar. La pérdida de rumbo del proyecto comunitario deriva de la ausencia de una posición clara sobre la naturaleza constitucional de la UE: ¿subsiste la validez del inicial fundamento legitimador de cooperación en beneficio de los intereses económicos?, ¿puede existir un sistema constitucional europeo al margen de una ciudadanía europea? ¿debe crearse un *demos* europeo para que exista una Constitución?

Por medio de la presente comunicación pretendemos llevar a cabo una propuesta metodológica con la que abordar el análisis del actual modelo jurídico-político de la UE. Para ello, partiremos de una clarificación acerca de la crisis europea, que no es sino una crisis de legitimidad democrática, para, a continuación, plantear el esquema desde el que evaluar las diferentes opciones de solución.

2. LA CRISIS DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA UNIÓN EUROPEA.

El análisis de la crisis de sentido de la UE debe partir del fenómeno global derivado de la mundialización del poder económico en un espacio globalizado no sujeto a los fundamentos del constitucionalismo democrático. A partir de este fenómeno externo, analizaremos la respuesta al mismo por parte de la UE; en concreto, su capacidad para establecer mecanismos de contrapeso o control democrático a la fáctica gobernanza económica.

2.1. Globalización y poder económico.

La caída del Muro de Berlín en 1989 produjo una intensificación del fenómeno conocido como globalización. Este acontecimiento, junto con la revolución de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y la universalización de la aplicación de políticas económicas neoliberales⁹⁵⁷, constituyen los factores fundamentales que propiciaron una mundialización de la economía no acompañada, no obstante, de una mundialización del Derecho.

Como señaló DE VEGA⁹⁵⁸, el ensanchamiento de los espacios económicos y sociales que supuso la globalización no fue acompañado de un ensanchamiento de los espacios políticos. La globalización económica y financiera había comportado un periodo de expansión y desarrollo sin precedentes ligado, empero, a la generación de desigualdades sociales y regionales y a una pérdida de soberanía del Estado-nación, en tanto los grandes oligopolios eran capaces de influir en la política estatal y escapar del control del Estado.

En este escenario, el principio democrático, un principio de cobertura, en esencia, estatal, pues sitúa como marco de referencia y límite al Estado, no pudo desplegarse en las instancias supranacionales. De hecho, la globalización produjo una negación del principio democrático, pues hacía surgir una normatividad situada fuera de los principios democráticos del Estado constitucional, un “no Derecho”, en palabras de DE CABO⁹⁵⁹.

La globalización ha tensionado, por tanto, los propios cimientos de la Teoría de la Constitución: según TEJADURA⁹⁶⁰, la globalización ha producido una erosión del Estado constitucional, pues ha permitido el predominio de los poderes privados (oligárquicos y defensores de intereses privados) sobre los poderes públicos estatales (democráticos y defensores del interés general). Para

⁹⁵⁷ CONEJERO PAZ, E., «Globalización, gobernanza local y democracia participativa», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 52-53, 2005, p. 17.

⁹⁵⁸ DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 100, abril-junio 1998, p. 13.

⁹⁵⁹ DE CABO MARTÍN, C., *Pensamiento crítico. Constitucionalismo crítico*. Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 115.

⁹⁶⁰ TEJADURA TEJADA, J., *Los principios constitucionales ante el desafío de la mundialización*; en AAVV: *Constitución y democracia. 25 años de Constitución democrática en España. Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2001*, Vol. I. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, pp. 322-326.

DE CABO⁹⁶¹, el capitalismo, en su intento de ocupar todos los ámbitos materiales, ha conseguido identificar democracia con democracia representativa, y ésta con económica de mercado. La incompatibilidad existente entre un sistema basado en la igualdad y la mayoría, como es la democracia, y otro basado en la desigualdad y el dominio de la minoría, como es el neoliberalismo, ha podido salvarse mediante una reducción de la democracia y su identificación con la democracia representativa. Este déficit del principio democrático es solventado por los poderes públicos, según DE VEGA⁹⁶², mediante una apelación al principio liberal como el definitivo supuesto de legitimidad.

2.2. La respuesta democrática de la Unión Europea al poder global.

Los orígenes de la UE se encuentran en una Comunidad Económica Europea cuyo objetivo era una integración económica, pero no política, entre los Estados europeos. De este modo, el art. 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 proclamaba que la Comunidad “tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad (...)”, sin perjuicio de que esta apuesta sentara, como afirmó Robert Schuman el 9 de mayo de 1950, “las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para la preservación de la paz”⁹⁶³. Es en este contexto donde debemos ubicar la relación entre el principio democrático y la UE.

El informe remitido en 2010 a la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo⁹⁶⁴ distinguía tres etapas de la democracia en la UE. Hasta la década de los noventa se asumió que, dada la importancia de las competencias transferidas en materia económica, era necesario un control

⁹⁶¹ DE CABO MARTÍN, C., *op. cit.*, pp. 91-96.

⁹⁶² DE VEGA GARCÍA, P., *op. cit.*, pp. 34-35.

⁹⁶³ Declaración de Robert Schuman, 9 de mayo de 1950. Recuperado de: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_es.

⁹⁶⁴ Parlamento Europeo. Dirección General de Políticas Interiores, Departamento temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales (2010). Democracia europea, identidad constitucional y soberanía. Recuperado de: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/425618/IPO_L-AFCO_NT\(2010\)425618_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/425618/IPO_L-AFCO_NT(2010)425618_ES.pdf).

democrático por medio de una Asamblea. El objeto de estudio fue, en consecuencia, la elección y las funciones del Parlamento Europeo⁹⁶⁵. A partir del Tratado de Maastricht (1992), el debate se desplazó hacia las relaciones del Parlamento con las demás instituciones; en especial, su función de control a la Comisión. En la tercera etapa, en la que nos encontraríamos, habríamos asumido el fracaso de intentar trasladar los modelos democráticos tradicionales al espacio supranacional y sería necesaria, en consecuencia, una nueva reformulación de las teorías democráticas de la UE. Las propias instituciones europeas habrían entendido que el progresivo incremento de competencias asumidas por la UE no había sido acompañado de un aumento de garantías democráticas, ni en la formación de las normas comunitarias ni en el control sobre el poder político europeo, sustrayéndose de este modo espacios de poder político al Estado nacional y derivándolos a una dimensión supranacional no sujeta a los principios fundamentales del constitucionalismo democrático.

Compartimos con ARAGÓN⁹⁶⁶ la necesidad de reconstruir los conceptos de democracia, principio democrático y legitimidad democrática, pues estas categorías son aún hoy deudoras de una construcción basada en su contraposición al principio monárquico. En su opinión, debemos diferenciar entre la democracia como principio y la democracia como conjunto de reglas en que se manifiesta dicho principio. Como principio informador, la democracia exige que la Constitución sea el resultado consensuado de tensiones expresivas del pluralismo político, que sea aprobada por una amplia mayoría de la sociedad y que el ordenamiento diseñado por esa Constitución garantice la atribución de soberanía al pueblo. Trasladado al ámbito de la UE, podemos afirmar que los Tratados no fueron el resultado de un debate entre fuerzas políticas (mayorías *versus* minorías) sino entre gobiernos (mayorías *versus* mayorías); fueron aprobados a través de instrumentos propios del Derecho Internacional Público, y no de un proceso constituyente; no fueron ampliamente respaldados por la sociedad (no se sometieron a referéndum); y no garantizaron la soberanía de la ciudadanía, sino de los Estados. En segundo lugar, el sistema de reglas en que se

⁹⁶⁵ En adelante, PE.

⁹⁶⁶ ARAGÓN REYES, M., *Constitución y democracia*. Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pp. 16-17.

despliega el principio democrático exige una adecuada separación de poderes y la garantía de los derechos de participación política de la ciudadanía. Ambos fallan también en la UE: la división de poderes es suplida por un complejo sistema de contrapesos y equilibrios (*checks and balances*); los miembros de instituciones con funciones de gran impacto (Consejo y Consejo Europeo) no son elegidos directamente por la ciudadanía; y los derechos de participación política quedan reducidos al voto en las elecciones a una cámara que no es la única legisladora.

En lo que respecta a la legitimidad democrática, SCARLATTI⁹⁶⁷ apunta tres construcciones diferentes. En primer lugar, la que apuesta por una legitimación indirecta y mediada, según la cual la legitimación democrática europea derivaría de la democracia de los Estados miembros. En segundo lugar, aquélla que diseña un modelo de legitimación tecnocrático y funcionalista, que fundamenta el gobierno europeo en el principio de la representación corporativa de los intereses, en la especialidad y tecnicidad de funciones, lo que, por otra parte, conduce a que, pese a tratarse de funciones públicas, las estructuras europeas permanezcan desconectadas de la lógica democrática, al no sujetarse a control ni responsabilidad política. En tercer lugar, la “legitimación a través del Derecho” centra la atención en que el valor constitucional asignado a los Tratados constituye el fundamento nuevo y autónomo del ordenamiento de la UE.

En la búsqueda de una legitimación de la UE destaca la aportación del constitucionalismo multinivel, según el cual ya existe una Constitución europea, compuesta por los Tratados constitutivos (Derecho originario), el Derecho procedente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹⁶⁸, las Constituciones nacionales y la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales nacionales. La Constitución Europea crearía así un único ordenamiento jurídico compuesto por dos capas constitucionales complementarias e interdependientes (europea y nacional)⁹⁶⁹, un conjunto estratificado e interdependiente de niveles

⁹⁶⁷ SCARLATTI, P., *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea. Contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel*. Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, pp. 64-87.

⁹⁶⁸ En adelante, TJUE.

⁹⁶⁹ PERNICE, I., «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, apartado 2.

constitucionales. Con este planteamiento, la profundización en la democracia de la UE no pasaría por elaborar una Constitución europea formal, sino por mejorar los Tratados ya existentes.

2.3. Panorama tras el Tratado de Lisboa.

En el contexto descrito anteriormente, la reforma operada por el Tratado de Lisboa (2007), en su intento de constitucionalizar el espacio europeo tras el fracaso del nonato Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004), ha supuesto un avance, pero insuficiente: el Tratado de la Unión Europea⁹⁷⁰ proclama que la Unión se fundamenta, entre otros valores, en la democracia (art. 2 TUE); señala la democracia representativa como la base del funcionamiento de la Unión (art. 10.1 TUE); e, incluso, dedica un título específico, el segundo, a “disposiciones sobre los principios democráticos”; pero, no obstante, descarga, como viene siendo habitual, el peso de las exigencias democráticas en el PE. La elección directa y por sufragio universal del PE le dotan de un contenido de legitimación directa y democrático único entre las instituciones europeas, por lo que ha sido concebido como la fuente de legitimación democrática del sistema de gobierno de la UE, pretendiendo legitimar el conjunto del ordenamiento supranacional sobre la idea de la parlamentarización de los órdenes de la UE⁹⁷¹. En este sentido, ya la Resolución del Parlamento Europeo sobre el déficit democrático de la Comunidad Europea de 1988⁹⁷² se lamentaba de que “la pérdida de estos poderes democráticos por los parlamentos nacionales no se compense por ningún aumento del control democrático a escala de la Comunidad Europea, lo que únicamente podría conseguirse si se ampliaran las responsabilidades del Parlamento Europeo”.

La existencia de un Parlamento elegido directamente no satisface, por sí sola, la exigencia de una Constitución democrática, única Constitución posible⁹⁷³.

⁹⁷⁰ En adelante, TUE.

⁹⁷¹ SCARLATTI, P., *op. cit.*, p. 32.

⁹⁷² Resolución del Parlamento Europeo sobre el déficit democrático de la Comunidad Europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C 187, de 18 de julio de 1988.

⁹⁷³ RUBIO LLORENTE, F., «La Constitución como fuente del Derecho», en AA.VV., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 61.

El Tratado de Lisboa comete el error de basar el funcionamiento de la Unión en la democracia representativa, con la intención de limitar la crítica del “déficit democrático” a que el PE, a diferencia del modelo de la democracia parlamentaria, no elija un gobierno que responda ante él⁹⁷⁴.

El Tratado de Lisboa tampoco ha solventado el conjunto de obstáculos que impiden profundizar en una consolidación del principio democrático en la UE: inadecuado nivel de transparencia de la política europea, especialmente en los órganos gubernamentales; ausencia de responsabilidad; inexistencia de un espacio político europeo, con partidos políticos europeos y una esfera pública común que permita la formación de la opinión pública de un *demos* europeo⁹⁷⁵. Además, la UE no funciona mediante el principio mayoritario de toma de decisiones, sino con un juego de mayorías muy cualificadas que acaban deviniendo en la exigencia práctica, por intereses políticos, de la unanimidad.

Sin embargo, el principal conflicto en la UE procede de la debilidad del control democrático a la fáctica gobernanza económica. El mercado común continúa erigiéndose en el supremo eje legitimador del ordenamiento europeo. La potenciación del ámbito económico de la UE ha sido alertada por la propia Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo⁹⁷⁶, que ha reclamado la reforma de la Unión Económica y Monetaria para dotarla de un gobierno económico eficaz y democrático, en ámbitos en que la Comisión pueda actuar como poder ejecutivo y el Parlamento y el Consejo como colegisladores. La reforma puede proceder de reformas concretas: debe ampliarse el procedimiento legislativo ordinario a cuestiones de asuntos económicos y fiscales (“el Parlamento es el parlamento del euro”); la Comisión debe encargarse de la aplicación y el cumplimiento de los instrumentos de la Unión Económica y Monetaria; y el TJUE debe ejercer un control sobre la disciplina presupuestaria de los Estados de la eurozona. Como afirmó el presidente de la Comisión, Jean-

⁹⁷⁴ BORCHARDT, K., *El ABC del Derecho de la Unión Europea*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, pp. 52-53. Este déficit, según este autor, se explica sencillamente porque las funciones correspondientes a un gobierno tradicional se ejercen conjuntamente por el Consejo y la Comisión.

⁹⁷⁵ SCARLATTI, P., *op. cit.*, p. 124.

⁹⁷⁶ Documento de Trabajo sobre mejorar el funcionamiento de la Unión Europea basándose en las posibilidades del Tratado de Lisboa (DT\1077428ES.doc - PE569.777v02-00), Comisión de Asuntos Constitucionales, ponentes: Bresso, M., Brok, E., 30 de octubre de 2015, pp. 9-10.

Claude Juncker, en su alocución inaugural en la sesión plenaria del PE en Estrasburgo, el 15 de julio de 2014⁹⁷⁷, la economía debe estar al servicio de la ciudadanía, y no al revés; el mercado interior no siempre debe ser *per se* prioritario. Estamos de acuerdo con TEJADURA⁹⁷⁸: Europa puede y debe ser el lugar en el que hacer posible un gobierno político de lo económico, en el que las decisiones económicas retornen al ámbito de la decisión política democrática. Constituye el espacio más adecuado para la toma de decisiones que permitan una reconsideración de la democracia a escala supraestatal.

3. ESQUEMA METODOLÓGICO DE LAS RESPUESTAS A LA CRISIS DE LEGITIMIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA.

En la introducción afirmábamos que los conflictos a los que se tenía que enfrentar la UE eran reconducibles a las formas de Estado de Derecho, democrático y social. Con ello, queremos poner de manifiesto que la crisis de legitimidad de la Unión requiere, más que de reformas puntuales, de una reconsideración sobre los propios fundamentos de la UE. La UE se ha convertido, *de facto*, en un espacio constitucional anómalo en el que es posible percibir un desequilibrio entre el ámbito jurídico y el político: frente al proceso de constitucionalización que parece desprenderse de los textos jurídicos, los agentes políticos y el TJUE continúan adoptando una lógica económica⁹⁷⁹. La aprobación como un texto internacional ordinario de reforma de los Tratados explican que el TUE, tras el Tratado de Lisboa, haya tenido operatividad, como es habitual, en su dimensión orgánica (reformas institucionales y procedimentales), pero no en su nueva dimensión

⁹⁷⁷ Recuperado de: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_es_0.pdf.

⁹⁷⁸ TEJADURA TEJADA, J., *op. cit.*, p. 328.

⁹⁷⁹ Respecto a la preponderancia de lo económico en el espacio europeo, la Abogado General Juliane Kokott afirmó que “[e]s posible que el equilibrio entre, por una parte, las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales y, por otra, el interés general o incluso los intereses económicos no siempre sea definido por el [Tribunal Europeo de Derechos Humanos] de la misma manera que lo ha sido hasta ahora en la jurisprudencia [del Tribunal de Justicia de la Unión Europea]”. Opinión del procedimiento de dictamen 2/13, de 13 de junio de 2014, EU:C:2014:2475, apartado 206.

dogmática (arts. 2⁹⁸⁰, 3.1⁹⁸¹ y 6 TUE, que analizaremos a continuación). No obstante, siguiendo a HÄBERLE⁹⁸², los valores fundamentales del ordenamiento constitucional son la dignidad humana, como premisa antropológico-cultural y la democracia, como consecuencia organizativa. Una correcta reconstrucción del principio democrático en la UE requiere, por tanto, un análisis de ambas dimensiones: el papel de la dignidad humana y la persona en la UE y las necesarias reformas de calidad democrática.

3.1. La necesaria recentralización de la persona en el ordenamiento jurídico europeo.

El refuerzo de la legitimidad democrática e, incluso, la conformación de una identidad constitucional europea, requieren de un elemento clave de todo ordenamiento constitucional y que la UE, aún desde una perspectiva eminentemente *iusinternacionalista*, elude en pro de la primacía de las libertades económicas: la centralidad de la persona.

La centralidad de la persona, de la dignidad humana como fundamento del orden político, usando los términos del art. 10.1 de la Constitución Española, depende de la afirmación de los derechos fundamentales, pues supone reconocerle un estatuto jurídico frente a la injerencia de poderes públicos, privados y particulares. Esta asunción de protagonismo permite a la persona, además, identificarse con el ordenamiento que los garantiza, lo que dota a los derechos fundamentales de una función de integración, especialmente acusada en los derechos sociales⁹⁸³.

⁹⁸⁰ “La Unión se *fundamenta* en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

⁹⁸¹ “La Unión tiene como *finalidad* promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.”

⁹⁸² HÄBERLE, P., «¿Existe un espacio público europeo?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, año 2, 1998, p. 118.

⁹⁸³ Como indica BARBERA, para sentirse ciudadanos partícipes en una comunidad, es necesario sentir a la propia ciudad dispuesta a hacerse cargo de las necesidades fundamentales del ciudadano. BARBERA, A., ZANETTI, G. y BACCELLI, L., *Le basi filosofiche del costituzionalismo: lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Editori Laterza, Roma, 2012.

La construcción del principio democrático en la UE requiere, por tanto, del análisis de la situación de los derechos fundamentales en su seno. Como es habitual en el Derecho europeo, el papel de los derechos fundamentales en la UE ha sido definido, de manera pretoriana, por el TJUE, el cual, a partir de las sentencias *Stauder* (1969)⁹⁸⁴, *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)⁹⁸⁵ y *Nold* (1974)⁹⁸⁶, y ante la amenaza de los Tribunales Constitucionales alemán (doctrina *Solange*⁹⁸⁷) e italiano (*contralimiti*⁹⁸⁸), proclamó los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario basándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)⁹⁸⁹.

En el continente europeo, el principal agente de protección de los derechos fundamentales no ha sido el TJUE, sobre la base de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹⁹⁰, sino el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁹¹, perteneciente al Consejo de Europa, quien ha convertido el CEDH en un auténtico catálogo de derechos, efectivamente aplicados y cuyas violaciones implican consecuencias políticas y jurídicas. Por ello, el Tratado de Lisboa reconoció el importante papel del TEDH, estableciendo que la UE se adherirá al CEDH (art. 6.2 TUE) y que los derechos fundamentales garantizados por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE). Ello, sin embargo, genera una situación anómala: el art. 6.1 TUE establece como declaración de derechos de referencia en la UE a la CDFUE, pero, acto seguido, añade la necesidad de adhesión a un sistema de protección de derechos ajeno a la UE, regido por el CEDH (art. 6.2 TUE). Y es que, como señala el art. 51.1 CDFUE, ésta sólo se aplica a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho

⁹⁸⁴ Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, C-29/69, EU:C:1969:57.

⁹⁸⁵ Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, C-11/70, EU:C:1970:114.

⁹⁸⁶ Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, C-4/73, EU:C:1975:114.

⁹⁸⁷ Bundesverfassungsgericht. Sentencia de 29 de mayo de 1974, asunto 2 BvL 52/71.

⁹⁸⁸ Corte Costituzionale, sentencia núm. 183/1973, de 27 de diciembre de 1973.

⁹⁸⁹ En adelante, CEDH.

⁹⁹⁰ En adelante, CDFUE.

⁹⁹¹ En adelante, TEDH.

de la Unión. Era necesario, por tanto, una protección general de los derechos fundamentales.

La adhesión de la UE al CEDH implicaba una mayor protección de la dimensión subjetiva de los derechos, esto es, de los derechos fundamentales como derechos subjetivos invocables y objeto de protección. Pero descuida su dimensión objetiva, que contempla los derechos fundamentales como generadores de un sistema objetivo de valores integradores. Por ello, la función de atracción o integración de los derechos fundamentales, objetivo principal de la CDFUE, no ha fructificado. Resulta necesario, por tanto, un replanteamiento de la posición, en la arquitectura constitucional de la Unión, del TJUE y la CDFUE: el TJUE debe convertirse en el Tribunal Constitucional de la UE, para que, junto a la comprobación de la compatibilidad de los actos comunitarios con los Tratados y la interpretación de éstos, se ocupe de la efectiva protección de los derechos fundamentales con carácter general, lo que requerirá, inevitablemente, la transferencia de competencias en materia de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales en la UE deben, pues, abandonar su posición como meros límites frente a la acción de poder para convertirse en auténticas finalidades de la Unión.

3.2. Democracia en la Unión Europea: ¿hacia una democracia participativa europea?

Aunque, como se ha expuesto, la democracia representativa ha sido la fuente tradicional de legitimidad democrática de la UE, el Tratado de Lisboa ha asumido un compromiso importante, al menos formalmente, con la denominada democracia participativa. Ese paso ha sido decisivo en la idea de la UE como un “proyecto de Estado democrático en construcción”⁹⁹². A partir de la definición de RAMÍREZ⁹⁹³, podemos entender la democracia participativa como un elemento evolutivo propio del desarrollo de la democracia representativa, que no supone

⁹⁹² PÉREZ DE LAS HERAS, B., «De la democracia representativa a la democracia participativa: Aportaciones del Tratado de Lisboa.», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 18, 1er semestre 2010, p. 15.

⁹⁹³ RAMÍREZ NÁRDIZ, A., *Democracia participativa. La democracia participativa como profundización en la democracia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 12.

la desaparición total de los representantes ni requiere la reunión física de todos los ciudadanos en una asamblea, sino que consiste en la introducción de elementos de participación popular (referendos, iniciativas populares, revocación de mandato, etc.) en el sistema de democracia representativa a efectos de un mayor control por parte de la ciudadanía.

La democracia participativa puede erigirse, de este modo, en respuesta ante la progresiva asunción de espacios de toma de decisiones por parte de la denominada “gobernanza”, que, según PÉREZ DE LAS HERAS⁹⁹⁴, puede ser definida como un método de intervención pública horizontal y descentralizado, consistente en la adopción rápida y flexible de decisiones mediante un diálogo entre el Consejo Europeo y el Consejo (esto es, los poderes ejecutivos nacionales) con interlocutores del ámbito económico y monetario, sin ninguna sujeción al control parlamentario y judicial y sin la previa propuesta de la Comisión.

El principal instrumento de democracia participativa que ha implementado el Tratado de Lisboa es la iniciativa ciudadana europea (art. 11.4 TUE, art. 24 párr. 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Reglamento (UE) 211/2011 y art. 197 bis del Reglamento del Parlamento Europeo). La iniciativa, no obstante, ha quedado configurada como una invitación a la Comisión para que, en caso de considerarlo oportuno, presente una iniciativa legislativa que no estará vinculada, ni formal ni materialmente, por aquélla que haya reunido los apoyos populares requeridos⁹⁹⁵. Más allá de la iniciativa ciudadana, lo cierto es que las instituciones europeas han llevado a cabo distintas propuestas para fomentar la participación ciudadana: *Futurum*,

⁹⁹⁴ PÉREZ DE LAS HERAS, B., *op. cit.*, p. 16.

⁹⁹⁵ Desde el 1 de abril de 2012, momento en que entra en vigor el Reglamento 211/2011 hasta mediados de 2018, la Comisión ha denegado diecisiete solicitudes de registro, generalmente debido a que no entraban dentro de su ámbito de competencia, y sólo cuatro iniciativas han prosperado, esto es, han conseguido reunir los requisitos de número de firmas y diversidad en los Estados de procedencia de las mismas. Sin embargo, la Comisión no ha considerado oportunas ejercer su derecho de iniciativa para iniciar el procedimiento legislativo, lo que no deja de ser ilustrador de la escasa operatividad jurídica de este instrumento, pues deja en manos de la Comisión el futuro de la iniciativa. Estas cuatro iniciativas son: “El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!” (1.659.543 firmas), “Uno de nosotros” (1.721.626 firmas), “Stop Vivisection” (1.173.130 firmas) y “Prohibición del glifosato y protección de las personas y del medio ambiente frente a los pesticidas tóxicos” (1.070.865 firmas). Fuente: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful>.

Debate Europe, Your Voice in Europe, Vote for the EU you want, etc. Actualmente, destaca la política de consultas llevada a cabo por la Comisión, a través de su web⁹⁹⁶, en las que la ciudadanía puede participar en diferentes encuestas y emitir directamente su opinión. El principal defecto es que no se establece ningún mecanismo de respuesta ni de información a la ciudadanía acerca de la medida en que han sido tenidas en cuenta sus contribuciones.

Finalmente, además de los mecanismos de democracia participativa, el TUE ha diseñado un sistema de democracia corporativa⁹⁹⁷, en la que las asociaciones representativas, la sociedad civil y las partes interesadas pueden expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la UE, manteniendo un diálogo abierto, transparente y regular y amplias consultas, sobre todo con la Comisión Europea (art. 11.1, 2 y 3 TUE).

4. CONCLUSIÓN.

La presente comunicación tenía como objetivo advertir que los conflictos que tensionan actualmente a la UE, como el Brexit, el auge de los nacionalismos y los movimientos euroescépticos o la tibia respuesta a la crisis de los refugiados, son consecuencia, en última instancia, de la ausencia de un proyecto propio en la UE. La UE se ha convertido un proceso en construcción cuyos principales cimientos han sido instalados por el TJUE, limitándose los Estados miembros a aceptar una progresiva transferencia de competencias conducentes a una potenciación de la economía de mercado abierta y de libre competencia, no sujeta a los principios estructurales del constitucionalismo democrático. La soberanía e independencia de los Estados quiebra ante unos poderes privados que predominan sobre el poder público. La UE no ha sido capaz de responder, democráticamente, a dicho reto. Es necesario, en consecuencia, un replanteamiento del principio democrático que tenga en cuenta no sólo las necesarias reformas democráticas, para lo que el Tratado de Lisboa ha sentado las bases de una democracia participativa, sino el propio origen o causa de la democracia: la centralidad de la persona. No basta la simple proclamación de valores; la UE debe asumir la

⁹⁹⁶ https://ec.europa.eu/info/consultations_es?page=1.

⁹⁹⁷ PÉREZ DE LAS HERAS, B., *op. cit.*, p. 20.

efectiva protección de los derechos fundamentales, pues sólo así, ubicando a la persona en el eje de su ordenamiento y sus políticas, conseguirá constitucionalizar el espacio europeo y contribuir, definitivamente, a la legitimidad democrática de la Unión.

5. BIBLIOGRAFÍA.

ARAGÓN REYES, A., *Constitución y democracia*. Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

BARBERA, A., ZANETTI, G. y BACCELLI, L., *Le basi filosofiche del costituzionalismo: lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Editori Laterza, Roma, 2012.

BORCHARDT, K., *El ABC del Derecho de la Unión Europea*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011.

CONEJERO PAZ, E., «Globalización, gobernanza local y democracia participativa», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 52-53, 2005.

DE CABO MARTÍN, C., *Pensamiento crítico. Constitucionalismo crítico*. Editorial Trotta, Madrid, 2014.

DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 100, abril-junio 1998.

HÄBERLE, P., «¿Existe un espacio público europeo?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, año 2, 1998.

PÉREZ DE LAS HERAS, B., «De la democracia representativa a la democracia participativa: Aportaciones del Tratado de Lisboa.», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 18, 1er semestre 2010.

PERNICE, I., «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012.

RAMÍREZ NÁRDIZ, A., *Democracia participativa. La democracia participativa como profundización en la democracia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RUBIO LLORENTE, F., «La Constitución como fuente del Derecho», en AA.VV., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

SCARLATTI, P., *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea. Contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel*. Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010.

TEJADURA TEJADA, J., *Los principios constitucionales ante el desafío de la mundialización*; en AAVV: *Constitución y democracia. 25 años de Constitución democrática en España. Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2001*, Vol. I. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005.

Cambios del sistema europeo de partidos de cara a las futuras elecciones políticas europeas

Isabella M. Lo Presti

Introducción

El primer de enero de 2017 se puso en marcha el nuevo mecanismo de inscripción registral de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas afiliadas, regulado por el Reglamento (UE, EURATOM) núm. 1141/2014⁹⁹⁸. La reforma mencionada no solamente rediseña el estatus jurídico de los partidos políticos europeos sino que también influye de manera profunda en el grado de sistematización del sistema de partidos de la Unión Europea. Se intentará, por lo tanto, analizar los datos elaborados a partir de las primeras aplicaciones del Registro para luego elaborar algunas previsiones sobre las futuras elecciones europeas que, indudablemente, se jugarán en el marco de un escenario político inédito.

1. El Reglamento núm. 1141/2014 entre objetivos desatendidos y avances logrados

El texto del Reglamento núm. 1141/2014 finalmente aprobado se aleja mucho de la propuesta presentada por la Comisión⁹⁹⁹ que, conforme a lo auspiciado por el Informe Giannakou¹⁰⁰⁰, miraba a reformar de manera profunda el anterior estatuto de los partidos políticos europeos¹⁰⁰¹. Sin embargo, debido al tortuoso

⁹⁹⁸ Reglamento (UE, EURATOM) núm. 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, *sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas*, DOUE de 4 de noviembre de 2014.

⁹⁹⁹ Propuesta de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de Reglamento *sobre el Estatuto y la financiación de los Partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas*, de 12 de septiembre 2012, (COM (2012)0499); en cambio, cabe señalar que algunos grandes fallos de la propuesta han sido corregidos en beneficio de una mayor imparcialidad y transparencia del sistema registral introducido, de modo que en nuestro juicio para una valoración global de la normativa deberá esperarse a la concreta actuación del nuevo estatuto jurídico.

¹⁰⁰⁰ Informe Giannakou *sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2004/2003 relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea* (2010/2201(INI)), presentado por la Comisión Asuntos Constitucionales, A7-0062/2011, de 5 de abril de 2011.

¹⁰⁰¹ El Reglamento núm. 1141/2014 abroga el anterior Reglamento (CE) núm. 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, *relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea*, DOUE de 15 de noviembre de 2003.

iter legislativo por el cual tuvo que pasar el texto propuesto¹⁰⁰² y a las resistencias de algunos países, muchos de los objetivos que la Comisión se proponía lograr resultaron desatendidos.

Entre éstos, destaca el incumplimiento de la fecha límite para la entrada en vigor de la reforma. Pese a la voluntad de aprobar el Reglamento antes de las elecciones europeas de 2014, se estableció como fecha para la puesta en marcha del registro el 1 de enero de 2017, para conceder a los Estados miembros y a los mismos partidos políticos un margen temporal suficiente para poder adoptar las medidas preparatorias necesarias. Otro objetivo desatendido coincide con el paso atrás acerca de los límites de democraticidad comúnmente indicada como «interna». Debido a la voluntad de aquellos Estados miembros que en seno del Consejo manifestaron sus resistencias a la introducción de vínculos y controles sobre aspectos considerados de exclusiva competencia del partido mismo¹⁰⁰³, desaparece del texto cualquier referencia a la democracia *en*¹⁰⁰⁴ los partidos políticos europeos. Consecuentemente, en la versión del Reglamento finalmente aprobada se opta más bien por la previsión de unos genéricos requisitos-principalmente de forma- con los cuales deben cumplir los partidos europeos a la hora de adoptar una disciplina estatutaria en materia de gobernanza interna (art. 4 Reg.).

No obstante lo antedicho, comparado con la anterior normativa, el Reglamento núm. 1141/2014 se presenta como un verdadero *estatuto* para los partidos políticos europeos y regula de manera extensa el régimen jurídico de estos actores políticos y de las fundaciones europeas. Entre las principales novedades introducidas suele indicarse el cambio de denominación de los partidos que

¹⁰⁰² Para una detallada reconstrucción del asunto véase ALLEGRI, Maria Romana, (2014), «Il nuovo regolamento sullo statuto e il finanziamento dei partiti politici europei: una conclusione a effetto ritardato», *Osservatorio Costituzionale AIC*, consultable en la página web <http://www.osservatorioaic.it/>.

¹⁰⁰³ Ver ALLEGRI, Maria Romana, *Il nuovo regolamento...op. cit.*, pág. 5, que define el nuevo Reglamento como una ocasión perdida que hubiera podido determinar un cambio radical en las disciplinas nacionales en materia de partidos políticos hacia una mayor democratización-sobretudo interna- de los mismos.

¹⁰⁰⁴ BLANCO VALDÉS, Roberto Luis, (1992), «Democracia *de* partidos y democracia *en* los partidos», en GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan (coord.), *Derecho de partidos*, Madrid, Espasa Calpe, pág. 63; encontramos la misma doble perspectiva de estudio en MERLINI, Stefano, (2009), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, Passigli editori.

pasan de ser «a escala europea» a simples «partidos políticos europeos». La novedad terminológica ha sido aplaudida por parte de la doctrina por haber simplificado la precedente denominación, extremadamente ficticia, y por haber puesto en evidencia el carácter propiamente europeo de estas entidades¹⁰⁰⁵. Sin embargo, estamos convencidos de que este cambio puede considerarse incapaz de influir concretamente en la percepción pública de los partidos políticos europeos; además, la locución «a escala europea» tenía su valor epistemológico, es decir, contribuía a indicar la correcta posición de estos partidos en el sistema partidista multinivel de la Unión Europea, sin poseer en el fondo ninguna acepción peyorativa. En cambio, como se verá en las líneas que siguen, las novedades que más han influido en el sistema partidista de la Unión son la institución de un registro público y el otorgamiento de su gestión a una autoridad *super partes*.

2. El nuevo Registro de partidos políticos europeos. Solicitud y efectos.

Como adelantado, la nueva disciplina establece un sistema de inscripción para los partidos europeos y las fundaciones políticas en un registro instituido *ad hoc*, requisito previo y necesario al reconocimiento de la personalidad jurídica de Derecho Europeo. Por lo tanto, los partidos políticos que deseen ser reconocidos como «europeos» deberán presentar una solicitud de registro, acompañada de la documentación detalladamente indicada en el Reglamento.

Con respecto a las condiciones que legitimarán al partido político a solicitar su registro, en general el conjunto de los requisitos exigidos quiere asegurarse que el solicitante tenga una actitud formal y sustancialmente europea: respecto al carácter formal, se exige que el partido tenga su sede en un Estado miembro y que haya participado en las elecciones del Parlamento Europeo, condición que se considerará igualmente integrada si el partido manifiesta *públicamente la intención*

¹⁰⁰⁵ En este sentido GRASSO, Giorgio, (2017), «Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale», en *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm 1, pág. 1; en sentido contrario RIDOLA, Paolo, (7 de junio de 2009), «Il voto europeo del 6 e 7 giugno: la «sfera pubblica europea», l'integrazione multilivello e le sfide della complessità», *Federalismi.it*, núm. 12. Una propuesta también centrada en la terminología utilizada en materia de partidos políticos había sido formulada por Manzella que proponía cambiar el concepto de «partido político a nivel europeo» por el de «familias»; en MANZELLA, Andrea, *Il parlamento*, Il Mulino, Bologna, pág. 45.

de participar en las próximas elecciones europeas; desde un punto de vista sustancial, se exige que «la coalición o sus miembros» cumplan con el requisito de la *suficiente representatividad transnacional* que será integrado cuando el partido esté representado «en al menos una cuarta parte de los Estados miembros»: a este fin se tomará en cuenta la presencia de diputados en el Parlamento Europeo, en los parlamentos nacionales e incluso en las asambleas o parlamentos regionales y también si el partido ha obtenido «un mínimo del 3% de los votos emitidos en cada uno de dichos Estados miembros en las últimas elecciones al Parlamento Europeo» (art. 3). Por último, el partido no deberá tener ánimo de lucro y deberá respetar «en su programa y actividades» los valores fundamentales en los cuales se basa la Unión.

Sobre la solicitud de inscripción decidirá una entidad imparcial, denominada Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas (en adelante, Autoridad). Diversamente a lo establecido en la propuesta presentada por la Comisión, en la que se otorgaba al mismo Parlamento Europeo la competencia sobre los procedimientos de inscripción y cancelación de los partidos políticos, en el Reglamento se opta por instituir un sujeto neutral y *super partes*¹⁰⁰⁶.

La previsión de un órgano *ad hoc* bien encaja con la naturaleza de los cargos que se han asignado a la Autoridad: gestión del registro, poder decisorio en orden a la solicitud de inscripción, cancelación de los partidos europeos del registro cuando éstos dejan de cumplir con los requisitos previstos por el reglamento, control periódico de algunas de las condiciones establecidas para la inscripción y posible baja del partido del registro. Resulta evidente que en un sistema en el cual el reconocimiento de la personalidad jurídica del partido político y su consecuente financiación depende de la aceptación de su solicitud de registro, la

¹⁰⁰⁶ De esta manera se han alejado las críticas sobre la falta de imparcialidad que la precedente previsión ocasionaba y la endogamia que se generaba en relación a las importantes evaluaciones que debían asumirse acerca de la inscripción de los solicitantes.

imparcialidad del sujeto encargado de estos papeles constituye un fundamento de legitimidad de la entera disciplina¹⁰⁰⁷.

Además, del tenor literal del segundo apartado del artículo 9 del Reglamento, según el cual «la Autoridad adoptará la decisión de registrar al solicitante, a menos que no compruebe que no cumple con los requisitos de registro», puede deducirse que la aceptación de la solicitud del partido ha sido pensada como regla general y su rechazo, en cambio, como hipótesis excepcional. De hecho, antes de proceder, la Autoridad deberá pedir siempre la integración de la información depositada con la solicitud en el caso que ésta resulte incompleta. En cuanto al plazo dentro del cual deberá tomarse la decisión, se establece que la decisión deberá comunicarse al solicitante en el plazo de un mes, periodo seguramente apropiado para tutelar los intereses del mismo partido que no se quedará paralizado durante más tiempo.

Tanto en el caso en que se acepte la solicitud del partido como si la Autoridad decida no proceder a su inscripción, sus decisiones deberán publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea. La antedicha fecha adquiere una importancia capital en el régimen jurídico de los partidos europeos debido a la previsión según la cual los partidos registrados lograrán la personalidad jurídica a partir de la publicación de la decisión de inscripción.

3. Primeras aplicaciones del registro

Es evidente el cambio de perspectiva que se introduce en esta materia con respecto a la precedente normativa, en la que bastaba con cumplir algunos requisitos formales para ser etiquetado como «partido político a escala europea» y poder solicitar la financiación con cargo al presupuesto general de la Unión

¹⁰⁰⁷ Tras regular las modalidades de elección del Director de la Autoridad y establecer las incompatibilidades con este cargo, en el Reglamento se dispone una especie de prohibición de mandato imperativo para este órgano que según el texto de ley «será independiente en el ejercicio de sus funciones» y «no solicitará ni aceptará instrucciones de ninguna institución o gobierno de otros órganos, oficinas o agencias» (art. 6.3). En cambio, una cierta conmixción- aunque solamente orgánica- sigue existiendo respecto a la sede de la Autoridad, situada en el Parlamento Europeo y a su financiación, ya que «los créditos destinados a financiar los gastos de la Autoridad se asignarán en un título específico en la sección del presupuesto general de la Unión europea dedicada al Parlamento Europeo».

Europea. Y en este sentido, resulta interesante detenernos en las primeras aplicaciones del nuevo reglamento.

En este sentido, la publicación del Registro a través de una página web libremente consultable permite que quienquiera sepa cuáles son los partidos políticos europeos efectivamente registrados. En efecto, en la página web oficial de la Autoridad se encuentra publicada la lista de los partidos políticos europeos registrados y de las respectivas fundaciones así como aquellas solicitudes no aprobadas. Y, es más; debido al hecho de que por cada solicitud aceptada se publica la documentación requerida al partido para su inscripción, la misma publicidad se dará a ulteriores aspectos identificativos de los partidos europeos registrados, cuales son los estatutos, los resultados oficiales de las últimas elecciones al Parlamento Europeo y el listado de los miembros de cada partido europeo¹⁰⁰⁸.

Pues bien, hasta los últimos días de redacción del presente trabajo los partidos políticos registrados son los siguientes:

TABLA 1- PARTIDOS POLÍTICOS EUROPEOS REGISTRADOS

PARTIDO EUROPEO	POLÍTICO	SEDE	FECHA DE REGISTRO
Partido de la Alianza de los Liberales y Demócratas por Europa		Bruselas	16/05/2017
Partido Europeo	Popular	Bruselas	09/06/2017

¹⁰⁰⁸ El contenido del registro se detalla en el REGLAMENTO DELEGADO (UE, EURATOM) núm. 2015/2401 de la Comisión, de 2 de octubre de 2015, *sobre el contenido y el funcionamiento del registro de los partidos políticos europeos y de las fundaciones políticas europeas*, DOUE de 19 de diciembre de 2015.

Partido de los Socialistas Europeos	Bruselas	28/06/2017
Partido Demócrata Europeo	Bruselas	26/07/2017
Alianza Libre Europea	Bruselas	04/08/2017
Partido Verde Europeo	Bruselas	07/08/2017
Partido de la Izquierda Europea	Bruselas	22/08/2017
Alianza de los Conservadores y reformistas Europeos	Bruselas	05/09/2017
Movimiento Político Cristiano Europeo	Bruselas	05/09/2017
Movimiento Europa de las Naciones y de las Libertades	Bruselas	22/09/2017
Alianza Europea de Movimientos Nacionales	Estrasburgo	23/01/2018
Alianza por la Paz y la Libertad	Bruselas	14/02/2018

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LOS DATOS RECOPIADOS DE LA PÁGINA WEB <http://www.appf.europa.eu/appf/es/transparency.html>

Intentando deducir algunas consideraciones de los datos indicados en la tabla, no será una casualidad que entre los primeros partidos europeos que han

solicitado la inscripción se hallen aquellas federaciones homónimas de los actuales grupos parlamentarios. En efecto, la puesta en marcha del Registro ha acentuado aquella duplicación grupo político-partido europeo ya existente desde antes, debido a la disminución del número de los partidos europeos regularmente registrados¹⁰⁰⁹. Como regla general, se han inscrito aquellos partidos europeos que poseen un *alter ego* parlamentario. Destacan solamente dos excepciones: la primera concierne al Movimiento Político Cristiano Europeo que, a pesar de estar activo políticamente desde hace mucho tiempo, no cuenta con un homónimo grupo parlamentario y sus diputados forman parte del Grupo de los Conservadores y Reformistas Europeos. Parcialmente opuesto es el caso del Grupo Europa de la Libertad y de la Democracia Directa cuya federación política europea *Alliance for Direct Democracy in Europe* no resulta aún inscrita en el Registro¹⁰¹⁰.

Consideraciones finales

A la luz de los datos brevemente analizados, no puede desconocerse que el primer efecto directo del registro de los partidos políticos europeos coincide con el aumento de la transparencia general del sistema partidista. Consentir el acceso a la documentación interna del partido sin duda alguna favorecerá al electorado e impulsa la participación política del ciudadano europeo que, en las próximas elecciones europeas, podrá cumplir una elección consciente e informada.

En segundo lugar, como anteriormente señalado, debido a la disminución del número de los partidos europeos inscritos respecto al pasado, se ha creado una correspondencia casi-perfecta entre partidos políticos europeos y grupos políticos del Parlamento Europeo. Dicha correspondencia entre número, composición y denominación de las formaciones políticas extra e

¹⁰⁰⁹ Es muy probable que el número de los partidos europeos registrados permanecerá invariable hasta el final de la presente legislatura, ya que no se registran nuevas inscripciones desde el mes de febrero, mientras que en el periodo comprendido entre mayo y septiembre del año pasado asistimos a la inscripción de los demás partidos europeos.

¹⁰¹⁰ Cabe señalar que casi toda la información disponible sobre la *Alliance for Direct Democracy in Europe* se remonta al año 2016 y que resulta imposible acceder a la página web del partido <http://addeurope.org/>.

intraparlamentarias podrá, en última instancia, mejorar el funcionamiento global del sistema político-representativo multinivel europeo: los grupos parlamentarios realizan aquel proceso de sintetización del pluralismo partidista, expreso a nivel transnacional por los partidos políticos europeos y a su vez, a nivel interno, por los partidos «domésticos».

Por último, cabe señalar dos elementos que muy probablemente influirán a corto plazo en las dinámicas del sistema europeo de partidos: en primer lugar, la salida del Reino Unido de la Unión Europea se traduce en la ausencia en las próximas elecciones de un importante componente de las fuerzas políticas euróforas, o sea, el UKIP de Farage. Esta circunstancia, con mucha probabilidad, acelerará el proceso migratorio de los pentaestrellados italianos- que en la actual legislatura formaban parte del mismo grupo de los diputados británicos- hacia el grupo Europa de las Naciones y de las Libertades, dirigido por el partido que, juntos a ellos, forma la actual coalición de gobierno en Italia, o sea, la Liga Norte. De este modo, la agrupación parlamentaria constituida por los nacionalistas franceses del Frente Nacional (ahora *Rassemblement national*) y los italianos liderados por Salvini ganaría nuevos escaños y podría crecer hasta afirmarse como uno de los grupos más poderosos del Parlamento Europeo. A esto se añade que- y en esta circunstancia estriba el segundo elemento digno de nota- debido a la histórica votación del pasado septiembre en contra de Viktor Orbán, no se excluye que el partido Fidesz pueda decidir salir del Partido Popular Europeo y de su grupo político para unirse a la antedicha formación política. eurófora y nacionalista.

En conclusión, el Parlamento Europeo que resultaría de las elecciones del próximo año será más sistematizado, con un número de grupos políticos incluso inferior a la anterior legislatura y más cohesión entre las fuerzas antieuropeístas que acabarían por estar plenamente integradas en el sistema partidista de la Unión. ¿Puede esto considerarse necesariamente un mal?

Bibliografía

a. Libros y artículos editados

ALLEGRI, Maria Romana, (2014), «Il nuovo regolamento sullo statuto e il finanziamento dei partiti politici europei: una conclusione a effetto ritardato», *Osservatorio Costituzionale AIC*, consultable en la página web <http://www.osservatorioaic.it/>.

BLANCO VALDÉS, Roberto Luis, (1992), «Democracia *de* partidos y democracia *en* los partidos», en GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan (coord.), *Derecho de partidos*, Madrid, Espasa Calpe.

GRASSO, Giorgio, (2017), «Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale», en *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm 1, pág. 1.

MANZELLA, Andrea, *Il parlamento*, Il Mulino, Bologna, 1991.

MERLINI, Stefano, (2009), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, Passigli editori.

RIDOLA, Paolo, (7 de junio de 2009), «Il voto europeo del 6 e 7 giugno: la «sfera pubblica europea», l'integrazione multilivello e le sfide della complessità», *Federalismi.it*, núm. 12.

b. Documentos de la Unión Europea

INFORME Giannakou sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2004/2003 relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea (2010/2201(INI)), presentado por la Comisión Asuntos Constitucionales, A7-0062/2011, de 5 de abril de 2011.

PROPUESTA de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de Reglamento sobre el Estatuto y la financiación de los Partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas, de 12 de septiembre 2012, (COM (2012)0499).

REGLAMENTO DELEGADO (UE, Euratom) núm. 2015/2401 de la Comisión, de 2 de octubre de 2015, sobre el contenido y el funcionamiento del registro de los partidos políticos europeos y de las fundaciones políticas europeas, DOUE de 19 de diciembre de 2015.

REGLAMENTO (UE, EURATOM) núm. 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, *sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas*, DOUE de 4 de noviembre de 2014.

REGLAMENTO (CE) núm. 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, *relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea*, DOUE de 15 de noviembre de 2003.

La armonización de cánones en el transporte ferroviario europeo como motor del desarrollo económico y el principio de no discriminación: el artículo 14 de la Constitución Española en contexto europeo

María José Hernández García

Técnico de Administración General

I.- Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017¹⁰¹¹

El Tribunal viene a conocer como consecuencia de la petición de decisión prejudicial, elevada por el Tribunal Regional Civil y Penal de Berlín, que interesaba la interpretación de los artículos 4.1 y 4.5; 6.1; 8.1 y artículo 301, 30.2, 30.3, 30.5 y 30.6 de la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización, que fue modificada por la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. Y que en adelante, se denominará “Directiva 2001/14”.

Dicho Tribunal, optó por la suspensión de la tramitación del asunto que conocía, con el objeto de recabar del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la respuesta a las siguientes preguntas que planteó, como cuestiones prejudiciales:

1ª) ¿Deben interpretarse las disposiciones del Derecho de la Unión, concretamente el artículo 30, apartados 1, primera frase, 2, 3, 5, párrafo primero, y 6, de la Directiva 2001/14 en el sentido de que queda excluido el reembolso de los cánones por la utilización de infraestructuras pactados o establecidos en un acuerdo marco celebrado entre un administrador de infraestructuras ferroviarias y un solicitante, salvo que se reclame de conformidad con el procedimiento

¹⁰¹¹ Se trata de la STJUE ECLI:EU:C:2017:834. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-489/15&td=ALL>. Consultado el 18 de julio de 2018.

previsto al efecto ante el organismo regulador nacional y de conformidad con el correspondiente procedimiento judicial de control de las decisiones del mencionado organismo?

2ª) ¿Deben interpretarse las disposiciones del Derecho de la Unión, concretamente el artículo 30, apartados 1, primera frase, 2, 3, 5, párrafo primero, y 6, de dicha Directiva en el sentido de que queda excluido el reembolso de los cánones por la utilización de infraestructuras ferroviarias pactados o establecidos en un acuerdo marco celebrado entre un administrador de infraestructuras y un solicitante, si previamente el organismo regulador nacional no se ha pronunciado sobre los cánones controvertidos?

5ª) ¿Es compatible con el Derecho de la Unión que la jurisdicción civil controle la equidad de los cánones en virtud de la norma nacional mencionada en la tercera cuestión cuando los tribunales de lo civil establezcan los cánones en contra de los principios generales y los importes aplicados, en materia de cánones, por el administrador de infraestructuras ferroviarias, aunque éste se encuentre obligado por el Derecho de la Unión a dar un trato equivalente y no discriminatorio a todos los usuarios (artículo 4, apartado 5, de la Directiva [2001/14])?

6ª) ¿Es compatible con el Derecho de la Unión que la jurisdicción civil controle la equidad de los cánones de un administrador de infraestructuras, habida cuenta de que el Derecho de la Unión establece la competencia del organismo regulador para resolver discrepancias entre el administrador de infraestructuras y el usuario en cuanto a los cánones por la utilización de la infraestructura o en cuanto al importe o la estructura de los cánones que el usuario debe o debería pagar por la utilización de la infraestructura (artículo 30, apartado 5, párrafo tercero, de la Directiva 2001/14), y considerando que, ante el gran número de potenciales controversias ante los distintos tribunales de lo civil, el organismo regulador no podría seguir garantizando la aplicación uniforme de la normativa ferroviaria (artículo 30, apartado 3, de la Directiva 2001/14[...])?

A estas cuestiones, efectivamente la primera, segunda, quinta y sexta, el TJUE contestó de forma conjunta, cuya respuesta la sistematizamos en la forma que a continuación se presenta.

Como suele ser habitual, el Tribunal, antes de entrar en materia, se centra en remarcar los *objetivos fundamentales de la Directiva* analizada, que son:

- Garantía de acceso a la infraestructura ferroviaria en condiciones justas y no discriminatorias de todas las empresas ferroviarias.
- Garantía de competencia leal entre las mismas.
- El sistema de tarificación que establece la Directiva 2001/14 también pretende la independencia en su gestión por parte del administrador de infraestructuras.
- Estimulación de la normativa a los administradores de infraestructuras ferroviarias para que busquen la óptima utilización de las mismas, reconociendo cierto margen para su actuación. La gestión eficaz también se busca con una reducción de los costes; teniendo en cuenta que nos encontramos (en referencia a la infraestructura ferroviaria) ante un *monopolio natural*.

La interacción de tales objetivos, nos llevan a centrarnos en un concreto principio, consagrado en el artículo 4.5 de la Directiva, de que el sistema de tarificación aplicado dé como resultado que las empresas ferroviarias que presten servicios de naturaleza semejante en una parte similar del mercado abonen cánones equivalentes y no discriminatorios.

A su vez, estos principios, que encierran los objetivos, se reflejan en un concreto procedimiento, que, en síntesis, se refleja o contiene en el artículo 30 de la Directiva. Los principios de procedimiento que nosotros destacamos son:

- Gestión eficiente y la utilización justa y no discriminatoria de la infraestructura ferroviaria: se consagra mediante la creación de y establecimiento de un organismo regulador que supervise la aplicación del Derecho de la Unión y que actúe como órgano de apelación, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a la vía judicial.
- Las decisiones de este organismo regulador, van a vincular a las partes.

- Como se indicó, dichas decisiones pueden ser impugnadas ante la jurisdicción ordinaria.

Con estas bases sentadas, el Tribunal responde conjuntamente, como se indicó, a las preguntas primera, segunda, quinta y sexta, para concluir que la revisión con arreglo a criterios de equidad realizada por los tribunales del orden civil nacionales de Alemania en virtud del artículo 315, apartado 3, del BGB (Código Civil alemán) es una institución general del Derecho civil, concretamente del Derecho de contratos.

Y esta circunstancia poco tiene que ver (en el sentido de que no tiene relación) con la revisión de los cánones recaudados por los administradores de infraestructuras, establecida, por otra parte, por la Directiva concernida.

Sabemos que uno de los objetivos de la misma (de la Directiva) era establecer una relación justa en cada caso concreto. Por tanto, una apreciación con arreglo a *criterios de equidad en cada caso particular* se opondría al *principio de no discriminación* proclamado en el artículo 4.5 de la Directiva 2001/14.

Además, la jurisprudencia de los tribunales alemanes del orden civil parte del principio de que el artículo 315 del BGB tiene un *ámbito de aplicación autónomo, paralelo* al de la normativa sobre ferrocarriles. Por ello, se hace necesario la verificación de si, dentro del margen de flexibilidad que le reconoce la normativa nacional para determinar las tarifas, *el administrador de la infraestructura también ha tomado en consideración adecuadamente los intereses de la empresa de transporte ferroviario* demandante; que, evidentemente, son algo más que el mero respeto del principio de la no discriminación de los requisitos de acceso a la red.

Aplicar principios civiles, supone aplicar una serie de criterios valorativos que, en lo que se refiere a la equivalencia entre prestaciones, no se hallan previstos en la Directiva 2001/14. Y seguirlos, no estando previstos en la norma comunitaria, supondría comprometer la consecución de los objetivos señalados por la Directiva 2001/14 visto que *no existirían criterios unificados reconocidos por dicha jurisprudencia*, porque tales criterios se aplicarían caso por caso, según el objeto del contrato y los intereses de las partes en el litigio. *La aplicación del artículo 315 del BGB ignoraría que sólo una determinación de los cánones con arreglo a criterios*

uniformes puede garantizar que la política en materia de cánones se aplique de la misma forma a todas las empresas ferroviarias, lo que podría suponer llegar a resultados contradictorios.

Son los Estados miembros los que, de conformidad con el artículo 4.1 de la Directiva 2001/14, han de crear un marco de tarificación; en su caso con el establecimiento de reglas de tarificación específicas, siempre que respeten la independencia del administrador de infraestructuras; que como se dijo (uno de los objetivos de la Directiva) ha de disponer de margen de actuación para determinar el importe de los cánones, instrumentos de gestión, tal como señala el artículo 8.2 de la Directiva.

Si, por ende, se admitiera la posibilidad de enjuiciamiento por parte de los tribunales civiles, éstos tendrían que aplicar directamente lo dispuesto en la normativa ferroviaria y ello supondría, sin más, la invasión de la competencia reservada por la Directiva a favor del organismo regulador; y ello sin contar (como remarca el Tribunal Regional Alemán) con la dificultad (casi insuperable) que supondría integrar rápidamente, en un sistema no discriminatorio, diversas resoluciones judiciales individuales dictadas por los tribunales del orden civil (aun contando con el esfuerzo del Organismo regulador en *adaptarse* a las mismas).

Continúa el Tribunal con el resto de cuestiones:

3ª) ¿Es compatible con los preceptos del Derecho de la Unión que obligan al administrador de infraestructuras a cumplir unas pautas generales en el cálculo de las contraprestaciones, como el principio de cobertura de costes (artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/14) o la consideración de los criterios de aceptabilidad por el mercado (artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2001/14), que la jurisdicción civil controle la equidad de los cánones por la utilización de la infraestructura en virtud de una norma nacional de Derecho civil que permite a los tribunales controlar la equidad del canon cuando éste haya sido fijado unilateralmente por una de las partes y, en su caso, fijar otro mediante una resolución en equidad?

4ª) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión, ¿debe atender el tribunal del orden civil, al ejercer su discrecionalidad, a los criterios de la Directiva [2001/14] relativos

al establecimiento de los cánones por la utilización de infraestructuras? Si es así, ¿a cuáles?

7ª) ¿Es compatible con el Derecho de la Unión, en particular con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva [2001/14], que las disposiciones nacionales exijan que los administradores de infraestructuras calculen todos los cánones por utilización de la infraestructura basándose exclusivamente en los costes directos?

A lo que el TJUE responde que no procede entrar en las mismas, en tanto que las respuestas a las cuestiones primera, segunda, quinta y sexta han recibido una respuesta negativa.

II.- Derecho Español

En nuestro país, la nueva regulación se contiene en la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario¹⁰¹²; cuyo preámbulo señala que la misma sirve de transposición de los contenidos de la Directiva analizada.

La ley, precisamente en los artículos 96 y ss, regula el canon por utilización de las infraestructuras ferroviarias. Son los administradores de infraestructuras ferroviarias quienes pueden percibir el abono de estas tasas (denominadas *cánones ferroviarios*) de las empresas ferroviarias que usen las líneas de la Red Ferroviaria de Interés General, así como las estaciones de transporte de viajeros, terminales de transporte de mercancías y otras instalaciones de servicio.

El canon no va a ser siempre el mismo, pues va a ser el resultado de aplicación en cada una de líneas, tramos, estaciones de transporte de viajeros, terminales de transporte de mercancías y otras instalaciones de servicio de la Red Ferroviaria de Interés General que administre.

Además, los cánones se fijan de acuerdo con los principios generales de viabilidad económica de las infraestructuras, explotación eficaz de las mismas, situación del mercado y equilibrio financiero en la prestación de los servicios; y,

¹⁰¹² Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10440-consolidado.pdf>. Consultado el 23 de julio de 2018.

como dice la directiva, *con arreglo a criterios de igualdad, transparencia y no discriminación entre prestadores de servicios de transporte ferroviario.*

Otro de los extremos interesados en la Directiva, lo vemos manifestado en el apartado 4 del artículo 96: Para la cuantificación de los cánones de utilización de las infraestructuras ferroviarias, se parte de tomar en consideración los costes directamente imputables al servicio ferroviario; y, como bien dispone la Directiva, siempre que el mercado lo pueda aceptar y que ello no suponga un menoscabo en la competitividad óptima de los segmentos de mercado.

Con una clara actividad de fomento, hacia el uso eficaz de las redes, para la determinación de los cánones por la utilización de las infraestructuras ferroviarias cabe tomar en cuenta los costes medioambientales.

La ley también trata de reducir al mínimo las perturbaciones del tráfico en la Red Ferroviaria de Interés General. Para ello, da la posibilidad de establecer un sistema de incentivos, cuyos principios básicos se aplicarán a toda la red, y que puede incluir el establecimiento de penalizaciones por acciones que perturben el funcionamiento de la red, la concesión de indemnizaciones a las empresas que las sufran y la concesión de primas a los resultados mejores de lo previsto. Como se observa, hay medidas de incentivación y medidas de *desincentivación*.

El artículo 97, relativo al canon por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés General, señala que el hecho imponible lo constituye el uso de las líneas ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés General, así como la prestación de servicios inherentes a dicha utilización, de los modos siguientes:

- A. Canon por adjudicación de capacidad: por el servicio de asignación de aquellas franjas horarias, definidas en la declaración sobre la red, a los correspondientes candidatos con el fin de que un tren pueda circular entre dos puntos durante un período de tiempo determinado.
- B. Canon por utilización de las líneas ferroviarias: por la acción y efecto de utilizar una línea ferroviaria.

C. Canon por utilización de las instalaciones de transformación y distribución de la energía eléctrica de tracción: por la acción u efecto de utilizar las instalaciones de electrificación de una línea ferroviaria.

Deberán satisfacer este canon las empresas ferroviarias que utilicen o sean adjudicatarias de capacidad para poder circular por la Red Ferroviaria de Interés General; al igual que, para el canon por adjudicación de capacidad, son sujetos pasivos los agentes de transporte, los cargadores y los operadores de transporte combinado que, sin tener la consideración de empresas ferroviarias, tengan o cuenten con la adjudicación de capacidad.

III.- Conclusión

A nuestro modesto juicio, la Directiva, para el concreto ámbito del transporte, el principio de la no discriminación lo tenemos consagrado, con carácter general, en el art. 14 de la Constitución Española¹⁰¹³ (CE en adelante).

En el Tratado de la Unión Europea, su artículo 2 proclama formalmente la igualdad y la no discriminación. En el artículo 4 se consagra el principio de igualdad entre Estados y en el 9 el principio de igualdad entre todos los ciudadanos de la UE.

Nuestro Tribunal Constitucional ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable; ha afirmado el carácter vinculante de este principio tanto para el legislador (igualdad en la ley), como para los órganos aplicadores del Derecho (igualdad en la aplicación de la ley) y los particulares (igualdad horizontal).

Los particulares también están vinculados al principio de igualdad, y tienen vetados, en sus actuaciones, todo comportamiento que suponga discriminar por motivos de los expresamente mencionados en el precepto.

¹⁰¹³ <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>

El Tribunal ha establecido, asimismo, los criterios que justifican una diferencia de trato, que sería constitucionalmente admisible.

Por ello, nuestra norma interna de más alto rango, ya consagraba, mucho antes del 2004, el principio de no discriminación que subyace, corolario del de igualdad, a toda la normativa europea, principio también establecido en el tratado de la Unión y en el que la Directiva 2001/14, es trasunto.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, E.; TUR ANSINA, R. Derecho Constitucional. Editorial Tecnos, 2013.
- Bases de datos de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: www.curia.europa.eu.
- Bases de datos de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: <http://hj.tribunalconstitucional.es/>
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm>.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.; CARBONELL PORRAS, E.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; y otros. Derecho Administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización. Editorial Tecnos, 2017.

La asimetría en los sistemas federales actuales

Carlos Carnero Jiménez

Universidad Pablo de Olavide

Doctorando en Ciencias Jurídicas y Políticas

1. Introducción

El contenido de este estudio ha querido acercarse un poco más a uno de los principales debates que en la actualidad viven muchos sistemas constitucionales, como es la reforma de su modelo territorial.

Resulta sin duda importante acabar el análisis de las distintas fórmulas que han ido adoptando muchos Estados, donde la cuestión de la diversidad cultural y lingüística les ha obligado a redefinir sus esquemas originarios, y por tanto adaptar sus textos constitucionales a esos cambios.

El hecho de que un mismo Estado pueda albergar a diversos sujetos o entidades colectivas con un diferente grado o reconocimiento constitucional, hace apasionante para cualquier investigador dedicado al estudio del Derecho Constitucional, el análisis de dichos sistemas.

Es por ello, que me he decantado por hacer un estudio introductorio de lo que son los modelos asimétricos en los Estados federales actuales, donde por un lado pretendo analizar cómo se refleja esa desigualdad o asimetría en los textos constitucionales y por otra parte, poner la idea de federalismo como modelo elegido para poder conjugar esas diferencias en un mismo Estado donde quepan todos.

Tras un bloque introductorio dedicado al federalismo y a la asimetría, donde intento explicar brevemente ambos conceptos junto con sus elementos, he decidido detenerme especialmente en dos modelos, como son los sistemas de Canadá y Bélgica, ya que, considero que son dos de los Estados federales asimétricos que podemos tomar como referencia en las democracias actuales.

2. El federalismo asimétrico

2.1. Federalismo: concepto y elementos

Si nos fuésemos al origen etimológico de la palabra federalismo, tendríamos que remontarnos al latín y a la palabra *foedus* que significa “pacto” o “alianza”. Hoy día, en algunos sistemas occidentales el concepto de federalismo parece evocar todo lo contrario, llegando a ser comparado como la antesala del independentismo o la segregación de algún territorio dentro de un Estado. Sin embargo, para otras democracias, el federalismo está asociado con la cohesión y el sentido de Estado que ha hecho unir en una sola voz a diversos sujetos o comunidades.

El nacimiento del federalismo ha estado acompañado siempre de la idea de conjugar por un lado la unión y la pluralidad de un país, siendo el principal atractivo de los modelos federales clásicos “su capacidad de articular una unidad política a partir del respeto de la diversidad de sus componentes territoriales”¹⁰¹⁴. Durante nuestra más reciente historia, hablar de federalismo, ha significado hablar de uno de los esquemas territoriales más comunes en el mundo, siendo una fórmula elegida por más de veintiocho países para su distribución territorial. Se estima que hoy, alrededor de un 40% de la población mundial reside actualmente en un Estado Federal.

A lo largo de la historia han sido diversas las razones por las que muchos Estados han decidido ser federales, pero hay una serie de elementos que comparten algunos de ellos, como por ejemplo la amplia extensión de su territorio. Hay también otros motivos por los que algunos Estados tuvieron que adoptar el método federal, como pudo ser una grave crisis política o un conflicto bélico dentro de su territorio, que obligó a buscar como única salida la federalización de su sistema. Otros sistemas federales han sido fruto de un proceso de evolución que les llevó de constituirse originariamente como un Estado unitario, a tener que aceptar la diversidad cultural o lingüística de las distintas comunidades que integraban su población, teniendo que descentralizar

¹⁰¹⁴ FOSSAS y REQUEJO (1999:9)

su poder para así acoger a esas reivindicaciones territoriales, como puede ser el caso de Canadá o Bélgica.

En cuanto a la denominación de los Estados federales no hay una uniformidad en dicha cuestión, ya que, es distinta según en qué territorio nos encontremos. Algunos poderes centrales han adoptado diferentes nombres como por ejemplo el Gobierno de la Unión, Gobierno Central, o Gobierno de la *Commonwealth*. También para los entes descentralizados existen diferentes denominaciones, siendo asignados el nombre de estados, provincia , *länder* , cantones o comunidades y regiones, entre los sistemas más destacados a nivel mundial.

A la hora de analizar las categorías, por un lado nos encontramos el federalismo por concentración o federalismo integrativo, que sería aquel que surge por la asociación o alianza de Estados independientes, que deciden crear un ente superior que derive en una unión estable que sería el Estado federal. El primer gran ejemplo en la historia contemporánea de este tipo de federalismo, sería Estados Unidos a finales del siglo XVIII. La importancia del sistema federal de Estados Unidos como referente en los estudios contemporáneos ha llevado a algunos autores como *Wheare* a afirmar que “*cualquier definición de gobierno federal que no incluya a los Estados Unidos está condenada a ser calificada como irreal*”¹⁰¹⁵.

Por otro lado, la segunda gran categoría que tenemos, sería el federalismo por devolución o federalismo desintegrativo, un federalismo también denominado centrífugo, y que es fruto de un proceso de la descentralización de un Estado unitario, que decide otorgar la categoría de Estados miembros a sus entes territoriales, siendo este un proceso inverso al anteriormente descrito, el cual, correspondía a un proceso centrípeto.

Lo que sí podemos afirmar es que entre los elementos comunes para que podamos encontrarnos una verdadera estructura federal, tenemos que partir de varios elementos ineludibles y obligatorios:

¹⁰¹⁵ WATTS (2006:32)

- En primer lugar, la existencia de una norma constitucional rígida y que esté escrita. La importancia de su rigidez no es tan básica como la de que haya un texto escrito donde se recojan las competencias de los entes que conforman la federación y el poder central. Es por ello, que debe existir un equilibrio entre los dos niveles de gobierno, que va a depender de esa asignación de poderes que vengán recogidas en una Carta Magna, que garantiza la seguridad y la estabilidad del Estado.

- En segundo lugar, la necesidad de una Cámara Alta o Senado que asuma poderes propios con respecto a la Cámara Baja, teniendo como principal misión dirimir los conflictos concernientes al estatuto de los Estados miembros o a las relaciones entre los Estados y el Poder central, convirtiéndose así en una verdadera Cámara territorial.

- En tercer lugar, la presencia de un Tribunal Constitucional o Supremo, que debe ser el órgano al que acudir en caso de conflictos competenciales entre Estados miembros de la federación o de estos frente al poder central. Con esto se pretende armonizar un equilibrio, que garantice la estabilidad de la federación en repartos competenciales y financieros.

2.2. La asimetría constitucional

La publicación en 1965 de un artículo titulado "*Symmetry and Asimmetry as Elements of Federalism: a Theoretical Speculation*" de Charles Tarlton, es el punto de partida en el estudio del concepto de federalismo asimétrico. Para el autor, la función principal de los elementos asimétricos es ayudar a mantener la unidad y la estabilidad de una federación, con el fin de que evitar la fragmentación dentro de la unión. Tarlton nos dice en su tesis, que para la aparición de elementos asimétricos deben darse previamente unos prerequisites como puede ser la territorialidad, la cultura, los factores demográficos o el aspecto lingüístico, y la posterior práctica constitucional.

Se trataría por tanto de un reconocimiento constitucional de algunas singularidades o particularidades de determinados entes por debajo del Estado.

La dotación o transferencia de competencias a esos sujetos territoriales, tendría como objetivo integrar a estos territorios singulares en federaciones que adolecieran de estabilidad.

Es importante diferenciar dos tipos de asimetrías: la asimetría política de la asimetría constitucional. La asimetría política sería aquella que se da en algunas regiones o territorios que componen la federación y que podría perjudicar al correcto funcionamiento de ésta. Dichas desigualdades estarían relacionadas con factores culturales, económicos o sociales, entre las más destacadas.

La asimetría constitucional, a diferencia de la política, es aquella que recoge todas esas asimetrías en un texto constitucional y las traduce en un trato desigual para sus unidades, estableciendo diferentes competencias, bien sea legislativas o ejecutivas, para una o varias de sus entidades federadas, manteniendo un trato distinto con algunas de ellas. Éstas se manifiestan bajo la forma de capitales federales, territorios administrados federalmente o Estados libre asociados periféricos y Estados asociados.

Lo que es evidente es que hoy la asimetría lingüística, es lo que ha llevado a la mayor parte de Estados, a declararse en sus textos constitucionales como diversos y plurales, con su correspondiente reconocimiento. Este reconocimiento siempre ha sido uno de los más costosos a lo largo de la historia contemporánea, puesto que la mayor parte de los Estados liberales occidentales, han intentado centralizar sus poderes a través de sus políticas lingüísticas o aprobar leyes de naturalización o ciudadanía con el fin de una construcción nacional en base a una misma lengua.

Este sistema que acabamos de comentar, contrastaría con el sistema federal simétrico, basado en la misma atribución competencial para todos los territorios, donde hay una exclusividad o uniformidad de materias gestionadas por el poder central del Estado, que no va a transferir a ningún miembro en particular de su federación.

Con ello se impediría la diferenciación a la hora de administrar y gestionar las mismas competencias entre los distintos entes territoriales que estén

por debajo del poder central, siendo Estados Unidos y Alemania, los dos modelos más representativos en la historia contemporánea, los cuales, se ubican geográficamente muy próximos a los modelos federales asimétricos de las dos naciones que a continuación, vamos a analizar.

3. La asimetría en la federación canadiense

Si quisiéramos enumerar cuales son los rasgos generales del federalismo asimétrico, podemos considerar, el caso de Canadá como uno de los mayores ejemplos existentes. El modelo canadiense ha intentado desde su fundación, responder a las distintas reivindicaciones de las comunidades lingüísticas y culturales que componían su sociedad, además de dar una solución a las distintas demandas de los pueblos aborígenes y etnias minoritarias que también han ido formando parte de su territorio. Para ello, ha ido construyendo un sistema federal asimétrico, objeto de estudio de muchos constitucionalistas y que hoy día sigue en pleno debate de actualidad.

El primer rasgo por el que ha destacado el modelo canadiense es ,sin duda, la bicefalia que constituyen sus dos principales comunidades lingüísticas, ya que, la fundación de Canadá vino precedida de un pacto entre los distintos sectores de la población que habitaban en las cuatro provincias fundadoras, cuya población estaba dividida principalmente, entre la comunidad francófona y la comunidad de habla inglesa.

La singularidad de este sistema constitucional, la encontramos no solamente reflejada en la carencia de una única norma constitucional escrita, puesto que además de la *British North America Act*, conocida también como *Constitution Act* de 1867, existe otro gran texto constitucional que complementa la primera ley fundacional, la *Constitution Act (Loi Constitutionnelle*¹⁰¹⁶) de 1982. Una norma con el mismo rango constitucional que no modifica el contenido de la primera ley de 1867, y que amplía su articulado, añadiendo además la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

¹⁰¹⁶ Denominación oficial en francés de la Constitution Act de 1982

La principal diferencia de la norma constitucional de 1982 con la originaria ley constitucional, es que su aprobación trajo la llamada *Patriation* (repatriación o nacionalización) y la completa desvinculación del vetusto dominio británico. Canadá se va separando lentamente de Gran Bretaña mediante un *continuum* de leyes y comportamientos, que hacen muy difícil el momento en el que adquiere las características que la teoría exige para identificar un Estado¹⁰¹⁷.

Lo verdaderamente cierto es que la primera norma constitucional de 1867 nació con una dualidad muy importante, ya que, su principal cometido era intentar dotar de un documento constitucional a una federación, que conjugara por un lado, la herencia colonial francesa que aportó su lengua, su religión católica y su Derecho Civil codificado, y que a su vez, conviviera jurídica y políticamente con la herencia colonial británica, que dejó en Canadá su religión anglicana, la lengua inglesa y el *Common Law*, como sistema jurídico.

El original modelo competencial canadiense, se puede encuadrar dentro del federalismo clásico o dualista que separa y define cuales son las competencias de la federación o poder central y cuáles son las que se atribuyen a las provincias, como bien encontramos en el artículo 91 y en el artículo 92 de la originaria *British North American Act* de 1867, destacando también la poca presencia de competencias compartidas, exceptuando la gestión de las pensiones, agricultura e inmigración, que nos las encontramos redactadas en los artículos 94A y 95 de dicha norma.

A pesar de que la mayor parte de competencias estuviesen bajo el dominio central, el hecho de que las competencias de educación y agricultura estuviesen en manos provinciales, con la correspondiente aplicación del *Common Law* y el Código Civil francés según la provincia, permitió que esta fórmula descongestionara muchos de los problemas que habían tenido la comunidad de habla inglesa con la comunidad francófona en el pasado, y apaciguó muchas de las tensiones en la convivencia de ambas culturas a la hora de poder gestionar competencias muy cercanas a la ciudadanía.

¹⁰¹⁷ RUIZ ROBLEDO, A. (1993) "El federalismo canadiense" en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N°2, Valencia 1993, pág 47.

Otra de las asimetrías manifiestas nos la encontramos en el ámbito civil, ya que, a pesar de que la competencia del matrimonio y el divorcio se la reservaba el poder central para su gestión (art. 91.26), no obstante, mediante la cláusula del art.92.12 se concedía a cada provincia el tipo de celebración del matrimonio. Ello significaba, que había una concesión indirecta a la región francófona de Quebec, para respetar la religión mayoritaria de su población, la religión católica, permitiendo a los quebequeses poder celebrar el matrimonio por el rito canónico. El artículo 133 de esta ley también otorgaba al francés como la lengua preferente en las regiones francófonas en el tema legislativo, ejecutivo y judicial.

Las instituciones federales también constituyen otro ejemplo donde podemos analizar la existencia de rasgos asimétricos. Por un lado el Senado que, según algunas provincias, no contaría con las suficientes cuotas de representatividad territorial que deberían tenerse en cuenta para que una Cámara Alta, represente a todos los territorios que integran la federación, ya que, según el criterio de representación geográfica, las provincias del Este tendrían mayor peso que los restantes territorios.

Este último rasgo también es comparable al distinto poder que gozan algunas provincias, con respecto a otras a la hora de poder abrir un proceso de reforma en la Constitución Canadiense. La *Constitution Act* de 1982, en su Título V, sólo hace posible modificar la norma suprema de Canadá con un acuerdo mayoritario en el parlamento canadiense y el respaldo de al menos dos tercios de las diez provincias que al menos representen el 50% del total canadiense. Una fórmula conocida como la 7/50, siendo un sistema de mayorías que quizás pueda parecer equitativo, pero que en la parece otorga a las provincias de Ontario y Quebec, una gran capacidad de veto debido a su alto coeficiente poblacional en detrimento de las otras ocho provincias restantes y los tres territorios bajo control central canadiense.

La Corte Suprema de Canadá, también dispone de un curioso sistema donde de los nueve magistrados, seis procederían del *Common Law* y otros tres del Código Civil, obligando que para reformar el Alto Tribunal, se exija la

unanimidad de los representantes de los dos ordenamientos jurídicos que conviven en Canadá.

El llamado Consejo de la Federación, a su vez, representa otro órgano federal de representación provincial, donde existe una relación horizontal de poderes entre las distintas provincias para la apertura del debate competencial entre ellas, y que también puede ser cuestionado por ser un órgano impulsado por algunas provincias más fuertes, para crear una unión común que pueda hacer frente al poder central, en el tema presupuestario. Un tema, también relacionado con la fiscalidad asimétrica que vive Canadá, puesto que no todas sus provincias van a disponer del mismo reconocimiento a la hora de crear y recaudar sus propios impuestos, como sería el caso de Quebec con un mayor poder recaudatorio autónomo.

Por último, el auge del movimiento nacionalista quebequés desde mediados del Siglo XX, entre otros motivos, propició las dos convocatorias de referéndum de independencia en la provincia en 1980 y 1995, llevadas a cabo hasta el momento, y que pusieron en peligro la unión y la estabilidad del sistema constitucional canadiense.

En las últimas décadas, el poder central optó, entre otras decisiones, por incrementar el reconocimiento del grado de asimetría para la provincia de Quebec. Es por ello, que no se ha alterado el sistema legal quebequés, consolidándose y aplicándose en la provincia francófona, su propio sistema jurídico reconocido en el *Códe Civil du Quebec*, mientras que en el resto de la federación se rige por el *Common Law*.

Es por tanto obvio, que la provincia de Quebec es portadora de unas evidentes señas de identidad cultural y religiosas que junto con su propio sistema jurídico, han servido para diferenciar a la que también se conoce como “Belle Province” de las otras nueve integradas en la Federación¹⁰¹⁸

Algunas de esas medidas junto a una resolución por parte del parlamento de Ottawa donde se ha reconocido “el carácter único” de la sociedad quebequesa

¹⁰¹⁸ SAIZ ARNAIZ (1997 : 21)

en 1996, rebajaron la grave crisis política territorial sufrida en la década de los 90. Además de ello, la aprobación de la *Clarity Act* en el 2000, donde se aprobaron legalmente unos requisitos ineludibles por si se convocara otro referéndum sobre la continuidad.

Aunque el modelo federal canadiense está en constante evolución y los movimientos secesionistas en la provincia quebequesa siguen latentes, la federación canadiense ha logrado articular un modelo territorial asimétrico que ha dotado de estabilidad a un país que se constituyó como federación desde hace un siglo y medio.

4. Las Comunidades y Regiones en el sistema federal belga

El siguiente ejemplo de modelo federal que queremos analizar, es el sistema belga, el cual, también constituye hoy uno de los ejemplos de mayor asimetría política y constitucional del mundo. Un sistema que sigue en constante evolución, debido a su compleja estructura y la continua falta de acuerdo mayoritario entre sus representantes públicos, lo que ha llevado a desencadenar numerosas fracturas sociales, además de una gran inestabilidad en las instituciones políticas belgas.

Para poder aproximarnos un poco más a los rasgos principales del federalismo belga, hay que señalar una fuerte polarización de sus dos principales comunidades lingüísticas: la francófona y la neerlandesa. La asimetría lingüística es un rasgo que comparte este sistema federal con la federación canadiense, pero esta dualidad idiomática de su sociedad, adquiere un sentido diferente en Bélgica, ya que, el Estado belga nació como un Estado unitario y centralizado que no reconocía ninguna diversidad cultural ni nacional en su norma constitucional de 1831.

En el año 1830, tenemos la fecha de nacimiento de la actual nación belga, que se constituyó en una Monarquía fuertemente unitaria, que evolucionaría durante todo el siglo XX hasta convertirse hoy en un Estado federal y descentralizado. La independencia del país, fue producto de una fusión de

diversos sectores sociales e industriales del sur con el norte, en unos territorios donde nunca hubo una lengua única, predominando en el sur una serie de dialectos del francés “y en el norte una comunidad flamenca sin un idioma normalizado”¹⁰¹⁹

Esa concepción de Estado unitario, tuvo como fruto el primer texto constitucional belga, que data de 1831 donde se reconocía constitucionalmente a un Estado que no reflejaba la diversidad y heterogeneidad cultural de su sociedad ni sus comunidades lingüísticas, siendo el francés el idioma oficial de uso preferente por parte de las administraciones, además de ser la lengua elegida para la enseñanza escolar.

Tras las continuas reivindicaciones políticas de la comunidad de habla neerlandesa durante estos casi dos siglos, se fue generando una paulatina descentralización y apertura del sistema belga hasta la actual Constitución belga de 8 de mayo de 1993.

Tras multitud de reformas legislativas y ajustes constitucionales para poder mejorar la convivencia de las dos grandes comunidades, fue en 1993 cuando el por aquel entonces Primer Ministro belga, **Jean Luc Dehaene**¹⁰²⁰ anunciaría una reforma de Estado para que fuese transformado constitucionalmente en un Estado federal.

Analizando el actual texto constitucional belga nos encontramos en su primer artículo la siguiente redacción en su versión francesa “**La Belgique est un Etat fédéral qui se compose des communautés et des régions**”¹⁰²¹. No cabe duda, Bélgica reconoce su federalismo y a las Comunidades y Regiones, como unidades que la componen, con un reconocimiento que no queda aquí, sino que en sus artículos 2º y 3º cita quienes son esas unidades constituyentes.

¹⁰¹⁹ DE WINTER, L. (2011:9)

¹⁰²⁰ JEAN LUC DEHAENE: Primer Ministro de Bélgica entre los años 1992 a 1999. Líder democristiano, considerado como uno de los grandes artífices del actual sistema federal belga. Consiguió un histórico acuerdo entre los dos grandes partidos en el Parlamento Belga para que fuera posible dicha reforma de Estado.

¹⁰²¹ Art.1 Constitución Belga de 8 de mayo de 1993

Por un lado se reconoce la existencia de tres regiones monolingües , nombrando a la Región valona, Región flamenca y la Región de Bruselas. Siendo en esta última cooficiales el francés y el neerlandés como los dos idiomas de la región. Además de estas regiones, existe un reconocimiento expreso a las Comunidad Francófona, Comunidad Flamenca y Comunidad Germanófona con sus correspondientes instituciones, las cuales también ostentarán una serie de competencias diferentes a las de las regiones, conformándose un conglomerado competencial que dará lugar a una fuerte asimetría constitucional.

Otra peculiaridad a destacar, es que Comunidades y Regiones tratan de superponerse en las diferentes áreas geográficas del territorio belga, pero al existir regiones como la capital Bruselas, donde hay una cooficialidad de dos lenguas o la existencia de la pequeña comunidad alemana, integrada en una región que mayoritariamente no usa el alemán como lengua oficial, hacen que la asimetría se haga manifiesta en cualquiera de las instituciones belgas.

Este hecho ha supuesto que la que la administración belga haya tenido que hacer diversas reformas legislativas, para poder acomodar a todas las comunidades que habitan en el país y sus ciudadanos pudieran tener el derecho a recibir la enseñanza en su propio idioma a las minorías que habitan en una región donde mayoritariamente la población usa otra lengua.

Con respecto a la actual distribución competencial, el federalismo belga tiene la particularidad de ser un sistema descentralizado donde hay una atribución de competencias exclusivas a sus unidades constituyentes, Esta asimetría se ve reflejada en el doble esquema estatal y federal con el desglose competencial en los artículos 127 y 133 de la Constitución belga donde se nos enumeran las competencias de ambas unidades constituyentes.: Comunidades y Regiones, las cuales, se sitúan en un nivel de gobierno por debajo del poder central.

El equilibrio federal del sistema belga está basado por tanto, en esa atribución exclusiva, donde no existe ningún tipo de área concurrente donde Estado y entidades federadas compartan tareas, es decir, el federalismo belga

opta porque todo lo que pueda resolverse en un nivel inferior, no debe ser delegado ni atribuido a un órgano competencial de nivel superior.

No obstante, el poder central o federal va a reservarse la capacidad de asumir todo aquello relativo a materias relacionadas con la política monetaria, defensa nacional, justicia o legislación civil y penal. Además de ello, va a legislar el tema lingüístico en aquellas poblaciones fronterizas de Bruselas denominadas comunas *a facilité*, y el derecho a usar el alemán en la Comunidad Germanófona que habita en la Región de Valonia.

Además de ello, la importancia de las Comunidades y Regiones la vamos a encontrar reflejada en el artículo 167 de la Constitución belga, ya que, el Estado también transfiere competencias en política exterior a sus Comunidades y Regiones, encontrándonos en el Consejo de Ministros de la Unión Europea, a representantes de los gobiernos de los territorios donde se debatan temas que les afecten.

Este principio de exclusividad está presente en el artículo 81 de la Ley de 8-8-1980, posteriormente modificada por la Ley de 8-8-1988, donde se atribuyen las competencias exclusivas a Comunidad y Regiones. El concepto "*in foro interno, in foro externo*", va a trascender no sólo del ámbito nacional, pues que, las entidades subestatales también son responsables en las relaciones internacionales donde esté presente Bélgica.

Por todos estos argumentos expuestos, el concepto de Comunidades y Regiones y su encaje en el marco constitucional, han convertido a Bélgica en uno de los modelos de referencia dentro de los sistemas federales, ya que, su constante evolución desde el origen unitario de su Estado hasta el día de hoy, convierten a la nación belga en un caso de federalismo asimétrico único y singular.

5. Conclusiones

Para poder hacer una serie de reflexiones finales sobre lo que ha sido este estudio, es importante destacar la primera idea que hemos intentado explicar cómo es la diferencia entre el federalismo simétrico y asimétrico.

La primera idea está vinculada a lo que sería el federalismo territorial, basado en una igualdad competencial para cada ente, pretendiendo unificar a los distintos pueblos o sujetos que habiten dentro del Estado, buscando el equilibrio y la estabilidad de su sistema, a través el mismo peso específico para todos. Un modelo completamente contrapuesto al que representa el federalismo asimétrico donde las federaciones han tenido que adaptarse y evolucionar para encontrar un equilibrio que pudiera aceptar la diversidad de su naturaleza. Una diversidad que ha abarcado diversos campos, siendo la lengua y la cultura los principales protagonistas, en los más recientes modelos federales contemporáneos.

Con la descripción y el análisis de los sistemas canadiense y belga, hemos puesto de manifiesto que el federalismo asimétrico que representa el modelo de estos dos Estados, ha buscado acoger las diversas reivindicaciones de las distintas culturas o comunidades lingüísticas que conviven en su territorio, adaptando su legislación y sus textos constitucionales con el fin de que estos sujetos pudieran ver reconocidos sus hechos diferenciales.

Para que estas singularidades hayan tenido cabida en las distintas normas constitucionales, se ha tenido que gestionar esta diversidad con buena voluntad y se ha establecido un distinto marco competencial para estos sujetos, donde el hecho de transferir competencias, no ha implicado un mayor beneficio o poder, sino más bien, que la gestión de una misma materia pasa de realizarse de una administración central a una delegación territorial más cercana al ámbito geográfico a gestionar.

Esta buena disposición que debe tener el Estado, no supone, que sea una cesión “a la carta” donde sólo intervengan dos sujetos. Los sistemas asimétricos parten de que el reconocimiento constitucional de una serie de derechos o competencias para alguno de sus entes, tiene que estar inexorablemente ligado

al acuerdo de todos los integrantes de la federación, por lo que se garantiza así que no pueda haber imposiciones unilaterales al margen del resto de miembros.

El modelo de atribución competencial por el que han optado belgas y canadienses en sus federaciones, a pesar de que tiene bastantes semejanzas no son idénticos. En primer lugar, la gran diferencia entre ambos sistemas, es que la federación belga no contempla competencias concurrentes, mientras que la federación canadiense en 1867 ya quiso atribuir un régimen de responsabilidad compartida entre Estados y provincias en algunas materias, como el tema de agricultura, inmigración o pensiones.

La mayoría de federaciones en caso de conflicto de competencias concurrentes, tienen estipulado en sus respectivos textos constitucionales, la prevalencia siempre del poder federal frente al poder regional o provincial. Sin embargo la singularidad de la provincia de Quebec hace que su propia legislación se imponga por ejemplo en el caso de las pensiones, ya que, la provincia quebequesa optó por el desarrollo de su propio sistema en políticas de pensiones y en ningún caso una decisión del poder federal podría intervenir en la legislación quebequesa en la gestión de esta materia.

La situación de Canadá no parece reflejarse en el modelo belga, puesto que la necesidad de reconocer a tantos entes colectivos no es la misma que para la sociedad belga, ya que, el origen de Canadá vino en un pacto de las "*deux nations*" o "*two founding people*", denominaciones que se le dieron al pacto donde dos sujetos que hablaban diferentes idiomas acordaron crear una nación donde cupieran inglés y francés, las dos lenguas de sus respectivas sociedades, a excepción de pequeñas lenguas indígenas minoritarias.

El modelo belga donde tres lenguas tienen que convivir en un país de pequeñas dimensiones con regiones no uniformes en el tema lingüístico, si ha hecho más viable esta composición asimétrica de estos colectivos, la cual, podría tener alguna posibilidad de ser exportado a otros Estados donde conviven más de dos lenguas repartidas en más de dos regiones.

Para concluir nuestras reflexiones, debemos decir que la principal idea que queríamos transmitir en esta comunicación es la capacidad, que han tenido

muchos Estados desde un punto de vista legal y constitucional, de armonizar las singularidades y particularidades de sus miembros para así poder reactivarse y darle estabilidad a sus federaciones, reconociendo por tanto su pluralidad para así poder conjugar la unidad y la diversidad del país, uno de los principales lemas del federalismo desde su origen.

BIBLIOGRAFÍA

* Selección de materiales usados donde se incluyen libros o monografías, artículos académicos y ponencias en conferencias.

- ANDERSON, G. *"Una introducción al federalismo"*. Ed. Marcial Pons. Madrid (2008)

- ANDERSON, G. *"Una introducción comparada al federalismo fiscal"*. Ed. Marcial Pons. Madrid (2010)

- BIGLINO CAMPOS, P. *"Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia"*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2007)

- CASTELLÁ ANDREU, J.M. y MITJANS, E. *"Canadá: Introducción al sistema político y jurídico"*. Ed. Universitat de Barcelona. Barcelona (2001)

- DE CUETO NOGUERAS, C. *"Federalismo y democracia consociacional en la política belga"*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm.24 (2009)

- DE WINTER, L. *"Belgium: From federalism to confederalism or to a Big Bang in 2014?"*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Nº4. Diciembre (2012)

- DE WINTER, L. *"Federalismo y la sostenibilidad de Bélgica, (I) El camino de Bélgica hacia el federalismo"*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Nº2. Diciembre (2011)

- FOSSAS, E. y REQUEJO, F. *"Asimetría federal y Estado plurinacional"*. Ed. Trotta (1999).

- GAGNON, A-G. *"El federalismo canadiense contemporáneo. Fundamentos, tradiciones e instituciones"*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia (2010).

- KYMLICKA, W. *“La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía”*. Ed. Paidós Ibérica. Barcelona (2003)
- MILIAN i MASSANA, A. *“Derechos lingüísticos y derecho fundamental a la educación, un estudio comparado: Italia, Suiza, Bélgica, Canadá y España”*. Ed. Civitas. Madrid (1994).
- RUIZ ROBLEDO, A. *“El federalismo canadiense”*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N°2, Valencia (1993)
- SÁIZ ARNAIZ, A. *“Estado Federal y estatuto particular: la posición constitucional de la Provincia de Quebec en la Federación Canadiense”*. Ed. Marcial Pons. Madrid (1997)
- SAMPER, L. M. *“Introducción al estudio de la Constitución de Canadá”*. Revista de Derecho de la Universidad del Norte 22; 254-271, (2004)
- SOLOZABAL, J. J. *“La reforma federal: España y sus siete espejos”*. Ed. Biblioteca Nueva. Madrid (2014).
- WATTS, R.L. *“Sistemas federales comparados”*; traducción e interpretación de Esther Seijas Villadangos. Ed. Marcial Pons. Madrid (2006).

Origen histórico-jurídico de la autodeterminación: principio de nacionalidades, principio de libre determinación de los pueblos y su desarrollo por la ONU

Gaspar González-Represa

Personal Investigador en Formación en el programa de doctorado

“Internacionalización de sistemas legales y derechos fundamentales”,

Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

The imprecise delimitation of the right to self-determination in international law and its ambiguous and, to a certain extent, confusing content is due to its evolutionary nature. As a matter of fact, the principle of self-determination of Peoples has been one of the most relevant principle in international law in the last two centuries and represents not only a simply legal concept, but also a significant axiom in so many situations and in a wide range of circumstances along the history, even trespassing the borders of Law where its development process began. However it was in the 20th century, throughout its legal codification, when the most remarkable and significant period of its evolution took place, gaining this principle a great relevance in our current world.

As a consequence of the evolutive character of this principle, it is more difficult to approach its features and analyze them properly. This is also the main reason why there has been such an intense doctrinal debate in the last couple of decades discussing around the specific content and the subjects of the right to self-determination of Peoples, as well as a persistent misunderstanding of the conditions of exercise of this principle by the International Community. Thus, as it is widely known, this principle has suffered many restrictions and willing deformations by the sovereign states themselves who have not always respected

the applicable regulation established in international law along the last century¹⁰²².

Nevertheless, despite the historical roots of the right to self-determination, the recent doctrinal proposals concerning its substance have always been focused exclusively on the legal aspects, disregarding completely its well-known nature as an extralegal concept¹⁰²³. In this respect, my aim with this project is to emphasize the necessity of taking into account the historical-legal aspect of this right. In order to achieve this goal, the structure of this section has been outlined as follows: first, I will treat its first appearance as an outcome of the principle of nationalities and the creation of nation-States; then, I will delve into its proclamation at the beginning of the 20th century and its first embodiment in the Fourteen Points of Wilson and in the peace treaties after World War I; finally, I will give an overview of the development in the concept made by United Nations after World War II, from the last period of colonialism, considering the Peoples who suffered from it as subjects of this right, until the appearance of secessionist episodes and its restricted reformulation.

1.1.1. Principle of nationalities and the Nation-State. The sovereign Nation and the equivalence between political and cultural community.

Needless to say, the principle of self-determination is based originally on the principle of nationalities, which had a great importance in the functioning of the

¹⁰²²Héraud G., Preface in Obieta Chalbaud, J.A. (1980): *El Derecho de autodeterminación de los pueblos. Un estudio interdisciplinar de los DD.HH.*, Universidad de Deusto, Bilbao.

¹⁰²³Martínez Jiménez, A.(2016): *Derecho de autodeterminación de los pueblos en el Siglo XXI*, Aranzadi, Madrid, p. 25-29.

Preface in Pavkovic, A. and Radan, P. (2011): *The Ashgate Research Companion to Secession*, Ashgate Publishing Limited.

International Community in the 19th century and remains at present, discreetly, in the recent nationalist-separatist episodes¹⁰²⁴. As so many authors say, the principle of nationalities is indeed the original version of the subsequent principle of self-determination of Peoples¹⁰²⁵, a thesis that deserves full support. That is the reason why it is necessary to analyze in depth the existing links between these two principles in international law¹⁰²⁶.

According to the main dissertations related to this topic, the principle of nationalities involves that every single cultural nation is the seed of an own political organization, justified because of the presence of two essential elements: first, the objective or territorial element, the existence of a nation; and, second, the subjective element, the will of a People settled down on a concrete region to create a nation and be a part of it. Thus, a nation can only fulfil itself when it has its own state structure, and that is the reason why modern nationalism has been strongly associated with the doctrine of statocentrism; however, we have to keep in mind that the concepts of <<nation>> and <<State>> have evolved greatly during the last centuries.

At the end of the Middle Ages, the greed of the great empires and kingdoms led them to expand more and more their power conquering new territories. Consequently, most of political communities became an artificial result of several accidental circumstances and small details that could have happened on a very different way producing other combinations of territories. Therefore, at that time there was a great variety of Peoples and communities in those kingdoms. They

¹⁰²⁴De Blas Guerrero, A.: "Sobre el principio de las nacionalidades", in Solozabal, J.J. (Ed.) (2014): *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, p. 55.

¹⁰²⁵Obieta Chalbaud, J.A. (1980): *El derecho de autodeterminación de los pueblos. Un estudio interdisciplinar de los DD.HH.*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1st Chapter.

¹⁰²⁶Most of authors agree with the thesis of Obieta Chalbaud, nonetheless some of them prefer to specify slight differences of how they understand the connections between these two principles, like Prof. Julen Guimón does (Guimón, J. (1995): *El derecho de autodeterminación. El territorio y sus habitantes*, Universidad de Deusto, Bilbao, Chapter 1).

had been incorporated in a specific historical moment and then they lived together within the same political organization.

In contrast to these political communities, the Peoples of small communities trapped inside these enormous political structures were not a result of human decisions or historical circumstances, but a consequence of the human nature itself and its tendency to socialize. No one had decided to create a new language or a cultural community, they just were born spontaneously without political interests or ambitious desires, they just appeared. In fact, each of these communities had its own culture, its own legal and social habits and even its own language, which made it a particular community different from others. Even so, history has shown us that the complete equivalence between these two kinds of communities, the political and the cultural, has not been a constant throughout the centuries, especially during the Middle Ages and the Modern Age.

It was during the French Revolution, when the modern nationalism and the concept of Nation-State appeared for the first time, giving a 180 degree turn to the connection between cultural and political community and being disseminated throughout the rest of Europe. Since then on, all the citizens from the French Kingdom were considered as French citizens and part of the same nation regardless of their origins, languages, social habits or cultures, requiring fidelity to it and forcing the existence of a national identity feeling to all of them. Therefore, the maximum correspondence between cultural and political community was attempted in order to reach the dogma Nation-State, which promoted the cultural homogeneity in a community and, consequently, the cultural identity among its inhabitants.

In addition, the State sovereignty, which was property of the Kings so far, was the main ambition for the cultural communities at that time. Only those who could be considered as a Nation were subjects of a sovereign power, and had

therefore the right of self-government¹⁰²⁷. Along the 19th century, the nationalism was strongly associated with the national sovereignty doctrine, but nevertheless the problem of the application of this principle was still how to agree the concrete qualities a community must have in order to be considered a Nation and, consequently, subject of the sovereign power of a territory¹⁰²⁸.

In practice, the cultural unity that revolutionaries could not wait for managing and becoming a real Nation-State, did not really exist at that point of time in France, as in many other countries. It represented a national identity claim that did not match the reality. Back then, it is noteworthy to say that a wide variety of national identities, cultures and languages gathered in the same country instead of the purposed unity. Actually, since cultural unity did not take place in France in a natural way and that fact complicated its consideration as a nation, the main purpose of the revolutionary segment was to impose French artificially as the unique language all over the country, which was a detriment to the local languages of the different Peoples and civilizations settled down in France.

As can be seen, the political organization is the only subject able to impose, modify or even destroy a culture through the use of power. All the national minorities different from the official nation not only saw their languages marginalized in abundance by the new Republic, but also how their existence was not recognized by France, who would be interested in considering the whole population as part of the unique French nation. Therefore, the previous aim of integrating all the members of the ethnic groups who lived in France become replaced by an ideal of a State that had to be constituted by only one ethnic group. As a result, xenophobic attitudes greatly increased by that time. That was the

¹⁰²⁷Keating, M. : *Naciones contra el Estado*, Chapter 2.

¹⁰²⁸Biglino Campos, P. (2016): "Cataluña, federalismo y pluralismo político", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 37, Madrid, p. 449-451.

price to pay to reach the consideration of the French Republic as a real Nation-State¹⁰²⁹.

The concept of Nation-State gradually spread across Europe and was accepted by everyone thereupon, even by the Peoples and national minorities who were under oppression. However these groups deduced from this axiom another significant conclusion: if any State must be a Nation, any Nation should be a State. From the angle of those who support this assumption any cultural community who could fulfil the elements requested to be a Nation should had the right to claim the creation of their own political organization, breaking away from its parent State and founding a new and independent State, which allowed them to exercise its self-government precisely because of being a Nation.

1.1.2. From the principle of nationalities to the principle of self-determination of Peoples: the Fourteen Points of Wilson and the Treaty of Versailles.

During the World War I, the first international mentions of self-determination of peoples principle were made, being the Fourteen Points of Wilson the most relevant. This group of proposals were formulated by the President of the United States at that point, Woodrow Wilson, on January 8, 1918, as objectives of the war angling for making a progress in the peaceful process and puting an end to one of the deadliest conflicts in history. Although, there is also no explicit mention of the term <<self-determination>> in the Fourteen Points, neither on its speech nor among the wishes and purposes suggested on this program, we can deduce its acknowledgement from the whole document on account of the insistence on applying again the principle of nationalities to achieve peace.

¹⁰²⁹Guimón, J., 1995, Chapter 1.

It was on February 11, 1918, when Wilson made an expressly mention about this principle for the first time in a new speech at the Congress about the four principles necessary for peace¹⁰³⁰, pointing its impact and influence on the colonial claims and in the inevitable reforms some European empires had to realise. The American president insisted on the necessity of applying the aforesaid principle, which considered a top priority for all the international community remaining in the hope of preventing the recent painful events from happening again. President Wilson considered that, according to the self-determination principle, each people had the right to decide the sovereign power of the territory in which they were settled, as well as the national minorities had the right to fully satisfy their own aspirations¹⁰³¹. He defended that the sovereignty power must be defined by the self-determination principle and not be affected by any kind of conquest or armed dispute, by means of which the territories were being shamelessly exchanged by the self-interested great powers¹⁰³².

It must be said that the recognition of this principle by the American President had an enormous impact on the whole world and, as a result, a large number of national minorities claimed the right to perform their self-determination, expanding these claims for the rest of Europe and becoming a generalized aspiration. Due to the mentioned events, Woodrow Wilson put himself forward and became considered thereafter as the leader of those who insisted on the necessity of new borders based on the self-determination principle, which may be able to put an end to the tyrannies regimes in the world once and for all.

Nonetheless, as it happens very frequently with some international norms, this principle was not accepted immediately by the entire International

¹⁰³⁰"(...) *National aspirations must be respected; peoples may now be dominated and governed only by their own consent. "Self-determination" is not a mere phrase. It is an imperative principle of actions which statesmen will henceforth ignore at their peril (...)*" (Martínez Jiménez, A., 2016, p. 88).

¹⁰³¹S.Wambaugh (1933): *Plebiscites since the world war*, Whasigton, Carnegie Endowment for International Peace.

¹⁰³²"*The principles to be applied are these:(...) Second, that peoples and provinces are not to be bartered about from sovereignty to sovereignty as if they were mere chattels and pawns in a game, even the great game, now forever discredited, of the balance of power(...)*" (Martínez Jiménez, A., 2016, p. 89).

Community and a certain period of time was required for agreeing with the Wilson's theory that this principle should determine the sovereign power in each territory, becoming an obligatory rule for everyone. Further, not a single country was initially enthusiastic about this principle. Their statements in favour of its application were clearly ambiguous and, support for the rights of national minorities was only present in hesitant speech¹⁰³³. Moreover, each member of the Allied Powers who was going to take part in the peace treaties in the near future had different concepts of the responsibilities that this principle and the rest of Wilson's proposals entailed, clearly disagreeing on their concrete application and consequences.

Thus, at the beginning the self-determination concept was not accepted by the victorious powers of the World War I, such as the British Government, who refused to attribute this right to the colonial territories and, consequently, causing a great point of disagreement on the colonial issue between this country and the government of the United States. The positions of both governments were divergent at this point because of the British government's skepticism about this concept, who accused that Wilson's way of reasoning was due to the colonial past of his country. As a consequence of this dispute and many others about this principle, the American Delegation sent to Paris for the Peace Conference decided to limit the scope of application of this right included in its drafts, being applied only to the oppressed Peoples dominated by empires defeated in the war.

With this background, the Paris Peace Conference gathered on January 18, 1919 for the first time, being culminated in five new treaties, among them the Treaty of Versailles, signed on June 28, 1919. With a view to solve the issue with the national minorities, it seems to be peacefully admitted that the Allied Powers really appreciated that the peace treaties with the rival coalition, the Triple Entente, should be reached based on principle of the self-determination of

¹⁰³³Obieta Chalbaud, J.A., 1980, Introduction.

Peoples, in order to prevent more armed-conflicts. Nevertheless, neither the Treaty of Versailles nor the rest of peace treaties detailed the self-determination principle, and, what is more, they did not even mention it. Furthermore, in practice, the principle was only partially applied and a big amount of changes in the national borders were made around the world without consulting their population. Nobody was asked about the new sovereign power under which they had to live in from then on. The territories were simply exchanged.

All these problems and disagreements derive from the afore mentioned variety of understandings of the different States about the application of the principle of self-determination and its actual application, which caused each one to interpret it by themselves and according to their political circumstances, leaving its application relegated whenever a historical argument or an economic or political interests advised so. In this way, since its codification in the peace treaties, this principle was subjected to the fickle discretion of the victorious great powers, and was hardly applied in favour of national minorities settled within them, unlike what happened in the territories of the defeated powers. As a result, granting a political decision on the ground of the principle of self-determination became a selfish tool at the service of the domestic interests of the triumphant states in the European restructuring process, making possible the self-determination of some national minority groups and refusing it to others depending on the territory where minorities were living in.

An important point, much discussed, is the nature of the principle of self-determination of Peoples and the extent to which it is a political or a legal rule. Notwithstanding that we will not intend to give a final answer to this crucial question at this point, during the post-war period, the ambiguous and opportunistic practice of this principle by the winning great powers made the debate on that issue come to the fore. Some of them judged it as a mere political principle, having full discretion to apply it when they thought it appropriate; at other times, however, its legal facet was recognized, although without specifying

the obligations for States that had likewise a wide scope to determine its application.

1.1.3. Development of the principle of self-determination of Peoples made by the United Nations after World War II.

As a matter of fact, the codification of the principle of self-determination of Peoples in international law is a pretty recent event because of its consideration as a *de facto* issue that could only being solved by the use of power, not being subdued by any kind of regulation. During the 20th century the aforementioned principle experimented a gradual process of evolution, which concluded with its legal codification by the United Nations and its later development after World War II, surrounded by ambiguity and some confusion in the international community.

What is of particular interest in this section is to understand properly how this principle was applied by the United Nations and the different approaches made on its Resolutions depending on the territory who claims its exercise. It is a matter of fact that United Nations distinguished two different situations, colonialism and secessionism and that the regulations had given to them was really different, especially the consideration of Peoples as subjects entitled or not of the rights of self-determination in each case.

a) Application during the decolonization period. Colonial territories as subjects of the rights to self-determination.

The end of World War II opened doubtless a new period in History. As a consequence of this armed conflict, the cruelty reached during that time was so intense that evinced the necessity of a large number of political changes in the world. No sooner had it came to an end than the victorious European Empires saw themselves forced to contemplate how the colonial territories under their

control repeatedly claimed their self-government and their right to create a new State. These thrilled independent attempts were due to the weakness of their parent States at that point of time because of the wars, which inspired to the communities who suffered their oppression to change the situation in which they had lived for so long.

As is widely known, any intention of denying or preventing these strong feelings of freedom from these Peoples caused, in turn, new bloody conflicts between the Great European Empires and the oppressed communities angling for ending with the exterior domination. As a result of these events, the necessity and the extreme urgency of finishing with colonialism and their related unfair situations around the world were revealed. In this respect, the United Nations doubtless played a significant role by means of the codification of the principle of self-determination of Peoples on a legal document, its Foundational Charter¹⁰³⁴, and its later development on its Resolutions¹⁰³⁵.

In brief, a situation of oppression takes place as long as a group of citizens of a political community are marginalized by the parent State representing a denial of Human Rights of these Peoples and slowing the cultural, social and economic progress of these communities down¹⁰³⁶. As a consequence, the United Nations considered that any sort of domination, subjugation or submission a People could suffer from other country endangered the international peace, security and justice, some of the main purposes of this organization in accordance with the Charter. What is more, those situations even posed a risk to some of their main principles, such as the principle of sovereign equality of States¹⁰³⁷, by means of

¹⁰³⁴The Charter of the United Nations is the foundational treaty of this organization and it was signed in San Francisco, United States, on 26 June 1945. It entered into force on 24 October of that same year.

¹⁰³⁵Casanovas y la Rosa, O.: *Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público*, II Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, 1998.

¹⁰³⁶United Nations General Assembly Resolution 1541, of 15 December 1960, titled <<Principles which should guide members in determining whether or not an obligation exists to transmit the information called for under Article 73 e) of the Charter>>.

¹⁰³⁷Stated in Resolution 2625, by means of which a group of principles is coded in order a more

which the equal rights and obligations will be guaranteed to all the States in search of promoting friendly and prosperous relations among States.

Therefore, dispatching a period of decolonization became a fundamental purpose of UN, and, in order to achieve that, the principle of self-determination of Peoples was applied to the oppressed Peoples which had the right to create a new State. The acknowledgement and effective application of this principle and its subsequent right was doubtless a fundamental step in the development of friendly relations among States. Much evidence of this has been provided by the wording of the Charter itself, in Article 1, paragraph 2 and in Article 55, both with almost identical content, and by the United Nations' persistent practice, which underlined its contribution to producing an appropriate atmosphere for international peace and stability, becoming gradually a basic legal principle in International Law.

Upon establishing the *Principle* of self-determination of Peoples as a rule for the Relations among States, its facet as a collective Human Right¹⁰³⁸, the so-called *Right* to self-determination of Peoples, gained great relevance as well. This fact is due not only to its acknowledgement on the UN Charter, but also in some of its Resolutions, such as the Resolution 1514, of 14 December 1960, titled <<Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples>>, and Resolution 2625, of 24 October 1970, titled <<The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States>>. Nonetheless, some contradictions that both statements entail added more ambiguity and confusion around this principle since the duality of political and legal elements of this principle was evident in the Resolutions' wordings and especially in the subsequent practice of the United Nations.

effective application in the international community.

¹⁰³⁸The International Court of Justice's Advisory Opinion related to Sahara Occidental, of 16 October 1975, recognized the collective facet of the self-determination right and Peoples as its titular subjects.

The new collective facet of this Human Right was assumed later by the United Nations in several Pacts and Conventions, considering its universal and of common ownership of all the Peoples around the world and their citizens¹⁰³⁹, beyond an exclusive acknowledgement in favour of the national minorities¹⁰⁴⁰. In this respect, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights also recognized this Right in their first article, which underscores the importance given to it, with an almost identical wording, revealing that the content of the rights to self-determination included a wide freedom for configuring the own political organization in pursuance of economic, cultural and social progress of a certain People.

Since then on, the United Nations insistently attributed the right to self-determination to the colonial territories under domination of great empires so as to make it a fundamental step in the decolonization process. In doing so, the mentioned communities featured with a specific legal status in the colonial cases different from their parent States, which lasted until the self-determination right was exercised and a new independent and sovereign State was created. After that and from then on, the new political organization was entitled to practice its own self-government without any obstacle or threat from the great empire who dominated it.

Because of the intense link between colonialism and the right to self-determination after World War II, most of International community drew the clearly erroneous conclusion that in reality it had become a kind of a *Right of*

¹⁰³⁹As it has been described in the Resolutions 1514 and 2625, adopted in 1960 and 1970, respectively.

¹⁰⁴⁰According to the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which also recognise the self-determination of Peoples right. They both recognised the Peoples as the titular subjects of this right in accordance with the principle of nationalities and the proposals of the President Woodrow Wilson.

*decolonization of Peoples*¹⁰⁴¹, considering much evidence of this fact the regulation developed by the United Nations, certainly focused on the colonial cases. However, being perhaps the colonialism the most significant step in the process of evolution of the self-determination of Peoples principle, the end of colonialism period has not implied the ending secessionist events, as it has been demonstrated with the political fragmentations that took place in the last decades.

b) The new and ambiguous development of the principle of self-determination and the secessionist cases. The acknowledgement of the principle of territorial integrity and the legal and political criterions quarrel.

As far as secessionism and other cases are concerned, it must be pointed out that Considerations of UN Resolutions greatly differ whenever the right to self-determination tries to be exercised within an extra colonial context. The reason for this is very simple: the international community was aware that the unlimited increase of independent processes meant a serious threat to the stability and strengthening of the newly independent States formed during the decolonization, doubting about the benefits of a world made up of microstates, which were probably incompetents to survive by themselves. Because of that and in contrast to the custom developed during the colonial emancipation, once the decolonization process around the world was concluded, the United Nations adopted a more careful position refusing the consideration of self-determination of Peoples as an absolute right.

Moreover, as some of its Resolutions have revealed, the UN regarded that whenever a People determines its own political condition breaking preexisting territorial unity, went against the main purposes and principles of United Nations embodied in the Charter¹⁰⁴². An evident reason can be given as an

¹⁰⁴¹Medina Ortega, M: *Derecho de secesión en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2014, page 20.

¹⁰⁴²Apart from the mentioned United Nations' Resolutions, this organization also coded this principle in the Helsinki Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe,

explanation: UN efforts toward peacekeeping after decolonization process were focused on controlling the continued secessionist ambitions in many countries, which could endanger their equilibrium and ideal progress. The problem probably derives from the fact that the regulation of the self-determination principle in the Charter was concise and vague, enabling its abusive application based on opportunistic interpretations; on account of this, the Nations United judged extremely necessary to restrict the scope of this right in order to prevent its exercise in those cases which could be considered secessionisms. With regard to this objective, the Resolution 2625 was adopted in order to clarify the new limits imposed to this right, which were conceived to support the continuation of the political organizations born of the decolonization process.

The mentioned Resolution insists on the substantially different treatment of these episodes and the colonial ones to which the exercise of self-determination right had been granted. Therefore, this document underline that its ownership can never mean a kind of *a secession right* in an extra colonial context and, consequently, it must be just considered as a concession in favor of oppressed colonial Peoples. The Resolutions' treatment lead to the conclusion that the exercise of the right to self-determination should be refused whenever the certain claiming group is part of a sovereign, constitutional and democratic State, whose domestic law represents properly the entire People of its territory without any kind of discrimination, as well as respects the distinguishing elements of every single community and also permits the exercise of its self-government.

The legal mean to restrain the secessionist ambitions and the absolute application of this right implied the codification of the principle of territorial integrity of the newly independent States, in such a way that it involved that the right to self-determination of Peoples could not be exercised as long as it supposed a serious threat or lessen the political unity of a State that met the

signed in 1975. Even so, this legal text compells to refrain from assumptions that can be a threat to the territorial integrity of a State.

requirements indicated in the paragraph above. Thus, the incompatibility between secessionist movements and the acknowledgement of this principle thereupon was clearly evinced, becoming one of the most transcendental principles in International Law and prevailing over the exercise of the rights to self-determination.

In any case, however, it seems to be peacefully admitted that the priority application of the principle of territorial integrity has an evident statutory exception, according to some UN Resolutions. As Resolution 2625 reveals, the self-determination of Peoples must not be interpreted as a permission to break the territorial unity of an independent State, but only provided that the State complies properly with the requirements mentioned. Therefore, it should be noted contrariwise that if the State in question does not achieve those conditions satisfactorily, the principle of territorial integrity will not perform as a limit for the exercise of self-determination. The develop of this hypothesis as a new stage of the right to self-determination of peoples will be the subject of study in the following section.

c) The secession-remedy episodes. The last state of its evolution.

A State may ensure its territorial integrity and prevent unilateral secessions, on condition that it carries out an effective development of the self-government of the Peoples that are part of it¹⁰⁴³, representing them equally regardless of the race or ethnicity and without any discrimination. However, that State compounded of several Peoples that endure continuous restrictions to their self-government and representation faculties, as well as massive and grave violations against their human rights, will not be able to allege the territorial integrity principle against the groups that suffer these situations; consequently, these

¹⁰⁴³As it has been described by the Supreme Court of Canada's interpretation developed in the Reference Re Secession of Quebec, of 1998 (Chacón Piqueras, C. y Ruiz Robledo, A., 1999, page 275 and ss).

groups could be granted the exercise of their right to the self-determination in its external aspect, even when it involves the breaking of the territorial unity of a preexisting State.

As far these new circumstances in which the right of peoples has been granted in the last decades are concerned, it is often argued by the authors that this episode must be considered as the last stage in its evolution process. This hypothesis, entitled by the scientific literature as the *theory of secession-remedy*, the *Just secession principle* and the *Just cause*¹⁰⁴⁴ or the *theory of violation of rights*¹⁰⁴⁵, must warrant the creation of a new independent State by any group that has suffered any of the mentioned infringements on its right to self-determination in its internal aspect. In other words, any act that causes a group a violation of its right to self-determination in its internal aspect or its human rights will justify the exercise of this right in its external aspect, not only as a last resort to put a solution to this tyranny, but also as a compensation for the damage this group has suffered¹⁰⁴⁶.

Therefore, three arguments can be given as an explanation of the exercise of this right in the present assumption: first of all, a flagrant, grave and persistent violation against the human rights of a community; a deficient representation of this community in the state institutions, as well as whenever this representation takes place with discriminations based on race, creed or belonging to an ethnic group; and lastly, continuous restrictions or even exclusions to their self-government faculties. That is to say, when this collective has not received an equal treatment compared to the other groups within the same political organization. The independence of this collective will be considered as the unique and more convenient solution whenever this political process is a

¹⁰⁴⁴Norman W.: *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford New York, Oxford University Press, 2006, page 183.

¹⁰⁴⁵Buchanan, A.: *Justice, Legitimacy and Self-Determination. Moral Foundations for International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2004, page 369-371.

¹⁰⁴⁶According to Resolution 50/6, of 9 November 1995, titled <<Declaration on the occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations>>.

proportional and useful tool to put an end to this situation. Thus, in the rest of cases the right will not be grant.

What is of particular interest is that, according to the Resolutions adopted by the United Nations, this theory requires for this right's ownership that a collective has suffered hefty and grave crimes, genocides or persecutions, in short, cases of an evident discrimination against a group. Nonetheless, any claim based simply on a insufficient identity or political recognition of a group or a more fair tax treatment in favor of a region, as it has been recently claimed in some secessionist processes, should not be compared to the secession-remedy cases and will be considered an excessive invocation of this theory. Therefore, the *Just secession principle* will not be the right way to claim the exercise of the mentioned right in these circumstances because of its deficient justification, so the concrete group must find another legal alternative in order to create an independent State¹⁰⁴⁷.

Bibliografía básica:

- GUIMÓN, José (1995): *El derecho de autodeterminación. El territorio y sus habitantes*, Bilbao, Universidad de Deusto.
- KEATING, Michael (1996): *Naciones contra el Estado. El nacionalismo de Cataluña, Quebec y Escocia*, Barcelona, Ariel.
- MARTINEZ JIMÉNEZ, Aitor (2016): *Derecho de autodeterminación de los pueblos en el Siglo XXI*, Madrid, Aranzadi.
- MEDINA ORTEGA, Manuel (2014): *Derecho de secesión en la UE*, Madrid, MP.
- OBIETA CHALBAUD, J.A. (1980): *El dcho de autodeterminación de los pueblos. Un estudio interdisciplinar de los DD.HH.*, Universidad de Deusto, Bilbao.

¹⁰⁴⁷Tajadura Tejada, J.: "Los procesos secesionistas y el Derecho europeo", Revista Teoría y Realidad Constitucional, núm. 37, Madrid, 2016, page 351.

- RUIPÉREZ, Javier (1995): *Constitución y autodeterminación*, Madrid.

Las multas coercitivas como medio para asegurar el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional

Walter Reifarth Muñoz

Doctorando en Derecho

Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN: EL REY PASTOR

Con la cervicalgia de quien sostiene una corona no deseada, pero sin perder la dignidad palatina, agradece el rey pastor de W. A. Mozart el don recibido de dioses amigos, pero se queja de que, a ese precio, es demasiado caro un trono. Desconozco si este bellísimo pasaje operístico pasó por la cabeza de quienes tuvieron que abonar las multas coercitivas impuestas por el TC hasta la fecha, pero su conclusión bien podría ser la misma.

En el marco de una vorágine reformista en todos los niveles, se vino a aprobar la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho (LORTC, en adelante). Se trata de una reforma que ha despertado un enorme interés doctrinal y reavivado el debate académico —todavía lejos de ser pacífico— sobre la naturaleza, objeto y límites de la justicia constitucional. Porque esta revisión jurídica, aunque afecta a un número muy limitado de artículos, plantea una serie de interrogantes que bien merecen una reflexión profunda sobre las facultades de ejecución del TC, y si tales instrumentos alteran el papel que está llamado a desempeñar este órgano en el sistema jurídico español.

Por ello, se cree conveniente abordar, en primer lugar, las peculiares características del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional (II) a fin de esbozar un marco teórico e instrumental que —aunque incompleto—

condiciona la posibilidad y la forma en que el TC puede activar ciertas medidas para asegurar el cumplimiento de sus mandatos.

De todo el elenco de aquellos *poderes de ejecución*, se analizará, en particular, que el TC pueda, bajo determinadas circunstancias, imponer multas coercitivas *ex art. 92.4 LOTC (III)*. Se trata de una facultad que ya tenía el Tribunal antes de 2015, pero nunca, hasta la fecha, había hecho uso de ella. No se me escapa que el objeto de la reforma es mucho más amplio y quizá otras medidas pudieran ser más polémicas, pero ello obligaría, sin duda, a un estudio mucho más extenso del permitido en este volumen.

Finalmente, finalizaremos este trabajo con unas breves conclusiones a la luz de las consideraciones analizadas (IV), que quizá puedan contribuir en algo al debate sobre la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones constitucionales.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UN ÓRGANO JURISDICCIONAL MUY PARTICULAR

El establecimiento en España de un Tribunal Constitucional, independiente del Poder Judicial y con monopolio en el control de constitucionalidad de las leyes, encuentra su último respaldo normativo en el Título IX de la Constitución y obedece a un modelo de justicia constitucional de inspiración austríaco-kelseniana. Se trata de la mayor garantía de que «la Constitución no es una mera declaración programática, sino una norma que obliga a todos los poderes públicos» sobre la base de la interpretación constitucional a través del juicio lógico de conformidad y la técnica jurídica¹⁰⁴⁸.

Ya el art. 1.1 LOTC define al Tribunal como «intérprete supremo de la Constitución», función que comporta indiscutiblemente la fijación de cuál debe ser el sentido constitucional del conjunto del ordenamiento jurídico. Porque, si bien es cierto que el terreno de la legalidad ordinaria le está vedado (*v. gr.* arts. 2

¹⁰⁴⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC, 1993, p. 15.

y 3 LOTC), el efecto de irradiación de los derechos fundamentales y, particularmente, la vis expansiva de la tutela judicial efectiva, difuminan el alcance posible de su interpretación¹⁰⁴⁹.

La posición que ocupa este autorizado intérprete de nuestro texto constitucional se manifiesta a través de las diversas funciones que tiene encomendadas. La primera de ellas, por orden de aparición, es la idea germánica del TC como un «Tribunal de conflictos», esto es, un órgano que arbitra la distribución de poder entre los órganos constitucionales y los entes territoriales¹⁰⁵⁰. A tal fin, el Tribunal despliega un auténtico control de normas con rango de ley: primero, de carácter abstracto y directo y, solo más tarde, una revisión concreta e incidental a través de la cuestión de inconstitucionalidad. Pero el TC es también un «Tribunal ciudadano», en la medida en que resuelve los recursos de amparo incoados directamente por los particulares contra las actuaciones de los poderes públicos que vulneren los derechos fundamentales de aquellos¹⁰⁵¹.

El TC solo está sometido a la Constitución y sus reformas y a su propia Ley Orgánica. Téngase presente, no obstante, que el nuestro no es un modelo cerrado de justicia constitucional, de modo que los preceptos que disciplinan su composición, organización y funciones pueden alcanzar a la derogación de sus competencias o a la abrogación de su doctrina¹⁰⁵², pero —no lo olvidemos— también a la atribución de nuevas facultades¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁹ Buena prueba de ello es la afirmación, nunca más reproducida en la jurisprudencia posterior, de que el Tribunal Constitucional es, en cierto sentido, «no sólo [*sic*] defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley» (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1.º).

¹⁰⁵⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (4.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi, 2006, pp. 160 y ss.

¹⁰⁵¹ *Vid.*, por todas, GARCÍA ROCA, J.: «La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España». En: PÉREZ TREMPES, P. (coord.): *La reforma del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 26 y ss.

¹⁰⁵² Sobre este último supuesto, véase FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional». En: *Foro, Nueva Época*, núm. 3, 2006, pp. 27-92.

¹⁰⁵³ Así, el legislador orgánico puede modificar la regulación del TC sobre la base del principio democrático y la libertad de configuración de aquel, pero respetando en todo caso los límites materiales y formales que pudieran derivarse de la interpretación sistemática del texto constitucional, las reservas de ley orgánica (arts. 161.1.d, 162.2 y 165 CE) y la independencia y función del Tribunal. En todo caso, el TC podrá controlar estas modificaciones, sin entrar en consideraciones de oportunidad, políticas o de calidad técnica, ya que lo contrario supondría

En todo caso, su misión última de la defensa de la Constitución, aun en los casos en que sea a través de la construcción de criterios hermenéuticos y la depuración normativa, se despliega *cum veste giuridica*, es decir, sin perder la naturaleza rogativa de su función jurisdiccional, el carácter contradictorio del procedimiento y la motivación de su decisión en forma de sentencia¹⁰⁵⁴.

A este último respecto, la naturaleza de las resoluciones del TC dependerá del tipo de proceso y la pretensión de que traiga causa, y tiene importantes consecuencias sobre su eventual ejecución. Así, la inmensa mayoría de las sentencias de amparo –de efectos declarativos y de condena– reintegran al recurrente en la integridad de su derecho con la mera nulidad y retroacción de las actuaciones judiciales impugnadas (art 55.1.a LOTC), aunque el TC puede acordar, si es necesario, las medidas oportunas a tal fin (art. 55.1.c). De otra parte, las sentencias que resuelven conflictos de competencia, aun pudiendo el TC anular las disposiciones, resoluciones o actos que originaron el conflicto (art. 66 LOTC), la suspensión cautelar permitida al Tribunal *ex* art. 64 LOTC convierte a estas resoluciones, en la práctica forense, en declarativas puras. Por último, las sentencias recaídas en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad tienen naturaleza constitutiva –sobre la base del principio de conservación de la norma–, limitada, eso sí, al motivo de impugnación en las sentencias desestimatorias¹⁰⁵⁵.

Como titular de la potestad jurisdiccional, corresponde al TC la ejecución de sus sentencias y resoluciones, como manifestación de su misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), que le atribuye «el deber de adoptar las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución» a fin de dar adecuado

«admitir una zona inmune al control de constitucionalidad». *Cfr.*, por todas, SSTC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 4.º; 49/2008, de 9 de abril; FJ 3.º; 118/2016, de 23 de junio, FJ 3.º.

¹⁰⁵⁴ El conjunto de estas tres premisas es lo que CAPPELLETTI ha venido a denominar «garantías de la justicia natural» por ser, a su entender, las definitorias de la actividad jurisdiccional. *Cfr.* CAPPELLETTI, M.: «El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo». En: *REDC*, núm. 4, 1982, p. 13. PÉREZ TREMPES añade, además, la independencia del órgano respecto de los demás poderes, incluidos los que nombraron a sus miembros. *Cfr.* PÉREZ TREMPES, P.: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: CEPC, 1985, p. 15.

¹⁰⁵⁵ GIMENO SENDRA, V.: «Eficacia de las sentencias constitucionales». En: *Diario La Ley*, núm. 7547, 14 de enero de 2011.

cumplimiento al derecho a la tutela judicial de los justiciables (STC 26/1983, de 13 de abril, FJ 3.º). Por tanto, su condición de órgano jurisdiccional lleva aparejada la ordenación de las actividades ejecutivas, que será más o menos determinante, pero en ningún caso podrá ser discrecional¹⁰⁵⁶.

III. LAS MULTAS COERCITIVAS COMO MEDIO DE «EJECUCIÓN Y TENTETIESO» EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La LO 15/2015, de 16 de noviembre, asigna al TC un haz de potestades compulsivas y de ejecución dirigidas a asegurar la intangibilidad y el cumplimiento de las decisiones contenidas en las resoluciones constitucionales. Por un lado, la LORTC prevé la aplicación supletoria de la LJCA en materia de ejecución y permite al Tribunal notificar personalmente sus resoluciones, que en adelante tendrán la consideración de títulos ejecutivos. Por otro lado, y en lo que aquí más interesa, el art. 92 de la reformada LOTC prevé ciertos instrumentos concretos para hacer frente al incumplimiento de las resoluciones del TC, tales como la multa coercitiva, la posibilidad de suspender temporalmente a las autoridades y funcionarios públicos infractores, la intervención auxiliar del Gobierno o la facultad de imponer medidas *inaudita parte* en casos de especial transcendencia constitucional.

1. DOS BREVÍSIMAS PRECISIONES SOBRE LA LEY ORGÁNICA 15/2015

El debate sobre la reforma objeto de nuestro análisis se ha nutrido de autorizadas voces a favor y en contra de estas concretas potestades dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de las resoluciones constitucionales. Un punto de inflexión en la doctrina, que siempre ha puesto más atención a la facultad del TC de juzgar las controversias que se le sometan que a la de hacer ejecutar sus

¹⁰⁵⁶ Que el TC pueda integrar, motivadamente y con vocación de estabilidad, las lagunas procesales de su norma reguladora, dotándole de una cierta «autonomía procesal», no se traduce en una absoluta discrecionalidad en la configuración de los procesos que se sustancian ante él ni le otorga un señorío absoluto sobre la ejecución. Sobre esta autonomía, véase RODRÍGUEZ-PATRÓN, P.: *La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2003.

determinaciones¹⁰⁵⁷. Pero antes de evaluar el contenido y el potencial impacto de las multas coactivas sobre la posición y el ejercicio de la función jurisdiccional del TC, es necesario hacer alguna consideración previa.

En primer lugar, y como ya observó DÍEZ-PICAZO, la LORTC no hace distinciones entre la ejecución *stricto sensu*, como actividad generalmente sustitutiva dirigida al cumplimiento de un pronunciamiento de condena consistente en una prestación de dar, hacer o no hacer, y la compulsión al cumplimiento, que engloba una serie de medidas para constreñir la voluntad del obligado infractor a los solos efectos de cumplir con el mandato contenido en la sentencia¹⁰⁵⁸. Aunque, en rigor procesal, los únicos pronunciamientos ejecutables en el orden constitucional son los de amparo¹⁰⁵⁹, la ley, por el contrario, recurre a un concepto *ampliado* de ejecución, válido para todo proceso constitucional, y es el que emplearemos en lo que sigue.

Y, en segundo lugar, es obligado integrar en el análisis de las multas coercitivas los motivos que avalaron su constitucionalidad, contenidos en las Sentencias 185/2016, de 3 de noviembre y, sobre todo, en la 215/2016, de 15 de diciembre, en que el Pleno del TC desestimó, respectivamente, los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno Vasco y por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, así como los argumentos esgrimidos por los Magistrados discrepantes en sendas resoluciones y la aplicación incidental de aquellas¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ Cfr. CLAVERO ARÉVALO, M.: «La inejecución de sentencias contencioso-administrativas y del Tribunal Constitucional». En: LÓPEZ MENUDO, F. (coord.): *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*. Madrid: Iustel, 2011, p. 504.

¹⁰⁵⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «Breves reflexiones sobre la ejecución y compulsión al cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional». En: *Revista de Jurisprudencia*, Sección Tribuna, 1 de septiembre de 2017, párr. 5-7.

¹⁰⁵⁹ Dispone el art. 521.1 LEC que «no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas», aunque podrán ser susceptibles de ejecución impropia.

¹⁰⁶⁰ Llama la atención que los recursos que dieron lugar a estas Sentencias no se acumularan utilizando la vía del art. 83 LOTC y que se resolvieran por distinto orden siendo su objeto idéntico. El planteado por la Generalitat fue registrado el 30 de diciembre, dieciséis días antes que el planteado por el Gobierno del País Vasco.

2. EL ORO REDENTOR: LAS MULTAS COERCITIVAS DEL ARTÍCULO 92.4 LOTC

El art. 92.4.a permite al TC, previo requerimiento a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplan sus resoluciones en el plazo fijado por él, imponerles «una multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros [...] pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado». Se trata de una medida compulsiva ya prevista en la anterior redacción del art. 95.4 LOTC, el cual queda sustituido por el apartado cuarto del artículo único de la LORTC, que establece una reserva de ley ordinaria respecto de los límites de la cuantía de estas multas¹⁰⁶¹. La reforma eleva la horquilla del importe posible de estas medidas coercitivas – muy por encima de las previstas en la LJCA¹⁰⁶² – y amplía su ámbito objetivo de aplicación, ya que se permiten respecto de toda resolución emanada de cualquier tipo de proceso constitucional, y no solo para el cumplimiento de los requerimientos del TC como hasta la entrada en vigor de la LORTC¹⁰⁶³.

El TC ya se había pronunciado con anterioridad sobre la peculiar naturaleza jurídica de la multa coercitiva, a la que describió en STC 239/1988, de 14 de diciembre, (FJ 2.º) en términos que merece la pena reproducir aquí:

«[En la multa coercitiva] no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta administrativa ilícita [...] sino que consiste en una *medida de constreñimiento económico, adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la*

¹⁰⁶¹ La LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, aumentó considerablemente el importe de las multas coercitivas que podía acordar el TC, cuyo importe mínimo se fijó en seiscientos euros y el máximo en tres mil. Téngase en cuenta que esta reserva de ley ordinaria respecto de la revisión de los límites de la cuantía de esta medida compulsiva responde a las exigencias de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). En la medida en que la imposición de una multa coercitiva supone una *nueva* obligación para el sujeto incumplidor, introduce un elemento adicional a su obligación de cumplir el mandato del juez constitucional. Como señala O. MAYER, «[e]sta otra cosa mediante la cual la pena (*sic*) coercitiva induce a obedecer la orden es una nueva limitación de la libertad y de la propiedad que sin duda es provocada por la desobediencia; pero según los principios del Estado constitucional, ella no puede producirse más que en virtud de una autorización legal». Cfr. MAYER, O.: *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982, t. II, p. 117. (cit. en PIZARRO NEVADO, R.: «La multa coercitiva». En: *Revista del Poder Judicial*, núm. 62, 2001, p. 382).

¹⁰⁶² Cuyo art. 112 permite la imposición de multas de ciento cincuenta a mil quinientos euros.

¹⁰⁶³ La anterior redacción del artículo 95.4 LOTC indicaba que podrían imponerse multas coercitivas a «cualquier persona, investida o no de poder público, que incumpla los *requerimientos* del Tribunal dentro de los plazos señalados».

acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa. No se inscriben, por tanto, estas multas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración [...] y respecto de la que no cabe predicar el doble fundamento de la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE»¹⁰⁶⁴.

Así, las multas coercitivas suponen, como las sanciones, una obligación pecuniaria de carácter disuasorio, prevista por el ordenamiento y derivada del incumplimiento de un deber jurídico¹⁰⁶⁵. Pero entre unas y otras hay una clara diferencia de finalidad: la multa coercitiva persigue remover la actitud pasiva del ejecutado, conminándole a cumplir la resolución constitucional por sus propios medios¹⁰⁶⁶; la sanción, castigar el incumplimiento del mandato judicial. En la primera no hay, en rigor, una finalidad restitutiva o de castigo, sino satisfaciente por cuanto persigue la remoción de la voluntad infractora del sujeto obligado mediante una nueva obligación, diferente, pero accesoria a la del título ejecutivo que constituye la sentencia constitucional. Además, si bien ambas deben estar previstas legalmente, la multa coercitiva exige —a diferencia de la sanción— un apercibimiento directo y personal con carácter previo a su imposición, de manera

¹⁰⁶⁴ Énfasis añadido.

¹⁰⁶⁵ La limitada extensión del trabajo obliga a una exposición un tanto lapidaria sobre la naturaleza de las multas coercitivas, pero existe un interesante debate doctrinal al respecto. Así, el Tribunal Supremo ha reiterado que las multas coercitivas «no son sanciones, sino medidas de compulsión o ejecución» (STS 4321/1987, de 22 de junio, FJ 4.º) y, más recientemente, «un medio de ejecución forzosa» (STS 2179/2018, de 5 de junio, FJ 4º). En sectores doctrinales, especialmente en el ámbito administrativo, se ha matizado esta conclusión. Así, ciertos autores consideran que no es un medio de ejecución *stricto sensu*, sino una figura conminatoria para vencer la resistencia del obligado, esto es, un «puro medio de doblegamiento que puede ser utilizado tanto tiempo y tan a menudo como sea preciso para alcanzar el fin, cesando en el momento en que la disposición haya sido cumplida». Cfr. FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 401. Otros autores consideran que las multas coercitivas no son un medio más de ejecución, sino una medida intermedia entre la ejecución forzosa y las sanciones que añaden un *plus* a las resoluciones a la que acompañan y que deben, por ello, estar legalmente previstas. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo* (9.ª ed.). Madrid: Civitas, 1999, p. 763 y ss.

¹⁰⁶⁶ De esta definición también participan las llamadas *astreintes*, en la medida en que ambas persiguen la remoción de la conducta obstruccionista respecto de una decisión judicial. Las cantidades obtenidas de la *astreinte*, empero, se ingresan en el patrimonio del ejecutante y no del Tesoro Público como ocurre con las multas coercitivas. Para un estudio más detallado de las *astreintes*, vid. CATALÁ COMAS, C.: *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*. Barcelona: Bosch, 1998.

que el particular pueda evitar este medio de presión si cumple con lo mandado en la resolución constitucional¹⁰⁶⁷.

Las multas coercitivas requieren, como requisito previo a su establecimiento, una actitud voluntaria y consciente de incumplir, en el plazo fijado por el Tribunal, la obligación jurídica contenida en la sentencia¹⁰⁶⁸. Ello parece lógico si se entiende que la verdadera finalidad de esta medida compulsiva no es otra que la de doblegar la actitud pasiva del ejecutado, de modo que, si esta no existe, no procederá su aplicación. Esta condición, que guarda una cierta correspondencia de identidad con la idea de culpa del ámbito sancionador, debe entenderse sin embargo con el exclusivo alcance de «constatar una resistencia consciente al cumplimiento de la obligación»¹⁰⁶⁹.

En suma, aunque la multa coercitiva suponga un perjuicio sobre el patrimonio del sujeto llamado a cumplir la sentencia del TC, no tiene un verdadero carácter sancionador, ya que carece de esa auténtica finalidad retributiva, represiva o aflictiva. Entre multa coercitiva y sanción hay, por tanto, una clara diferencia de finalidad, que explica la aplicación de un régimen jurídico distinto e independiente y la posibilidad de que puedan imponerse de forma

¹⁰⁶⁷ HUERGO LORA, A.: *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 273. El autor aclara que «[e]sta opción no existe en el caso de la sanción, porque cuando se impone ya se ha producido la infracción (sin perjuicio de los efectos atenuantes que puede traer el arrepentimiento espontáneo allí donde esté previsto)».

¹⁰⁶⁸ Así lo ha reconocido el TS en Sentencia 1097/1990, de 9 de febrero (FJ 4.º): «[Para que la multa coercitiva sea pertinente] es necesario que el administrado llamado a cumplir la obligación impuesta, resista a ella con pleno y cabal conocimiento de su desobediencia [...] y una actitud deliberada e incontrovertible de desobedecer».

¹⁰⁶⁹ Cfr. PIZARRO NEVADO, R.: *op. cit.*, p. 381. En el mismo sentido, HUERGO LORA añade que es imprescindible aplicar el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia y que estas multas solo se pueden acordar «en la medida en que el particular frente al que se dirige esté en condiciones de cumplir la conducta que se le exige». Vid. HUERGO LORA, A.: *op. cit.*, p. 275. En los AATC 126/2017, de 20 septiembre (FJ 4.º) y 127/2017, de 21 de septiembre (FJ 3.º) se clarifican los presupuestos en que cabe imponer una multa coercitiva, en los términos que venimos exponiendo. Tales requisitos son «a) la existencia de un título ejecutivo, en el que conste de modo formal e inequívoco su contenido y destinatario/s, sin que sea precisa una previa interpretación de su alcance y de su extensión y que permita su realización inmediata; b) el conocimiento claro, terminante, por las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento, habiendo podido disponer de tiempo suficiente para el cumplimiento voluntario; y, c) la resistencia del obligado al cumplimiento de lo mandado, esto es, la existencia de un “comportamiento obstativo”, o, en los términos del artículo 92.4 LOTC, que se aprecie “el incumplimiento total o parcial”».

simultánea¹⁰⁷⁰. En este sentido, los postulados del art. 25 CE «no pueden aplicarse a ámbitos que no sean específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica [...] a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero carácter sancionador» (SSTC 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4.º; y 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9.º, entre otras muchas).

Partir de esta distinción resulta capital para entender la desestimación del motivo de impugnación alegado por la representación procesal de la *Generalitat* de Cataluña en la STC 215/2016, de 15 de diciembre, en relación con esta figura compulsiva. El Tribunal considera que, a pesar de una cierta apariencia sancionadora, las multas coercitivas «no se impone[n] con una finalidad represiva o retributiva por la realización de una conducta antijurídica, sino como coerción o estímulo para el cumplimiento de un deber jurídico», y añade que «no responde[n] a una finalidad propiamente represiva, retributiva o de castigo, características definidoras de las medidas punitivas, sino a la finalidad de garantizar la efectividad y el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional» (FJ 8.º.b)¹⁰⁷¹. Que la multa coercitiva suponga un gravamen económico para el ejecutado no hace mutar su naturaleza jurídica ni le atribuye – como venimos sosteniendo – un carácter sancionador propio.

Además, en la mencionada STC 215/2016, los recurrentes adujeron como motivo de inconstitucionalidad la desproporción de la cuantía de las multas coercitivas en relación con la capacidad económica de las autoridades y

¹⁰⁷⁰ Buena prueba de esta posible simultaneidad, en el ámbito administrativo, es el art. 103.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (antiguo art. 99.2 de la Ley 30/1992), que señala que «[l]a multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas». Recuérdese también que las multas coercitivas están previstas en el art. 112 LJCA, norma supletoria en materia de ejecución *ex* art. 80 LOTC.

¹⁰⁷¹ Como se puede observar, el TC motiva la distinción entre ambas figuras (sanción y multa coercitiva), y, con ello, la aplicación de un diferente régimen jurídico, a partir de una argumentación finalista cuando afirma que «para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico» (SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 13.º; y 285/2016, de 15 de diciembre, FJ 8.º). En el mismo sentido, vid. SSTC 164/1995, de 13 de noviembre (FJ 3.º); 276/2000, de 16 de noviembre (FJ 4.º); y 43/2003, de 12 de marzo (FJ 9.º).

empleados públicos a que pueden dirigirse y con las fijadas en el orden contencioso-administrativo¹⁰⁷². Ello le vale al TC para recordar que el principio de proporcionalidad «no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo», de modo que «no puede invocarse de forma autónoma y aislada [...] ni cabe analizar en abstracto si [esta prescripción normativa] resulta desproporcionada o no» (FJ 8.º.d). En concreto, señala el Tribunal que:

[E]l ámbito subjetivo de aplicación del precepto [el art.92.4.a LOTC] no se circunscribe a las autoridades o empleados públicos, sino que abarca también a los particulares que pudieran incumplir las resoluciones del Tribunal, de modo que no cabe afirmar *a priori*, en atención al criterio de los salarios de aquéllos (*sic*), que los importes fijados han de resultar siempre, imperiosa y necesariamente, desproporcionados. De otro lado, el hecho de que esos importes sean superiores a los establecidos para ciertas multas en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa no dice nada sobre la constitucionalidad del precepto impugnado [...] ya que es obvio que la citada disposición legal no puede operar como parámetro de constitucionalidad de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En definitiva, el TC decide posponer el análisis de constitucionalidad de las multas coercitivas al momento de su aplicación, una vez fijada la concreta cuantía de estas medidas con que pueda determinar su proporcionalidad en relación a las circunstancias particulares de cada caso.

La doctrina no se ha opuesto a esta forma de concebir las multas coercitivas, y los votos particulares contenidos en la STC 215/2016 no discrepan

¹⁰⁷² En efecto, la diferencia entre las multas previstas en la LOTC y en la LJCA es considerable. El art. 48.7 LJCA permite al juez o Tribunal reclamar el expediente administrativo y, a tal fin y tras el oportuno apercibimiento, imponer «una multa coercitiva de trescientos a mil doscientos euros a la autoridad o empleado responsable», pudiendo ser reiterada cada veinte días hasta el cumplimiento de lo requerido. Por su parte, el art. 112 LJCA permite la adopción de multas «de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar».

en este punto¹⁰⁷³. No obstante, interesa mencionar que la Comisión de Venecia, órgano consultivo e independiente del Consejo de Europa, ha considerado que «la imposición de pagos elevados podría alterar de naturaleza de los mismos, especialmente cuando se hace de forma repetida hasta el cumplimiento de la decisión del Tribunal Constitucional y resultan adeudadas cantidades muy elevadas»¹⁰⁷⁴. Por ello, y en consonancia con el criterio seguido por el TC, habrá que atender a las circunstancias particulares de cada caso para determinar si la multa constituye una sanción penal y, en consecuencia, disciplinar su imposición a la luz de las garantías del debido proceso consagradas en el art. 6 CEDH. Señala la Comisión, en segundo lugar, que «la redacción de la reforma no aclara si es la autoridad la que debe pagar la multa o bien el empleado público de su patrimonio personal», de modo que «la ley o su aplicación debería proporcionar un tratamiento diferente cuando la multa coercitiva se imponga a autoridades públicas, funcionarios o particulares»¹⁰⁷⁵. Y, finalmente, se pregunta la Comisión «por qué una autoridad que ya ha vulnerado la Constitución negándose a ejecutar una resolución definitiva y vinculante de la Constitución, acataría la otra decisión del Tribunal Constitucional que impone la multa»¹⁰⁷⁶.

No podemos compartir, a nuestro juicio, estas dos últimas objeciones. En primer lugar, resulta claro que la obligación de pago de la multa recae sobre el patrimonio de la persona física de la Administración a que se dirige la resolución constitucional, ya que lo contrario haría perder la misma función coactiva de la multa¹⁰⁷⁷. Por ello, resulta innecesario – siempre en nuestra opinión – introducir

¹⁰⁷³ Se excluyen, en este punto, los votos discrepantes de la STC 185/2016, de 3 de noviembre, ya que el Gobierno Vasco no atacó la previsión del art. 92.4.a LOTC. En la doctrina, cabe destacar la voz crítica de ÁLVAREZ CONDE, quien considera que «la doctrina constitucional sobre el concepto de sanción debe ser objeto de una profunda revisión» y que los argumentos del TC para considerar «si la imposición de multas son o no una sanción son fácilmente rebatibles», pero no concreta el sentido de tal revisión ni ofrece razones que refuten esta tesis. Cfr. ÁLVAREZ CONDE, E.: «La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional: ¿un cambio de modelo de justicia constitucional?». En: *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018, p. 687.

¹⁰⁷⁴ Dictamen de la Comisión de Venecia 827/2015, de 13 de marzo de 2017, punto 46. La traducción de este informe, en las referencias del trabajo *infra*, es mío.

¹⁰⁷⁵ *Ibíd.*, punto 47.

¹⁰⁷⁶ *Ibíd.*, punto 52.

¹⁰⁷⁷ FERNÁNDEZ FARRERES considera que «[l]a propia finalidad de la multa coercitiva determina, en efecto, que deberá asumirla la propia persona física a quien se pueda imputar el incumplimiento, siempre, claro es, que quede acreditada su responsabilidad, comprobando que su conducta es la determinante de la inexecución de la sentencia». Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G.:

en la ley un régimen distinto para empleados públicos y particulares, toda vez se respete el principio de proporcionalidad en cada caso concreto. Y, en segundo lugar, el riesgo de que el ejecutado incumpla también el auto en que se acuerda la multa se reduce al mínimo si se tienen en cuenta los instrumentos previstos en nuestro ordenamiento jurídico en sede de ejecución dineraria, y, en concreto, la vía de apremio (arts. 634 a 680 LEC y 101 LPAC).

Buena prueba de este bajo riesgo de incumplimiento es la eficacia acreditada por la aplicación práctica del art. 92.4.a LOTC. El TC impuso multas coercitivas con periodicidad diaria de 6000 y 12000 euros a determinadas personas integrantes de la sindicatura electoral de Cataluña y de las sindicaturas de demarcación en el ATC 126/2017, de 20 de septiembre. El mismo importe se fijó para los responsables de la preparación, ejecución y promoción del referéndum sobre la autodeterminación de Cataluña en el ATC 127/2017, de 21 de septiembre¹⁰⁷⁸. Estas multas fueron levantadas, respectivamente, por los AATC 151/2017, de 14 de noviembre, y 142/2017, de 8 de noviembre, lo que atestigua de hecho su alto valor compulsivo.

En cualquier caso, la subordinación de este medio de ejecución a los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad puede hacer recomendable su sustitución por otro más eficaz si aquel resulta incapaz de doblegar la voluntad rebelde del ejecutado en un plazo razonable¹⁰⁷⁹.

«Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones». En: *REDC*, núm. 112, 2018, p. 29.

¹⁰⁷⁸ En ambos casos, tres Magistrados suscribieron un voto particular concurrente al dudar de la efectividad de la medida porque, en su opinión, la multa coercitiva «se utiliza para obligar a hacer algo, no para garantizar que no se haga». Sin embargo, reconocen que «las actuaciones realizadas por los supuestos síndicos, a pesar de estar viciadas de nulidad radical, pudieran haber creado situaciones de hecho que fuera preciso remover».

¹⁰⁷⁹ Como advierte MUÑOZ MACHADO, «[e]l problema de la utilización continuada, cuando la multa ya se ha probado un método infructuoso [...] puede plantearse si es razonable mantener este medio de ejecución o sustituirlo por otro más eficaz como puede ser la ejecución subsidiaria». Cfr. MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (4.^a ed.). Madrid: Agencia Estatal del BOE, 2017, t. XII, p. 129.

IV. CONCLUSIONES

Si bien es cierto que, desde su nacimiento, el Tribunal Constitucional siempre contó con la posibilidad de imponer multas coercitivas a las personas, investidas o no de poder público, que incumplieran con lo estatuido por él, también lo es que hasta fechas recientes nunca había hecho uso de esa facultad. Ello encuentra una clave explicativa en que sus decisiones se cumplieran, no tanto por su *potestas* como por su *auctoritas*.

El abierto y deliberado incumplimiento de los mandatos constitucionales por parte de ciertas autoridades públicas no solo ha acabado con aquella práctica, sino que ha estimulado una reforma de la LOTC para asegurar que lo resuelto y decidido por el Tribunal se lleve a buen término. Una reforma tramitada de forma extraordinariamente rápida y pensada con seguridad para hacer frente al pulso independentista de nuestro país, pero que atribuye al TC inmensos poderes de ejecución y compulsión al cumplimiento de sus resoluciones.

La LORTC otorga a las multas coercitivas mayor alcance objetivo en sede constitucional –aplicable ahora a toda resolución constitucional y no solo a los requerimientos del Tribunal– y eleva considerablemente su importe respecto al previsto anteriormente. La finalidad que persiguen no es otra que la de doblegar la voluntad infractora del obligado a dar cabal cumplimiento a las resoluciones del TC, y no presentan el fin represivo, retributivo o de castigo característico de las sanciones.

La eficacia probada de esta medida compulsiva y, en todo caso, el escrupuloso respeto de los principios constitucionales en su concreta aplicación hacen de ella, a nuestro entender, un instrumento idóneo para asegurar el cumplimiento de los mandatos contenidos en las sentencias y resoluciones del TC. Así lo exige su misión institucional y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias. Fuera de ahí, el proceso es formalismo, y la norma constitucional, intención.

BIBLIOGRAFÍA

- CAPPELLETTI, M.: «El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pp. 9-33.
- CATALÁ COMAS, C.: *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*. Barcelona: Bosch, 1998.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «Breves reflexiones sobre la ejecución y compulsión al cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional». En: *Revista de Jurisprudencia*, Sección Tribuna, 1 de septiembre de 2017.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 15-44.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional». En: *Foro, Nueva Época*, núm. 3, 2006, pp. 27-92.
- FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (4.^a ed.). Cizur Menor: Aranzadi, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo* (9.^a ed.). Madrid: Civitas, 1999.
- GIMENO SENDRA, V.: «Eficacia de las sentencias constitucionales». En: *Diario La Ley*, núm. 7547, 14 de enero de 2011.
- HUERGO LORA, A.: *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007.
- LÓPEZ MENUDO, F. (coord.): *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*. Madrid: Iustel, 2011.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (4.^a ed.). Madrid: Agencia Estatal del BOE, 2017.
- PÉREZ TREMPES, P. (coord.): *La reforma del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

– *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.

PIZARRO NEVADO, R.: «La multa coercitiva». En: *Revista del Poder Judicial*, núm. 62, 2001, pp. 375-418.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, P.: *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2003.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: «Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma». En: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 643-682.

Los derechos de las minorías parlamentarias en el procedimiento legislativo. Análisis del *ius in officium* en la tramitación de las "leyes de desconexión" de Cataluña

José Carlos Nieto Jiménez

Universidad de Málaga

Introducción

La aprobación de las «leyes de desconexión» durante el Pleno que tuvo lugar los días 6 y 7 de septiembre de 2017 fue, a nuestro juicio, el ejemplo más evidente de ruptura y desafío al Estado español y sus instituciones que por parte de los partidarios de la independencia de Cataluña se había dado hasta el momento.

Nos centraremos en la tramitación parlamentaria de las proposiciones de ley del referéndum, por un lado, y de transitoriedad jurídica y fundacional de la república, por otro, pretendiendo comprobar si la tramitación de sendas iniciativas en el breve plazo de 48 horas comportó la vulneración de algún derecho fundamental reconocido a los diputados autonómicos en la oposición¹⁰⁸⁰. Para ello, en primer lugar, analizaremos todo lo que rodea al art. 23.2 de la Constitución Española (CE), por ser el derecho fundamental en él reconocido el que pudo verse menoscabado a causa del extraordinario procedimiento empleado. Tras ello, examinaremos qué ocurrió verdaderamente durante las sesiones plenarias en las que se aprobaron las proposiciones de ley, para terminar concluyendo si existió o no vulneración de los derechos de los diputados en tanto que cargos representativos.

¹⁰⁸⁰ La rapidez con la que se pretendía sustanciar la tramitación de las iniciativas responde a que no hubiera una impugnación del Gobierno y por ende una suspensión por el TC antes de que fueran aprobadas.

1.- El artículo 23.2 CE y el *ius in officium* de los diputados

El art. 23.2 CE señala que «asimismo, tienen derecho (los ciudadanos) a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes». De este segundo apartado nos interesa conocer que conlleva ese derecho a acceder a los cargos públicos.

Lo primero que hemos de estudiar es si en la noción de «cargo público» podemos encontrar comprendidos a esos diputados del Parlamento de Cataluña que consideraban menoscabados sus derechos fundamentales. La primera idea de cargo público la encontramos construida por el Tribunal Constitucional (TC) en una serie de pronunciamientos que recayeron con ocasión del examen de constitucionalidad del art. 11.7 de la Ley de elecciones locales en los que, tras interpretar de manera sistemática los dos apartados del art. 23 CE, entendió que los cargos públicos a los que se refiere el segundo apartado del art. 23 CE son los cargos de representación política¹⁰⁸¹.

De una manera más clara y directa podemos encontrar los verdaderos rasgos definitorios de la noción de cargo público representativo en la STC 23/1984, de 20 de febrero. Basándose en la conexión existente entre los dos apartados del art. 23 CE y en el art. 10.2 CE en relación con el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁸² concluye que los cargos públicos a los que alude el art. 23.2 CE son

¹⁰⁸¹ En este sentido pueden consultarse, entre otras, las SSTC 5/1983, de 4 de febrero; 10/1983 de 21 de febrero; 16/1983, de 10 de marzo o la 28/1984, de 28 de febrero. Véase M^a Reyes PÉREZ ALBERDI (2013), *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Madrid, Serie Monografías del Congreso de los Diputados, núm. 95, págs. 49 y 50.

¹⁰⁸² Estas normas fueron alegadas por la Portavoz de Junts Pel Sí durante la intervención en la que defendió la necesidad de aprobar las leyes de ruptura. El art. 25 PIDCP dispone que: «Todos los ciudadanos gozarán, (...) de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país». Por su parte, el art. 21 DUDDH señala que: «Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto».

los cargos de representación política, que «son los que corresponden al Estado y a los entes territoriales en que se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución -Comunidades autónomas, municipios y provincias»¹⁰⁸³.

Una vez sabemos que los diputados autonómicos pueden insertarse dentro del ámbito de aplicación del derecho fundamental contemplado en el art. 23.2 CE convendría recordar como hace el TC en la sentencia anterior la íntima conexión existente entre los dos apartados del artículo 23 CE. Así, «los cargos públicos representativos son los que dan efectividad al derecho de participación política de los ciudadanos (...) de manera que los representantes son el instrumento a través del cual se realiza el derecho a participar en los asuntos públicos de los ciudadanos»¹⁰⁸⁴. Este dato importante para conocer mejor los rasgos definitorios del derecho de acceso a los cargos públicos que estamos tratando puede completarse con las notas de la representación política, la elección y el acceso a órganos del Estado tanto de la Administración central como de las Administraciones territoriales¹⁰⁸⁵.

Sin embargo, de una interpretación literal y poco profunda del art. 23.2 CE poco sentido encuentra traer a colación este precepto en relación a la vulneración de sus derechos que los diputados del Parlamento de Cataluña alegaban. Por ello y para entender el porqué de centrarnos en el art. 23.2 CE hemos de dejar ya a un lado el tenor literal del precepto y comprobar cómo la doctrina y la jurisprudencia han ido hallando en el artículo toda una serie de derechos y garantías¹⁰⁸⁶ que, ahora sí, cobran sentido en relación con las quejas de los diputados catalanes.

El TC en su Sentencia 5/1983, de 4 de febrero ya vino a expresar la idea de que en el contenido del derecho a acceder a cargos públicos también podemos encontrar el derecho de permanecer en ellos «porque de otro modo el derecho fundamental quedaría vacío de contenido», es decir, el derecho de *acceder*

¹⁰⁸³ STC 23/1984, de 20 de febrero (F.J. 4º).

¹⁰⁸⁴ PÉREZ ALBERDI (2013) pag. 51.

¹⁰⁸⁵ Véase Javier GARCÍA ROCA (1999), *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, pág. 42.

¹⁰⁸⁶ PÉREZ ALBERDI (2013) págs. 53 y 54.

comprende el de *permanecer*. Esta doctrina fue completada en la STC 32/1985, de 6 de marzo en la que se señala que esa permanencia de la que hablábamos a su vez comprende la posibilidad de *desempeñar* el cargo acorde con lo dispuesto en la ley, la cual ha de respetar el contenido esencial del derecho reconocido ex art. 23.2 CE¹⁰⁸⁷. Por tanto el contenido del derecho vendría integrado por el acceder al cargo público, permanecer en el mismo y ejercer las funciones que comporta.

Es la facultad de desempeñar el cargo público el contenido implícito de ese derecho del 23.2 CE la que mayor repercusión va a tener a nivel jurisprudencial, concretamente en lo que tiene que ver con la construcción jurisprudencial del *ius in officium*. Será aquí y en relación con esta facultad implícita del derecho fundamental, donde más concretamente cobre protagonismo la posible vulneración de los derechos de los diputados autonómicos catalanes en la oposición.

En este sentido, la consideración de que dentro del ámbito de protección del derecho fundamental del art. 23.2 CE se puede incluir el ejercicio de los derechos, deberes y facultades consustanciales a las funciones representativas del Parlamento como concreción de la más genérica facultad de desempeñar el cargo ha sido argumentada por el Tribunal Constitucional a partir de dos premisas.

La primera pasa por tener presente la noción de que el representante político es el instrumento que da funcionalidad al derecho del art. 23.1 CE y por ende un menoscabo de las facultades que le asistieren al diputado en el desempeño de tal cargo no supondría sino una simultánea vulneración del derecho a participar en los asuntos públicos de los ciudadanos, que en caso contrario quedaría vacío de contenido.

El segundo argumento nos lleva a recordar que el derecho explícito del art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, rasgo que el TC extendió a la facultad implícita de desempeñar el cargo. Corresponde pues a la ley, debiendo entender incluidos a estos efectos a los reglamentos parlamentarios, determinar cuáles sean los concretos derechos y facultades que asisten al diputado en el

¹⁰⁸⁷ Manuel PULIDO QUECEDO (1992), *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Madrid, Civitas, págs. 74 y 75.

desempeño del cargo representativo. Una vez creados, esas facultades y derechos pasarán a conformar lo que denominamos *ius in officium* del cargo representativo, dotando de una importante herramienta a los diputados, como es el recurso de amparo que permite acudir directamente al TC cuando esos derechos y facultades, en última instancia surgidos del art. 23.2 CE, sean ignorados o menoscabos por los órganos parlamentarios, no olvidando que ello serviría no sólo para proteger el derecho del representante sino también el derecho del art. 23.1 CE.

Ahora bien, hay que tener presente que «no toda lesión de la legalidad del *ius in officium* creado por los reglamentos parlamentarios supone una lesión del derecho fundamental (...) pues únicamente tienen relevancia constitucional aquellas actuaciones de los órganos parlamentarios que o bien comporten un tratamiento desigual o discriminatorio o bien impidan o coarten derechos o facultades de los representantes que pertenezcan al núcleo de la función parlamentaria»¹⁰⁸⁸. En este sentido, el TC ha ido delimitando cuáles son los derechos, deberes y facultades de los diputados que poseen esa relevancia. A los efectos de comprobar posteriormente si algunos de los derechos, deberes o facultades que entraron en juego durante las sesiones parlamentarias de los días 6 y 7 de abril son merecedores de incardinarse dentro del núcleo de la función parlamentaria y cuya lesión por ende permitiría entender conculcado un derecho fundamental es ya necesario señalar que entre esos derechos merecedores de relevancia en el seno de la función parlamentaria se encuentra el derecho a presentar enmiendas¹⁰⁸⁹.

Por tanto, en la esfera de protección del art. 23.2 CE situamos el acceder y permanecer en el cargo público, por un lado, y el ejercicio de los derechos, deberes y facultades inherentes a la condición de cargo público representativo que nos ocupa, por otro. Ello lo conectamos con la naturaleza de configuración legal que el derecho del 23.2 CE posee, teniendo presente la idea que es tarea de la ley (incluyendo los reglamentos parlamentarios) concretar esos derechos y

¹⁰⁸⁸ PÉREZ ALBERDI (2013), pág. 59.

¹⁰⁸⁹ SSTC 23/1990, de 15 de febrero; 118/1995, de 17 de julio; 27/2000, de 31 de enero y AATC 118/1999, de 10 de mayo y 35/2001, de 23 de febrero.

facultades del diputado que pasarían a configurar el *ius in officium* de su cargo, que pone a disposición de los diputados una valiosa herramienta para acceder directamente al TC solicitando el amparo cuando esos derechos y facultades sean menoscabados por los órganos parlamentarios¹⁰⁹⁰. Hemos conocido también que no todo acto parlamentario que afecte a su actividad va a repercutir en el derecho reconocido ex art. 23.2 CE. Más allá de la pura y simple infracción de un precepto del Reglamento de la Cámara nosotros centramos la atención en la ignorancia o menoscabo de los derechos integradores del núcleo más esencial de la función parlamentaria para poder hablar así de lesión constitucional.

2.- Tramitación de las proposiciones de ley

Para poder concluir si los diputados de los grupos minoritarios en la cámara catalana vieron vulnerado el derecho fundamental que el art. 23.2 CE les reconoce hemos de analizar los aspectos más controvertidos que rodearon la tramitación parlamentaria de las proposiciones de ley del referéndum de autodeterminación, por un lado y de transitoriedad jurídica y fundacional de la república, por otro.

La proposición de ley del referéndum de autodeterminación mediante la que se pretendía dar cabida y otorgar seguridad jurídica al que habría de ser celebrado de manera subsiguiente a su aprobación fue presentada en el Registro General del Parlamento de Cataluña el día 31 de julio de 2017 por los Grupos de Junts pel Sí y la CUP¹⁰⁹¹. La iniciativa fue firmada por todos los diputados integrados en los grupos parlamentarios proponentes a excepción de los que eran miembros de la Mesa¹⁰⁹².

¹⁰⁹⁰ Se trata del recurso de amparo contemplado en el art. 42 LOTC, vía natural de protección del derecho de acceso y permanencia en los cargos parlamentarios. El art. dispone que «las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes».

¹⁰⁹¹ Durante la XI Legislatura los Grupos parlamentarios de Junts pel Sí y de la CUP conforman las dos principales fuerzas independentistas con presencia en el hemiciclo.

¹⁰⁹² Con ello se busca poner en marcha el mecanismo de la declaración de urgencia a que se refiere el art. 105.1 RPC, que señala que para que la Mesa pueda acordar que un asunto sea tramitado por el procedimiento de urgencia, este debe haber sido solicitado por el Gobierno, tres grupos o

La segunda de las iniciativas legislativas que nos ocupan, la proposición que se convertiría en Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república y que pretendía servir de norma fundamental y diseñar las líneas maestras de la Cataluña independiente a formar en caso de la victoria del sí en el referéndum de autodeterminación, fue presentada el 28 de agosto en el Registro General del Parlamento de Cataluña por los Grupos de Junts pel Sí y la CUP en forma de proposición de ley. A diferencia de la proposición de ley del referéndum tan sólo fue suscrita por los presidentes de los grupos proponentes, la portavoz de Junts pel Sí y tres diputados de la CUP¹⁰⁹³.

Por su parte, el artículo 37.3 d) del Reglamento del Parlamento de Cataluña (RPC) señala como una de las funciones de la Mesa del Parlamento la de admitir o inadmitir a trámite los escritos y documentos de naturaleza parlamentaria. Con este propósito, el órgano rector de la cámara se reunió de manera extraordinaria a las 09.00 horas del día 6 de septiembre de 2017 para proceder a debatir sobre la admisión a trámite de la proposición de ley del referéndum. El texto de la proposición fue admitido a trámite accediendo a su tramitación por la vía de urgencia extraordinaria con los votos favorables de los miembros de Junts pel sí y Catalunya Sí Que Es Pot¹⁰⁹⁴. Inmediatamente después, minutos antes de las 10.00 a.m., fue publicado el texto de la iniciativa en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña (BOPC)¹⁰⁹⁵.

Precisamente esta publicación centrará uno de los principales argumentos que defendió la oposición durante el debate que se llevó a cabo en la sesión plenaria. Ocurrió que la publicación fue materializada por cuatro miembros de la Mesa,

por una quinta parte de los diputados (como se cumple en este caso). Lo que solicitan los diputados proponentes, a través de la invocación del art. 105.4 RPC es la tramitación de la proposición de ley por un procedimiento que no puede calificarse solo de urgencia sino de urgencia extraordinaria. El tenor literal de los apartados tercero y cuarto del art. 105 RPC es el siguiente: «3. La declaración de urgencia comporta la reducción a la mitad de los plazos fijados con carácter ordinario. 4. Los plazos a que se refiere el apartado 3 pueden reducirse todavía más si lo acuerda la Mesa del Parlamento».

¹⁰⁹³ Es decir, la proposición de ley de transitoriedad jurídica no incluye la solicitud de su tramitación por el procedimiento de urgencia ni menos por el de urgencia extraordinaria.

¹⁰⁹⁴ Durante la XI Legislatura la Mesa del Parlamento, formada por 7 miembros, estaba integrada por 4 miembros de Junts pel Sí, 1 de Ciudadanos, 1 del PSC y otro de Catalunya Sí Que Es Pot.

¹⁰⁹⁵ Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, XI Legislatura, núm 500, de 6 de septiembre de 2017.

los cuatro diputados de Junts pel Sí presentes en el órgano. Los diputados de la oposición defendieron que el Secretario General se negó a ordenar la publicación y que por tanto al no existir fedatario público que la certificara carecía de eficacia al vulnerarse lo establecido por el art. 42.1 RPC¹⁰⁹⁶.

Puesto que el TC en su Sentencia 114/2017, de 17 de octubre, en la que declara inconstitucional y nula la ley del referéndum y en la que analiza la tramitación parlamentaria de la norma, nada considera al respecto del incidente surgido sobre la publicación, consideramos lo siguiente: si bien el artículo 42.1 RPC señala que es el Secretario General el que tiene la competencia para ejecutar los acuerdos que se adopten en la Mesa no es menos cierto que esta competencia ha de ejercitarse, a tenor del mismo precepto, «bajo la dirección del Presidente» por lo que en todo caso queda supeditado el ejercicio de esta competencia a la decisión última del Presidente, sin que se pueda considerar que el precepto atribuye mayor autonomía decisoria al Secretario General. Es más, el artículo 112 RPC señala que es la Mesa, como tal órgano, la que «dispone» la publicación de las proposiciones de ley que hayan sido admitidas a trámite por la misma. Por todo ello, entendemos que no existe óbice alguno para entender ajustado al Reglamento el hecho de que sea la propia Mesa la que asuma como propia la labor de la publicación y no haga uso de ese «valerse de alguien» para proceder a la misma.

Respecto de la proposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república, cabe señalar que fue admitida a trámite por la Mesa de la Cámara en una reunión que tuvo lugar al filo de la una de la madrugada del ya 7 de septiembre con los votos favorables de los diputados de Junts pel Si, la abstención del representante de Catalunya Sí Que Es Pot y el voto negativo del representante de Ciudadanos y el PSC. En dicha reunión también se acordó la publicación de la iniciativa¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁶ Según el cual: «La Mesa del Parlamento se reúne convocada por el presidente y está asesorada por el secretario general o por el letrado que lo sustituye, el cual redacta el acta de las sesiones y se ocupa, bajo la dirección del presidente, de la ejecución de los acuerdos».

¹⁰⁹⁷ BOPC, núm. 507, de 7 de septiembre de 2017.

Por otra parte, es durante la celebración de las sesiones plenarias de los días 6 y 7 de septiembre donde podemos incardinar los acontecimientos que, y ya avanzamos algo nuestras conclusiones, dieron lugar a la vulneración del derecho fundamental que el art. 23.2 CE reconoce a los diputados.

El Pleno convocado para los días señalados no contemplaba en su orden del día la sustanciación de trámite alguno relacionado con las proposiciones de ley que nos ocupan. Sin embargo, las mismas marcarían el devenir de las sesiones celebradas aquellos días. Esto es así porque las portavoces de los grupos parlamentarios de Junts pel Sí y la CUP (signatarios e impulsores de las proposiciones de ley) solicitaron la celebración de dos votaciones.

Con la primera se pretendía alterar el orden del día para incluir como nuevo punto el debate y votación de las proposiciones de ley que escaso tiempo antes la Mesa había calificado, admitido y publicado. Por su parte, con la segunda votación, se buscaba el respaldo del Pleno para pasar directamente al debate y votación de las proposiciones, eliminando así del procedimiento de aprobación de las iniciativas los trámites ordinarios contemplados en el Reglamento. Estas dos votaciones fueron solicitadas al amparo del art. 81.3 RPC¹⁰⁹⁸.

Ante tales pretensiones los grupos no firmantes de las proposiciones¹⁰⁹⁹ tomaron la palabra de manera sucesiva para oponerse a la tramitación pretendida y señalar las vulneraciones que comportaba. Las críticas y protestas de la oposición, las cuales compartimos plenamente, se centraron en los siguientes aspectos:

En primer lugar se señaló la vulneración del art. 82 RPC¹¹⁰⁰ toda vez que no se respetaron las 48 horas mínimas que en él se indican para poder iniciar un debate

¹⁰⁹⁸ El art. 81.3 RPC dispone que «El orden del día del Pleno puede ser alterado si este lo acuerda, a propuesta del presidente o a petición de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de los miembros del Parlamento, y cuando así lo obliga el cumplimiento de una ley. Si debe incluirse un asunto, este debe haber cumplido los trámites reglamentarios que lo permiten, salvo un acuerdo explícito en sentido opuesto, por mayoría absoluta». En el apartado de conclusiones realizaremos las consideraciones oportunas sobre la utilización que se hizo del art. 81.3 RPC.

¹⁰⁹⁹ Estos son los Grupos parlamentarios de Ciudadanos, PSC, Catalunya Sí Que Es Pot y PPC.

¹¹⁰⁰ La literalidad del artículo es la siguiente: «no puede iniciarse una discusión si, como mínimo, dos días antes no se ha distribuido el informe, el dictamen o la documentación que debe servir de base para el debate, salvo acuerdo de la Mesa del Parlamento o de la comisión en sentido opuesto (...)».

si no se ha distribuido como mínimo en ese plazo la documentación necesaria. Es evidente que este plazo y por ende este artículo se ignoró porque la admisión a trámite y publicación de la iniciativa acababa de tener lugar escaso tiempo antes¹¹⁰¹.

En segundo lugar, los grupos minoritarios consideraron vulnerado su derecho a solicitar dictamen al Consejo de Garantías Estatutarias (CGE) en el que se pronunciara sobre la adecuación a la Constitución y al Estatuto de Autonomía (EAC) de las iniciativas¹¹⁰².

Por su parte, la tercera vulneración del derecho de los diputados a desempeñar las facultades que el Reglamento les atribuye se concretó en la imposibilidad de presentar enmiendas a la totalidad. Tan sólo pudieron presentarse enmiendas al articulado y durante el breve plazo de dos horas.

Por todo ello, los grupos de la oposición solicitaron varias solicitudes de reconsideración centradas en la admisión a trámite de las iniciativas, la propuesta de alteración del orden del día y la exención de trámites esenciales en el procedimiento legislativo. Estas solicitudes fueron rechazadas por una Mesa de mayoría soberanista.

Antes de proceder a las votaciones planteadas la Presidenta hizo saber al plenario la existencia de la advertencia que el Secretario General y el Letrado Mayor habían hecho llegar a la Mesa en el sentido de que el punto que se pretendía incluir en el orden del día podía estar afectado por las resoluciones

¹¹⁰¹ La Presidenta no lo creyó así puesto que si por un acuerdo de la Mesa puede quedar exento entendía que el Pleno como órgano supremo también podía hacerlo. Según esta interpretación, el Pleno, como órgano supremo (art. 71.1 RPC), en cualquier caso podría ejercer las competencias que el RPC de manera expresa atribuye a la Mesa. Es decir, aceptar el argumento de la Presidenta sería tanto como abrir la posibilidad de que el Pleno, sin necesidad de motivar sus decisiones, asumiera como propias funciones expresamente atribuidas a la Mesa por el Reglamento.

¹¹⁰² Llamativo cuanto menos es el argumento esgrimido por la portavoz que invoca el art. 81.3 RPC para defender la exclusión del trámite de solicitud de dictamen al CGE: «que se haga sin las solicitudes de informe al Consejo de Garantías porque la ley de transitoriedad claramente supera el marco estatutario y el marco constitucional». En este sentido confrontar con el Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, XI Legislatura, serie P, núm. 81, correspondiente al 7 de septiembre de 2017, pág. 54.

interlocutorias del Tribunal Constitucional¹¹⁰³. Pese a ello los grupos proponentes decidieron seguir adelante con la tramitación.

Finalmente, el resultado afirmativo de la primera votación permitió la alteración del orden del día en el sentido propuesto. Por su parte, la segunda de las votaciones, la que pretendía suprimir todos los trámites ordinarios a excepción de los de calificación, admisión a trámite y publicación (los cuales ya se habían producido), la presentación de enmiendas al articulado durante dos horas¹¹⁰⁴ y el debate y votación, también contó con el respaldo de la mayoría absoluta independentista.

Así, aprobada la alteración del orden del día y la exclusión de todos los trámites reglamentarios a excepción de los mencionados y una vez debatidas las enmiendas al articulado que en el plazo de dos horas pudieron presentarse, las proposiciones de ley fueron sometidas a votación¹¹⁰⁵ resultando aprobadas y dando lugar a la ley 19/2017 del referéndum de autodeterminación y a la Ley 20/2017 de transitoriedad jurídica y fundacional de la república¹¹⁰⁶.

3.- Consecuencias de la tramitación y conclusiones

Los primeros y más importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto de la aprobación de las «leyes de desconexión» los podemos encontrar en la STC 114/2017 de 17 de octubre y en la STC 124/2017 de 8 de noviembre, en las que se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las normas aprobadas. Siguiendo con nuestro propósito de saber si durante la tramitación de las iniciativas se dio algún vicio que permitiera invalidar el procedimiento, cabe destacar que obviar o vulnerar los artículos que regulan el

¹¹⁰³ STC 259/2015, de 2 de diciembre; ATC 141/2016, de 19 de julio; ATC 170/2016, de 6 de octubre y ATC 24/2017, de 14 de febrero.

¹¹⁰⁴ No obstante, habría que considerar esta posibilidad de enmendar parcialmente el texto como un «privilegio» otorgado por la portavoz del grupo que intentó y en sus propias palabras «garantizar los derechos de los grupos parlamentarios». En este sentido confrontar con el Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, XI Legislatura, serie P, núm. 81, del 7 de septiembre de 2017, pág. 54.

¹¹⁰⁵ En esta votación del texto final de las iniciativas no participaron los grupos de Ciudadanos, PSC y PPC.

¹¹⁰⁶ Publicadas, respectivamente, en el BOPC, núm 501, de 6 de septiembre y núm. 508 de 8 de septiembre.

procedimiento legislativo puede permitir calificar de inconstitucional la ley de que se trate «cuando se altere con ello, de modo sustancial, el proceso de formación de voluntad en el seno de las cámaras»¹¹⁰⁷. Nos centraremos en tres aspectos de la tramitación que cumplen esta condición.

Por lo que se refiere a la imposibilidad de los grupos minoritarios de presentar enmiendas a la totalidad a las proposiciones de ley y el breve plazo con el que contaron para presentar enmiendas al articulado cabe señalar que para nosotros constituye la primera de las vulneraciones del derecho al ejercicio del cargo que garantiza el art. 23.2 CE. Precisamente, por ser el derecho de enmienda una concreción del derecho fundamental reconocido en aquel artículo¹¹⁰⁸ y ser un instrumento al servicio del valor pluralismo político debiera haber sido objeto de mayor atención por el Tribunal. No se trata aquí de estudiar la naturaleza de derecho de configuración legal del art. 23.2 CE¹¹⁰⁹. El RPC contempla sobradamente la facultad de presentar enmiendas¹¹¹⁰. Se trata de enjuiciar la vulneración de una facultad, que, reglamentariamente prevista, se integra en el status del cargo público de naturaleza representativa.

La segunda actuación que tuvo lugar en los plenos del 6 y 7 de septiembre que coartó un derecho de los representantes que situamos en el núcleo esencial de la función parlamentaria nos conduce hasta el hecho según el cual los diputados no pudieron contar con la información necesaria que servía de base al debate con una antelación mínima de 48 horas (art. 82 RPC). Como recuerda la sentencia, en el derecho a desempeñar el cargo representativo también podemos encontrar

¹¹⁰⁷ STC 114/2017, de 17 de octubre, (F.J. 6º, A).

¹¹⁰⁸ Ver REDONDO GARCÍA, Ana Mª (1997): «La facultad de presentar enmiendas como concreción del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución» en PAU i VALL, Francesc (coord.): *Parlamento y Justicia Constitucional*. Pamplona, Aranzadi, pág. 385.

¹¹⁰⁹ Como parece hacer el TC al despachar la imposibilidad de presentar enmiendas con que se encontraron los diputados con la siguiente reflexión: «la ordenación de las facultades de enmienda de los representantes corresponde a los reglamentos parlamentarios, sin que sea identificable principio constitucional que imponga que en todo procedimiento legislativo deba existir, necesariamente, un trámite para la presentación de enmiendas a la totalidad». STC 114/2017 de 17 de octubre (F.J. 6º, C).

¹¹¹⁰ El art. 115 RPC otorga a los diputados y grupos parlamentarios un plazo de diez días para presentar enmiendas a la totalidad a la proposición de ley presentada y admitida a trámite. Por su parte el art. 118 RPC señala que «una vez finalizado el plazo para solicitar las comparecencias de las organizaciones y los grupos sociales, o cuando estas ya se han celebrado, los diputados y grupos disponen de un plazo de quince días para la presentación de enmiendas al articulado de los proyectos y proposiciones de ley».

garantizado el poder hacerlo en «iguales condiciones de acceso al conocimiento de los asuntos», sin que puedan quedar privados, «del tiempo necesario para el estudio en detalle de los mismos»¹¹¹¹.

Por tanto, se constata la vulneración de dos derechos de los diputados que situamos en el núcleo esencial de la función representativa que los diputados asumen, hablamos del derecho de enmienda y del que busca que los diputados conozcan, con la antelación suficiente, la información de relevancia para tratar el asunto de que se trate¹¹¹².

La tercera vulneración de una facultad de los diputados situada en el núcleo esencial de la función parlamentaria se concretó en la imposibilidad de iniciar el trámite de solicitud de dictamen al CGE a fin de que este se pronunciara sobre la adecuación de las iniciativas a la CE y al EAC, antes de que fueran votadas. Esta imposibilidad fue fruto de que la mayoría absoluta del Pleno, esgrimiendo lo señalado en el art. 81.3 *in fine*, aprobó eliminar entre otros trámites del procedimiento este derecho de los diputados que trae causa del propio EAC¹¹¹³. Por ello, negar la posibilidad, mediante una votación en el Pleno de la Cámara, de dar inicio al procedimiento para solicitar dictamen al Consejo no puede considerarse sino como un ataque a la «integridad del propio procedimiento legislativo y a la vez de los derechos de los representantes a ejercer esta concreta facultad que la Ley les confiere y que se incorpora a su estatus jurídico-constitucional»¹¹¹⁴. Una solución intermedia hubiese pasado por respetar el derecho de los diputados a iniciar el procedimiento de solicitud de dictamen y

¹¹¹¹ STC 114/2017 de 17 de octubre (F.J. 6º, C).

¹¹¹² Al hilo de la reflexión que realiza el TC según la cual «no siempre la reducción de plazos y abreviación de tiempos para los actos parlamentarios constituye un ilícito, y menos aún con relevancia constitucional» consideramos que, en nuestro caso la Mesa en ningún caso veló por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad que en el seno de las previsiones excepcionales deben primar. Por ello, la abreviación de tiempos que se produjo sí tiene relevancia constitucional, quedando afectado el art. 23.2 CE al ser los diputados privados de dos funciones nucleares del *ius in officium* de los parlamentarios.

¹¹¹³ El art. 76.2 EAC, b) señala que «el CGE puede dictaminar, en los términos que establezca la ley, sobre la adecuación al presente Estatuto y a la Constitución (...) de las proposiciones de ley sometidas a debate y aprobación del Parlamento...». Por su parte el art. 16.1 b) LCGE señala que «el CGE dictamina sobre la adecuación al Estatuto y a la Constitución de... las proposiciones de ley sometidas a la aprobación del Parlamento...». En este supuesto del art. 16.1 b) están legitimados para pedir el dictamen dos grupos, una décima parte de los diputados y el Gobierno. Será la Mesa la que deba acordar la admisión o inadmisión a trámite de la solicitud.

¹¹¹⁴ STC 114/2017 de 17 de octubre (F.J. 6, D).

que la Mesa, en su caso motivadamente, hubiese inadmitido la solicitud ex. art. 26.1 LCGE¹¹¹⁵.

En consonancia con todo lo dicho hasta el momento concluimos lo siguiente:

1. Durante la tramitación parlamentaria de las proposiciones de ley del referéndum y de transitoriedad se vulneraron tres derechos elementales de las minorías parlamentarias, que, por formar parte del núcleo esencial del cargo representativo de naturaleza parlamentaria nos permiten apreciar la vulneración del derecho reconocido en el art. 23.2 CE y por ende, una lesión constitucional. Estos derechos son: El derecho a presentar enmiendas a la totalidad y el derecho a presentar enmiendas al articulado en un plazo razonablemente superior al concedido, el derecho a contar con toda la información y documentación necesaria con la antelación debida y el derecho a iniciar el trámite para interesar del CGE un dictamen sobre la adecuación de las normas a la CE y al EAC.

En cuanto a la vía empleada para tramitar las iniciativas señalamos que:

2. El art. 81.3 RPC, en tanto que permite alterar e incluir un nuevo punto a debate y votación fue aplicado adecuadamente.

3. En el momento de sustanciarse la votación para alterar el orden del día no se hizo referencia a ningún procedimiento en concreto y menos al de lectura única, cuya reforma había sido suspendida por providencia del TC de 31 de julio 2017.

4. Es a partir de la inclusión del nuevo punto por la vía del art. 81.3 RPC cuando comienza un verdadero procedimiento *ad hoc* toda vez que el artículo no sólo no es una vía reconocida para iniciar un procedimiento legislativo¹¹¹⁶ sino

¹¹¹⁵ De hecho esta solución que planteamos llegó a darse toda vez que aunque el Pleno había aprobado excluir del procedimiento el inicio del trámite de solicitud de dictamen, el GPSC se dirigió a la Mesa, buscando superar el primer filtro del procedimiento, la cual llegó a examinar la solicitud, que inadmitió. Ello daría lugar a la STC 10/2018, de 5 de febrero y a la STC 27/2018, de 5 de marzo en la que se estimó el recurso de amparo del GPSC, declarando vulnerado su derecho del art. 23.2 CE.

¹¹¹⁶ Opinión compartida por FERNÁNDEZ CAÑUETO, en «la alteración del orden del día para aprobar las leyes de referéndum y transitoriedad. El uso del art. 81.3 RPC». *Revista de Derecho Político*, nº 102, mayo-agosto 2018, pág. 230, que considera que el art. 81.3 RPC no habilita «para que a su través la mayoría parlamentaria cree un procedimiento legislativo ad hoc gracias al cual posteriormente se puedan tramitar proposiciones de ley, pues es imprescindible que se desarrolle por alguna de las vías previstas en el propio Reglamento, que esté incoado, que haya cumplido

que su previsión de que por mayoría absoluta puedan excluirse ciertos trámites fue utilizada para menoscabar y obviar derechos que situamos en el núcleo de la función representativa y, en última instancia, protegidos por el art. 23.2 CE en tanto que integradores del *ius in officium* de los diputados.

Bibliografía citada

Pérez Alberdi, M^a Reyes (2013): *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Madrid: Colección Monografías del Congreso de los Diputados (núm. 95).

García Roca, Javier (1999): *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Pamplona: Aranzadi

Pulido Quecedo, Manuel (1992): *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Madrid: Civitas.

Redondo García, Ana M^a (1997): «La facultad de presentar enmiendas como concreción del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE», en Pau i Vall, Francesc (coord.): *Parlamento y Justicia Constitucional*. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Pamplona: Aranzadi, págs. 379-396.

Fernández Cañueto, Daniel: «La alteración del orden del día para aprobar las leyes de referéndum y transitoriedad. El uso del art. 81.3 RPC». *Revista de Derecho Político*, n^o 102, mayo-agosto 2018, págs. 201-233.

los trámites reglamentarios previos y que no queden excluidos aquellos imprescindibles en cualquier procedimiento».

El derecho a la vivienda como derecho humano

Anastasia Kuznetsova

Doctoranda en la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB)

Facultad de Derecho

1. Desarrollo legislativo internacional y europeo sobre el derecho a la vivienda

El derecho a la vivienda digna y adecuada tiene una gran importancia como derecho humano puesto que está estrechamente vinculado con otros derechos fundamentales, los cuales no podrían disfrutarse plenamente sin aquél. Varios instrumentos internacionales lo consagran en forma directa o implícita.

Los primeros pasos para la proclamación del derecho a la vivienda como tal a nivel internacional se dieron después de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El texto de la Declaración abarca los derechos y libertades políticas, sociales, civiles y económicas, incluyendo el derecho a la vivienda (art. 25.1). Este acto se convirtió en el punto de partida¹¹¹⁷ en consideración de los derechos humanos como indiscutibles e innegables por toda la comunidad mundial, inspirando a los Estados a crear sus propias normas y legislación donde estos valores constituyeron los elementos fundamentales alrededor de los cuales se formaba todo el ordenamiento jurídico¹¹¹⁸.

¹¹¹⁷ GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *El derecho a la vivienda en el contexto de los derechos sociales*, Universidad de Zaragoza, pp. 1-7; consultado en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/feb11/derecho-vivienda.pdf> el 18.01.18. Cabe destacar que posteriormente fueron adoptados también otros acuerdos y tratados internacionales y regionales que contienen el reconocimiento de estos derechos, incluyendo él a la vivienda, p. e., *internacionales*: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y sus dos Protocolos Facultativos (1966 y 1989), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y su Protocolo Facultativo (1999), Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), etc.; *regionales*: Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano (1990), etc.

¹¹¹⁸ KENNA, P., *Los derechos a la vivienda y los derechos humanos*, traducción del inglés: PUJADAS, B., (Título original: *Housing rights, human rights*), Associació ProHabitatge, Terrassa (Vallès

Más tarde, en 1966 fue adoptado el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*¹¹¹⁹ que también contiene la mención de derecho a la vivienda (art. 11.1), con garantía de que todos los Estados que ratificaron el Pacto se obligan a proteger este derecho y no adoptar medidas que puedan repercutir de modo negativo a la posibilidad de disfrutar de la vivienda. Se supone la revisión de la legislación vigente para el fomento de acceso a la vivienda de los grupos sociales más débiles e inestables económicamente mediante la incorporación de este derecho en la política del Estado como un objetivo estratégico de desarrollo general¹¹²⁰. El Pacto está acompañado por las *Observaciones No.4* (sobre requisitos de la vivienda adecuada) y *No.7* (sobre desalojos forzosos) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De conformidad con estos instrumentos internacionales los Estados se encargan de las obligaciones (art. 2.1) que suponen reconocimiento, respeto, protección, promoción y realización del derecho a la vivienda¹¹²¹.

En el marco del Consejo de Europa y de la Unión Europea, entre los documentos que reconocen el derecho a la vivienda, se puede destacar el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950*¹¹²². Aunque el derecho a la vivienda no está garantizado como tal en este Convenio, encontramos unos artículos que pueden interpretarse de manera ampliada, incluyéndolo en el conjunto de los conceptos más generales, como el art. 8 - el

Occidental), 2006, p. 35-36; UNCETA, A., GARRIDO, P. y otros, *De la vivienda a la ciudad: Percepciones, retos y oportunidades*, ASCIDE, Asociación para el Conocimiento, la Innovación y el Desarrollo, Zarautz (Guipúzcoa), 2012, pp. 17-20.

¹¹¹⁹ Puede consultar el texto completo en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

¹¹²⁰ KENNA, P., *Los derechos a la vivienda ... op. cit.*, p. 37; UNCETA, A., GARRIDO, P. y otros, *De la vivienda... op. cit.*, pp. 17-20.

¹¹²¹ Documento de las NU, E/CN.4/Sub.2/1993/15, *El derecho a una vivienda adecuada: informe sobre la marcha de los trabajos presentado por el Sr. Rajindar Sachar, Relator Especial designado en virtud de la resolución 1992/26 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y de la decisión 1993/103 de la Comisión de Derechos Humanos*, párrafos 62-79, consultado en https://digitallibrary.un.org/record/169732/files/E_CN-4_Sub-2_1993_15-ES.pdf el 02.11.17; Vid. también ALGUACIL DENCHE, A. y otros, *La vivienda en España en el siglo XXI, Diagnóstico del modelo residencial y propuestas para otra política de vivienda*, Cáritas, Fundación Foessa, Madrid, 2013, pp. 359-362; PONCE SOLÉ, J., "L'efectivitat del dret a l'habitatge a Catalunya i el paper del dret urbanístic: esperances en ple drama?", en *Revista catalana de dret públic*, N 46, 2013, pp. 137-138; ABRAMOVICH, V., COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 21 y ss.; AÑON ROIG, M., GARCÍA AÑON, J. (Coord.), *Lecciones de Derechos Sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 155 y ss.

¹¹²² En adelante, CEDH.

derecho al respeto de la vida privada y familiar. Cabe alegar también el art. 6 del CEDH que proclama el derecho al proceso equitativo, lo que comprende tanto un tribunal imparcial e independiente, establecido por la ley, como un plazo razonable de examen y resolución del caso, sea de materia civil o penal. El derecho a la vivienda a menudo se considera como un derecho social, económico y cultural, estrechamente relacionado con el derecho civil y los procedimientos de privación de la misma (sean desahucios, demoliciones o otras formas) requieren un juicio público y equitativo, bien como el cumplimiento de otras exigencias al proceso.

Así, en el caso *Connors v. Reino Unido* el TEDH¹¹²³ declaró la infracción de este artículo ya que el demandante no tuvo la oportunidad de dirigirse a los tribunales y de defender su derecho de posesión de la vivienda frente a los poderes públicos y además no fueron respetadas las reglas del procedimiento de desalojo, en particular, al demandante no le proporcionaron los motivos justificantes del vulneración de sus derechos¹¹²⁴.

El art. 8 del Convenio consagra el *derecho al respeto de la vida privada y familiar*, que puede interpretarse como derecho al goce y disfrute pacífico de la vivienda. Pero la noción de vivienda aquí debe entenderse en el sentido amplio, más correcto sería incluso llamarla “hogar”. Este concepto incluye en sí no sólo el edificio de la casa como objeto material pero también el ambiente interno y el espíritu familiar, las relaciones humanas¹¹²⁵. El hogar es una noción que no depende de como se clasifica en el ordenamiento jurídico estatal y en la legislación, no puede limitarse a la vivienda como tal o a la parcela¹¹²⁶.

¹¹²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante - TEDH

¹¹²⁴ *Case of Connors v. The United Kingdom*, Application no. 66746/01, Judgement of 27 May 2004, final judgement 27/08/2004, párrafos 94 y 95; consultado en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Connors%20v.%20the%20United%20Kingdom%2027%20May%202004"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61795"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) el 08.06.18

¹¹²⁵ Sobre el concepto del hogar puede consultarse FOX, L., “The Meaning of Home: A Chimerical Concept or a Legal Challenge?”, en *Journal of Law and Society*, V. 29, N4, December 2002, pp. 580-610.

¹¹²⁶ *Vid. Case of Chapman v. The United Kingdom*, Application no. 27238/95, Judgement of 18 January 2001, consultado en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20CHAPMAN"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-59154"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) el 14.06.18. El TEDH declaró

Es interesante resaltar, que desde el punto de vista del TEDH el derecho a la vida privada y familiar prevalece sobre las normas de la legislación interna, incluso si va en su contra. Así pasa en Caso de *Ivanova and Cherkezev v. Bulgaria*¹¹²⁷: el tribunal nacional ordenó la demolición de la casa construida sin permiso de las autoridades públicas, sin tomar en cuenta que la familia no disponía de otro lugar para vivir y sin analizar sus circunstancias personales. El TEDH decidió que aunque según las leyes internas el edificio no debía haber sido construido, la demolición carecía del criterio de “necesidad para la sociedad democrática” (que, a diferencia de este asunto, estaba presente en casos de desahucios de las viviendas públicas¹¹²⁸).

En el art. 13 del Convenio se establece el derecho a un recurso efectivo que se interpreta como posibilidad de la persona perjudicada a defender sus derechos acudiendo a los recursos estatales, tales como tribunales, por ejemplo, y de obtener, en caso si lo considera apropiado, una indemnización adecuada¹¹²⁹. Aunque este artículo es de carácter general y refiere a todos los derechos humanos consagrados en el Convenio, también se aplica, evidentemente, al derecho a la vivienda en términos del art. 8 (analizado arriba). Lo mismo se puede decir sobre el art. 14 (prohibición de discriminación).

El Protocolo adicional al CEDH en su primer artículo declara la protección de la propiedad que comprende no sólo los objetos materiales (tales como bienes inmuebles y muebles) sino también los derechos - contractuales (de alquiler y arrendamiento, derecho de compra), reales (propiedad, posesión, usufructo,

que la caravana gitana, aunque no es una vivienda con dirección permanente, puede considerarse como hogar.

¹¹²⁷ *Case of Ivanova and Cherkezev v. Bulgaria*, (Application no. 46577/15), Judgement of 21 April 2016, final judgement 21/07/2016, consultado en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Ivanova%20and%20Cherkezev%20v.%20Bulgaria,%20no.%2046577/15,%2021%20April%202016."\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-162117"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) el 15.06.18.

¹¹²⁸ *Vid.* casos *McCann v. the United Kingdom*, Application no. 19009/04, judgement of 13 May 2008 (final judgement of 13/08/2008); *Paulić v. Croatia*, Application no. 3572/06, judgement of 22 October 2009 (final judgement of 01/03/2010); *Kay and Others v. the United Kingdom*, Application no. 37341/06, judgement of 21 September 2010 (final judgement of 21/12/2010; consultados en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) el 15.06.18.

¹¹²⁹ HARRIS, D. y otros, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres, 1995, p. 446.

servidumbre, uso de habitación, de garantía, adquisición preferente, etc.)¹¹³⁰.
Proyectando este artículo al derecho a la vivienda podemos llegar a la conclusión de que los desalojos, demoliciones, restricciones de la posesión y del goce de la vivienda constituyen una grave infracción de esta disposición del protocolo.

No obstante, en virtud del art. 1.2 del Protocolo adicional, el Estado tiene las facultades de adoptar las leyes que regulan el uso de los bienes de conformidad con el interés general. Así, en el caso *Mellacher and others v. Austria* el TEDH decidió que el establecimiento del control por parte del Estado que se expresaba en reducción de los precios del alquiler y en la determinación de su margen era justificado y asimismo no vulneraba el art. 1 del Protocolo adicional¹¹³¹.

En *La Carta Social Europea de 1961* encontramos la mención expresa del derecho a la vivienda sólo en dos artículos: 16 (el derecho de la familia a la protección social, jurídica y económica) y 19 (el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia). Sin embargo, algunos autores¹¹³² consideran que el art. 13 (el derecho a la asistencia social y médica) también está relacionada ya que describe los derechos de las personas sin hogar¹¹³³, entre otros.

*La Carta Social Europea Revisada de 1996*¹¹³⁴, en complemento a los artículos ya existentes que tratan el derecho a la vivienda, añade unos nuevos, extendiendo su ámbito de aplicación y de protección: *el derecho a la protección contra la pobreza y exclusión social, derecho a la vivienda*, que comprende el fomento del acceso a la vivienda digna en las condiciones razonables, prevención del "sinhogarismo",

¹¹³⁰ KENNA, P., *Los derechos a la vivienda... op. cit.*, pp. 85-86.

¹¹³¹ *Case of Mellacher and others v. Austria*, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Judgement of 19 December 1989, párrafo 44: "The Court finds that the measures taken did not amount either to a formal or to a de facto expropriation. There was no transfer of the applicants' property nor were they deprived of their right to use, let or sell it. The contested measures which, admittedly, deprived them of part of their income from the property amounted in the circumstances merely to a control of the use of property. Accordingly, the second paragraph of Article 1 (P1-1) applies in this instance"; consultado en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57616"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) el 15.06.18.

¹¹³² KENNA, P., *Los derechos a la vivienda... op. cit.*, pp. 57-58.

¹¹³³ PISARELLO, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria Editorial, Barcelona, 2003, p. 31; ALGUACIL DENCHE, A. y otros, *La vivienda en España... op. cit.*, p. 366. En el texto de la CSE no se menciona que se trata únicamente de las personas sin hogar, pero es lógico de suponer que este grupo social es más vulnerable y tiene necesidad especial de la asistencia social y médica.

¹¹³⁴ En adelante, CSER.

reducción del precio de la vivienda para que incluso las personas con recursos económicos limitados puedan permitírsela¹¹³⁵.

Así, en el art. 15 encontramos la garantía de la vivienda para las personas incapacitadas o con las posibilidades limitadas; el art. 23 de la CSER contiene las garantías y derechos para las personas de la edad avanzada. El art. 30 habla del derecho a la protección contra la pobreza y exclusión social. Cabe mencionar también que en la *Carta Social Revisada* aparece un artículo 31 que por primera vez garantiza expresamente el derecho a la vivienda como tal en un nivel internacional¹¹³⁶. Aquí encontramos las metas con las cuales se encargan todos los países firmante de la Carta.

En primer lugar, se establece el objetivo de facilitar el acceso a la vivienda al nivel suficiente, lo que significa que cada persona que tiene tal necesidad debe ser protegida por el Estado y disponer de distintas opciones para obtener un lugar para vivir. La meta siguiente se deriva lógicamente de la anterior: la prevención y disminución de la cantidad de las personas sin hogar, con su eliminación posterior progresiva (como objetivo final)¹¹³⁷. En tercer y último lugar, para alcanzar lo propuesto, los Estados deben controlar los precios de las viviendas de tal modo que siempre hayan opciones para las personas con recursos económicos limitados. En todo caso, debe mantenerse un balance entre el interés general en esta materia y los intereses de los grupos específicos, el Estado debe actuar tomando en cuenta las prioridades y recursos disponibles en este momento¹¹³⁸.

¹¹³⁵ ALGUACIL DENICHE, A. y otros, *La vivienda en España...* op cit., p. 365.

¹¹³⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Derecho a la vivienda: Artículo 31 de la Carta Social Europea", en *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, p. 966; consultado en Academia.edu el 18.04.18

¹¹³⁷ ALGUACIL DENICHE, A. y otros, *La vivienda en España...* op cit., p. 366; En el año 2008 FEANTSA presentó en la Conferencia en Cardiff un borrador de programa para la erradicación del sinhogarismo en Europa que estaba previsto a lanzarse en 2010 y terminarse para el 2015; consultado en <http://faciam.org/wp-content/uploads/2015/01/Origen-y-contexto-de-las-Jornadas-HousingFirst.pdf> el 19.06.18.

¹¹³⁸ *European Roma Rights Center (ERRC) v. Bulgaria, Complaint No. 31/2005, Decision on the merits of 18 October 2006*, §35; consultado en https://www.coe.int/t/democracy/migration/Source/migration/Complains/CC51Merits_en.pdf el 18.04.18.

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 y Carta Social Europea Revisada de 1996 inspiraron al legislador europeo a crear la *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000*¹¹³⁹, con el fin de garantizar concretamente los derechos sociales y culturales para los ciudadanos de los Estados miembros. Después de varias consultas con las organizaciones no gubernamentales que se dedican a la protección de las personas sin hogar (tales, como FEANTSA) y sus informes sobre este tema, fue elaborada una propuesta del art. sobre la vivienda, similar al art. 31 de la CSER para incluirlo posteriormente en el proyecto de la CDFUE de 2000. Y aunque la Carta no contiene el derecho a la vivienda digna como tal (a diferencia de la CSER, por ejemplo), en su art. 34.3 se consagra el derecho a la ayuda social y ayuda de vivienda.

El Comité Europeo de Derechos Sociales, interpretando este artículo, declaró que la asistencia social pública debe entenderse como un derecho subjetivo, es decir, no puede depender de la administración y, en caso de necesidad, ha de ser apelable ante un órgano independiente¹¹⁴⁰. El Comité añadió también que gracias a la jurisprudencia sobre el art. 31 de la CSER está creándose la interpretación del art. 34.3 de la CDFUE (lucha contra la pobreza) que sirvió de impulso para la creación del programa de acción comunitario para el fomento de colaboración de los Estados miembros para elaboración de las medidas contra la exclusión social¹¹⁴¹. No obstante, al nivel europeo este problema no tuvo un desarrollo suficiente y muy pocos Estados incluyeron esta obligación en sus planes nacionales.

Estos son sólo algunos de los tratados, de carácter general, pero el derecho a la vivienda figura también en otros acuerdos internacionales y regionales - más especiales; aún así, para muchos Estados es un problema que todavía no tiene

¹¹³⁹ En adelante, CDFUE.

¹¹⁴⁰ SAMUEL, L., *Fundamental social rights - case law of the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2002, p. 306.

¹¹⁴¹ *Decisión n 50/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2001, por la que se aprueba un programa de acción comunitario a fin de fomentar la cooperación entre los Estados miembros para luchar contra la exclusión social*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 12 de enero de 2002; consultado en <http://boe.es/doue/2002/010/L00001-00007.pdf> el 19.06.18.

suficientes vías de solución. Todo ello permite llegar a la conclusión de que el derecho de acceso a la vivienda merece una atención específica.

2. ¿Qué se entiende por una vivienda digna y adecuada?

El derecho a la vivienda incluye en sí una serie de otros derechos constituyentes: protección del hogar contra las demoliciones y destrucciones arbitrarias, prohibición de los desahucios forzosos, el derecho de intimidad y privacidad de la vida dentro de su hogar, interdicción de injerencias e intervenciones no sancionadas, el derecho de libre circulación y elección del lugar de residencia, la posibilidad de cambiarlo en cualquier momento sin necesidad de dar la explicación alguna. Además, deben respetarse ciertos principios que garantizan la seguridad de tenencia, de cualquier tipo que sea, derecho de restituir la vivienda, tierra o propiedad en caso de transmisión no autorizada a los terceros; ha de proporcionarse el acceso a la vivienda digna para todas personas, en condiciones iguales y no discriminatorias. La población también debe tener la posibilidad de participar en la toma de las decisiones acerca de la política de vivienda, tanto a nivel regional, como nacional¹¹⁴².

Desde el punto de vista material el derecho a la vivienda abarca varios aspectos: económico, social, arquitectónico, etc. Cada una de estas dimensiones condiciona la posibilidad tanto de goce y disfrute como de acceso a la vivienda en general para los ciudadanos. Además, ha de tenerse en consideración que la vivienda es el núcleo de un sistema mucho más complejo y grande - la ciudad¹¹⁴³. Su

¹¹⁴² Folleto informativo (sobre derechos humanos) Nº 21 (Rev. 1) de las Naciones Unidas: *El derecho a una vivienda adecuada*, ONU Habitat, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, p. 3, consultado en <http://www.ohchr.org> el 14.11.17.

¹¹⁴³ Sobre esta materia puede consultarse LEFEBVRE, H., *El derecho a la ciudad*, Ed. Península, Barcelona, 1969; PONCE SOLÉ, J., "L'efectivitat del dret a l'habitatge a Catalunya..." op. cit., p. 140; PONCE SOLÉ, J., "El derecho a la ciudad: elementos para superar la gestión neoliberal del espacio", ponencia presentada en el 4to Curso de derechos sociales de l'Observatori DESC el 13.05.2009; consultado en http://observatoridesc.org/sites/default/files/dhociudad_JuliPonce_Curso_sp.pdf el 29.01.18; FITOUSSI, J.-P., LAURENT, E., MAURICE J., "Ségrégation urbaine et intégration sociale", *La documentation française, Conseil d'analyse économique*, Paris, 2004, consultado en <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000057/0000.pdf> el 29.01.18.

correlación y interacción condiciona el funcionamiento del Estado en el plano social en general¹¹⁴⁴.

La definición de la “*vivienda adecuada*” fue explicada en la *Estrategia Mundial* (1988-2000) en este ámbito y se entiende como un lugar que permite aislarse allí, en caso de necesidad, disponiendo del espacio y seguridad suficientes; el lugar debe ser equipado por la luz, ventilación y calefacción (en caso de ubicarse en la zona con clima frío), rodearse por la infraestructura y servicios básicos necesarios (supermercados, colegios, centros médicos, etc.) por un coste adecuado, suministrar la posibilidad de empleo en la cercanía razonable¹¹⁴⁵. Todos estos requerimientos a la vivienda fueron formulados por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas y incluyen varios aspectos: “*Seguridad jurídica de la tenencia*” significa, como ya hemos mencionado, que sin dependencia del motivo por el que se use o goce de la vivienda, el titular del derecho de goce o disfrute podrá hacer uso del mismo contando con un cierto grado de protección contra tales situaciones como desalojo y hostigamiento. Las formas de tenencia pueden variarse: propiedad (no sólo en sentido habitual sino también compartida y temporal¹¹⁴⁶ - en Cataluña -, común, aprovechamiento por turnos), el alquiler, vivienda en cooperativa, etc.

¹¹⁴⁴ UNCETA, A., GARRIDO, P. y otros, *De la vivienda...* op. cit., pp. 15-17.

¹¹⁴⁵ *Observación general N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (CDESC): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, consultado en www2.ohchr.org/english/issues/housing/docs/CG4_sp.doc el 25.10.17; GLEDHILL, J. (Social Anthropology, School of Social Sciences, The University of Manchester), “El derecho a una vivienda (The right to a home)”, en *Revista de Antropología Social*, Vol. 19, 2010, traducción: JIMÉNEZ ESQUINAS, G.; revisión: FRANZÉ, A., p. 111; consultado en <http://apea.blogspot.com.es/2011/07/articulo-el-derecho-una-vivienda-right.html> el 19.01.18; ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Derecho a la vivienda: Artículo 31 de la Carta Social Europea” ... op. cit., p. 967; consultado en Academia.edu el 18.04.18.

¹¹⁴⁶ Sobre esta materia puede consultarse NASARRE AZNAR, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; NASARRE AZNAR, S. y FERRÁNDIZ, C. “Métodos alternativos de acceso a la vivienda en derecho privado”, *Iuris*, núm. 158, marzo 2011, pp. 36-42, 80-82, 2011; NASARRE AZNAR, S. y SOLER TARADELLAS, M., “Otras formas de acceso a la vivienda. Las tenencias intermedias: antecedentes, concepto y cálculo del esfuerzo familiar”, *Apunts d’Habitatge, Observatori Local de l’Habitatge*, Diputació de Barcelona, núm. 4, 3er trimestre de 2013, pp. 18-29; PÉREZ RIVARÉS, J.A., “La «propiedad temporal» o leasehold, posible fórmula para facilitar la inversión privada en inmuebles ocupados por la Administración”, en *Diario La Ley*, N° 7930, 2012; SIMÓM MORENO, H., LAMBEA LLOP, N., GARCÍA TERUEL, R. M. (2017) “Shared ownership and temporal ownership in Catalan law”, *International Journal of Law in the Built Environment*, 2017, V. 9, Issue:1, pp.63-78, <https://doi.org/10.1108/IJLBE-09-2016-0015>.

“La disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura” refiere a que la vivienda debe estar ubicada en un área con el acceso al empleo, todos los servicios necesarios para la ayuda médica, los alimentos (nutrición), que sea segura (entre otros, no debe ubicarse en la proximidad directa de las fuentes de contaminación que puedan ser peligrosas para la salud y vida de los habitantes) y bien comunicada por el transporte público adecuado¹¹⁴⁷. En la categoría de materiales y facilidades comunes entran también el agua potable, energía, calefacción, instalaciones sanitarias, sistemas para eliminar los desechos, servicios de emergencia tales como ambulancia, bomberos, etc.

“Los gastos soportables” que conlleva la posesión de la vivienda no deben superar los límites razonables o impedir que se satisfagan otras necesidades básicas, con este motivo el Estado elaborará las normas y medidas encaminadas a regular los gastos derivados del uso de la vivienda y velar que éstos sean commensurados con los recursos económicos de la persona o de familia. Entre todo, han de crearse ayudas financieras y subsidios para los que no pueden permitirse cubrir los gastos de vivienda con sus propios ingresos. También es muy importante controlar los precios de los alquileres para proteger a los arrendatarios de su subida inesperada e injustificada. Cabe mencionar, además, que el Estado debe garantizar la disponibilidad de los materiales naturales si éstos sirven de base en la construcción de las viviendas¹¹⁴⁸.

La *“habitabilidad”* significa que la vivienda ha de cumplir ciertos requerimientos comunes: disponer de un espacio razonable y suficiente para la vida, debe ser protegida de malas condiciones ambientales según el clima, es decir del frío y calor, de la radiación solar, de la humedad, del viento, de la nieve y lluvia; también es muy importante que se garantice la seguridad física de los habitantes. Los Estados firmantes del Pacto se comprometen a velar porque las viviendas no

¹¹⁴⁷ En esta noción se incluye no sólo la red desarrollada del transporte sino también su coste razonable, para que incluso las familias pobres puedan aprovecharlo sin perjuicio a sus ingresos.

¹¹⁴⁸ KENNA, P., *Los derechos a la vivienda...* op. cit., p. 43; ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Derecho a la vivienda: Artículo 31 de la Carta Social Europea”... op. cit., pp. 962-964; consultado en Academia.edu el 18.04.18.

estén afectadas por agentes causantes de enfermedades y porque no infrinjan las normas de higiene elaboradas por la Organización Mundial de Salud.

El principio de “*asequibilidad*” está estrechamente vinculado con el de igualdad y no discriminación en cuanto al acceso a la vivienda. Se trata de la atención especial a los grupos de la sociedad más vulnerables y desfavorecidos, los que están en la posición más débil e inestable en comparación con el resto de la población¹¹⁴⁹. Entre ellos se puede denominar las personas de la edad avanzada, los niños, los que sufren de las enfermedades graves y mortales, sobre todo, en la fase terminal, las personas con capacidad física limitada y con problemas mentales, las víctimas de los atentados terroristas y desastres naturales, etc¹¹⁵⁰. Todos ellos merecen que les presten apoyo, tomando en cuenta las necesidades particulares. Para este fin, el Estado mediante la política en el sector de la vivienda y la tierra debe crear los distintos programas de ayuda y proporcionar que cada persona, cualquier sea su estado en la sociedad, tenga el acceso a la vivienda digna y adecuada¹¹⁵¹.

“*Adecuación cultural*” se refiere a la manera y modo de construcción de la vivienda, es decir, su posibilidad de armonizar con el conjunto arquitectónico alrededor, constituir una parte de la ciudad con el mismo estilo. También han de tenerse en cuenta los materiales que se utilizan y el equipamiento técnico moderno¹¹⁵².

En conclusión, podemos resumir que el contenido del derecho a la vivienda consiste en su accesibilidad, lo que depende en mayor grado de la familia concreta y sus posibilidades financieras, tomando en cuenta las necesidades especiales de la familia (aquí enfocamos la forma de tenencia); la calidad de la vivienda (cumplimiento de los requisitos establecidos por la ONU¹¹⁵³ y la

¹¹⁴⁹ LEÓN BASTOS, C., *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos, Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Editorial Reus, S. A., Madrid, 2010, p. 69.

¹¹⁵⁰ UNCETA, A., GARRIDO, P. y otros, *De la vivienda...* op. cit., pp. 36-37; ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Derecho a la vivienda: Artículo 31 de la Carta Social Europea”... op. cit., pp. 962-964; consultado en Academia.edu el 18.04.18.

¹¹⁵¹ *Observación general N° 4 del Comité...* op. cit., párrafo 8, consultado en www2.ohchr.org/english/issues/housing/docs/CG4_sp.doc el 16.11.17.

¹¹⁵² KENNA, P., *Los derechos a la vivienda...* op. cit., p. 44.

¹¹⁵³ Organización de las Naciones Unidas

legislación de cada país); el equilibrio entre la parte financiera del derecho a la vivienda (que implica las obligaciones frente a los terceros) y su interpretación como fundamental (que por lo tanto no debería depender de los recursos económicos de la persona); y la garantía de que en caso de vulnerabilidad la persona afectada no sea privada de su vivienda o de que se le atribuya una alternativa digna y adecuada¹¹⁵⁴.

3. Restricciones y mitos del acceso a la vivienda

No obstante, los derechos mencionados en el Pacto no son ilimitados¹¹⁵⁵ y debemos tener en consideración algunas precisiones y restricciones que hay que aclarar y mitos¹¹⁵⁶ a revelar, sobre todo en la materia de vivienda¹¹⁵⁷. El Estado no está obligado de construir las viviendas para todos sus ciudadanos ni proporcionarlas de manera gratuita¹¹⁵⁸. La Constitución Española (tanto como las de otros países) establece el derecho a la vivienda como un principio rector de la política que tiene un objetivo programático y no como un derecho subjetivo que

¹¹⁵⁴ NASARRE AZNAR, S., "Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol 35, N 1, 2017, p. 48; consultado en <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/54983> el 24.01.18.

¹¹⁵⁵ GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *El derecho a la vivienda...* op. cit., pp. 1-7; consultado en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/feb11/derecho-vivienda.pdf> el 18.01.18. De hecho, ningún derecho puede considerarse ilimitado, incluso el derecho a la vida, que en ciertos circunstancias somete a las restricciones, p. e. en tales casos como el estado de guerra, existencia de la pena de muerte en algunos países, etc. *Vid.* también la STC 11/1981, de 8 de abril, BOE núm. 99, of 25 April 1981, ECLI:ES:TC:1981:11 en la cual se manifestó que "ningún derecho ni aun los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados"; consultado en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en-US/Resolucion/List> el 18.01.18.

¹¹⁵⁶ *Vid.* NASARRE AZNAR, S., "Cuestionando algunos mitos ...", op. cit., pp. 43-69; consultado en <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/54983> el 22.01.18.

¹¹⁵⁷ ALGUACIL DENCHE, A. y otros, *La vivienda en España...* op. cit., pp. 360-362.

¹¹⁵⁸ No obstante, cabe mencionar que existen las llamadas viviendas públicas (o sociales) que se otorgan a las personas que cumplan los requisitos especiales de vulnerabilidad, tengan un estado de necesidad extrema y no puedan acceder a la vivienda de mercado del sector privado con sus propios recursos. Sobre esta materia puede consultar TEJEDOR BIELSA, J., *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 123-147; LEAL MALDONADO, J. (Coord.) y otros, *La política de vivienda en España*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2010. Y en este caso, si la vivienda no ha sido otorgada (o bien, no ha sido prestada la ayuda financiera parcial necesaria) aunque el solicitante cumplía con los requisitos, éste último puede iniciar un proceso contencioso-administrativo contra la Administración Pública (p. e., art. 6 de la Ley 18/2007 de 28 de diciembre del derecho a la vivienda en Cataluña otorga este derecho; también lo encontramos en otros países, p. e. en Francia: *Vid.* la STEDH de 9 de abril de 2015; *Vid.* también STSJ de Madrid, 06/01/2013; 3337/2013, N de recurso 826/2011, N de resolución 173/2013; ECLI: ES:TSJM:2013:3337; consultado en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> el 23.01.18.

puede exigirse ante los tribunales¹¹⁵⁹. Sin embargo, su participación en la realización del derecho a la vivienda para todos se expresa en promoción de las medidas que prevengan la falta del hogar, los desalojos arbitrarios y forzosos, garanticen las tenencias seguras¹¹⁶⁰. Todo ello supone la actuación del gobierno en diferentes esferas¹¹⁶¹: legislación, política, elaboración de la estrategia de vivienda para un período determinado¹¹⁶² (tanto en su Estado como mediante la participación en la cooperación internacional), planificación del presupuesto estatal y el de los regiones, administración efectiva, etc. A veces, este postulado debe entenderse como el deber del gobierno de abstenerse de algunas medidas o prácticas que pudieran perjudicar al desarrollo normal del sector de la vivienda¹¹⁶³.

No es posible cumplir inmediatamente los deberes que supone la aceptación de una obligación de tal escala, por lo tanto hay que elaborar un programa de realización del plan estatal sobre la vivienda. Sin embargo, el derecho a la vivienda no es un objetivo abstracto que ha de ser alcanzado en la perspectiva lejana sino la necesidad de cada persona ya hoy mismo, por lo tanto el Estado

¹¹⁵⁹ Vid. STC 152/1988, de 20 de julio de 1988, BOE núm. 203, de 24 de agosto de 1988, ECLI:ES:TC:1988:152; consultado en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es> el 23.01.18; ALGUACIL DENCHE, A. y otros, *La vivienda en España...* op. cit., p. 379.

¹¹⁶⁰ NASARRE AZNAR, S., "Cuestionando algunos mitos..." op. cit., p. 45; consultado en <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/54983> el 23.01.18.

¹¹⁶¹ *Folleto informativo (sobre derechos humanos) Nº 21...* op. cit., pp. 6-9, consultado en <http://www.ohchr.org>, el 25.10.17. Esto debe entenderse en tal sentido que por sí mismo el Estado no actúa como el proveedor de las viviendas sino que fomenta y apoya (mediante, p. e., las bonificaciones fiscales, garantía de las condiciones ventajosas para la construcción, restauración de viviendas, etc.) a los promotores que tienen por objetivo la producción y mejoramiento de viviendas; Vid. también PONCE SOLÉ, J., "L'efectivitat del dret a l'habitatge...", op. cit., pp. 138-140.

¹¹⁶² ONU-Habitat, *23 Sesión del Consejo de Administración: Evento paralelo, Vivienda para el Futuro: una nueva Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el 2025*, consultado en http://mirror.unhabitat.org/downloads/docs/GHS2025_Flyer%20GC_Spanish.pdf el 25.20.17. Las Naciones Unidas crearon tales programas ("*Estrategias Mundiales de Vivienda*") para los períodos de 1988 hasta 2000 y de 2000 hasta 2025. El primer plan ayudó a desarrollar las políticas nacionales de vivienda y asegurar la asistencia técnica necesaria para su realización, mejorar las condiciones y el estado de las viviendas en más de 100 países. Durante el primer período de la *Estrategia Mundial de Vivienda* (1988-2000), se produjeron los cambios importantes en las esferas políticas y económicas que repercutieron positivamente al medio ambiente y a la sociedad en general. La estrategia que se lleva a cabo en el momento presente (y cuyos resultados van a analizarse en el año 2025) refleja las nuevas oportunidades y propone las vías de resolución de los problemas que surgen en materia de vivienda en el siglo XXI.

¹¹⁶³ *Folleto informativo (sobre derechos humanos) Nº 21...* op. cit., p. 7, consultado en <http://www.ohchr.org>, el 30.10.17. Vid. también PISARELLO, G., *Vivienda para todos...* op. cit., p. 30.

debe hacer todo lo posible para proporcionar su realización en un plazo lo más breve posible, con los recursos que tiene en su disposición en este momento. Además, debe al menos cumplir las obligaciones básicas en materia de vivienda, tales como asegurar la igualdad y no discriminación en cuanto al acceso a la vivienda, encargarse de la elaboración de las leyes y planes especiales de acción, medidas contra los desalojos forzosos y dar las garantías de las tenencias seguras para cada persona, independientemente del tipo de tenencia¹¹⁶⁴.

Es importante entender que este derecho no puede manifestarse y cumplirse de modo idéntico en todos lugares y circunstancias, lo que se condiciona por los distintos niveles de desarrollo de los países y sus regiones, por la densidad de población, recursos económicos del Estado, etc¹¹⁶⁵. En el marco del desarrollo de los países surge el problema de los desalojos forzosos, puesto que a veces la modernización y expansión del territorio urbano supone los desplazamientos de los habitantes - para proporcionar a los organismos públicos el suelo necesario para construir la infraestructura de la ciudad creciente. Pero existen ciertos límites y condiciones que han de cumplirse para efectuar estos desplazamientos: en primer lugar, hay que consultar a las personas a las cuales pueda repercutir el cambio, identificar sus necesidades y posibles problemas; y en segundo lugar - encontrar las soluciones y opciones alternativas que reducirían el riesgo de molestias y perturbaciones de estas personas, donde puede incluirse un plan de indemnización o algunas bonificaciones¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁴ Folleto informativo (sobre derechos humanos) Nº 21... op. cit., pp. 7-8, consulado en <http://www.ohchr.org>, el 30.10.17; Vid. también ALGUACIL DENICHE, A. y otros, *La vivienda en España...* op. cit., pp. 360-361.

¹¹⁶⁵ Documento de las NU, E/CN.4/Sub.2/1993/15, *El derecho a una vivienda...* op. cit., párrafos 39-40, consultado en https://digitallibrary.un.org/record/169732/files/E_CN-4_Sub-2_1993_15-ES.pdf el 25.10.17.

¹¹⁶⁶ Folleto informativo (sobre derechos humanos) Nº 21... op. cit., pp. 7-8, consulado en <http://www.ohchr.org>, el 30.10.17; ALGUACIL DENICHE, A. y otros, *La vivienda en España...* op. cit., p. 360.

4. Conclusión

En efecto, el derecho a la vivienda debe entenderse como una prerrogativa que va más allá de la propiedad de la misma, lo que supone que todas las personas, indistintamente de la forma de la tenencia que sustente (propiedad, arrendamiento u otra), deben poder acceder a la vivienda digna y adecuada en las condiciones seguras que les permitan vivir en paz y tranquilidad. Esto es una meta que debe pretender no sólo el establecimiento de políticas públicas en materia de vivienda en cada Estado, sino su aplicación efectiva en la práctica, aun sea en la medida de los recursos de que disponga, pero ha de dar los resultados positivos y “funcionar” para mejorar la situación habitacional del país donde se apliquen.

Bibliografía

BRAMOVICH, V., COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

ALGUACIL DENICHE, A. y otros, *La vivienda en España en el siglo XXI, Diagnóstico del modelo residencial y propuestas para otra política de vivienda*, Cáritas, Fundación Foessa, Madrid, 2013.

ÑON ROIG, M., GARCÍA AÑON, J. (Coord.), *Lecciones de Derechos Sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Derecho a la vivienda: Artículo 31 de la Carta Social Europea”, en *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, pp. 959-968; consultado en Academia.edu el 18.04.18.

TOUSSI, J.-P., LAURENT, E., MAURICE J., “Ségrégation urbaine et intégration sociale”, *La documentation française, Conseil d'analyse économique*, Paris, 2004, consultado en <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000057/0000.pdf> el 29.01.18.

FOX, L., “The Meaning of Home: A Chimerical Concept or a Legal Challenge?”, en *Journal of Law and Society*, V. 29, N4, December 2002, pp. 580-610.

LEDHILL, J. (Social Anthropology, School of Social Sciences, The University of Manchester), “El derecho a una vivienda (The right to a home)”, en *Revista de Antropología Social*, Vol. 19, 2010, pp. 103-129; traducción: JIMÉNEZ ESQUINAS, G.; revisión: FRANZÉ, A.; consultado en <http://apea.blogspot.com.es/2011/07/articulo-el-derecho-una-vivienda-right.html> el 19.01.18.

GONZÁLES ORDOVÁS, M. J., *El derecho a la vivienda en el contexto de los derechos sociales*, Universidad de Zaragoza, consultado en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/feb11/derecho-vivienda.pdf> el 26.10.17.

HARRIS, D. J., DARCY, J., *The European Social Charter*, 2nd edition, Transnational Publishers, New York, 2001.

KENNA, P., *Los derechos a la vivienda y los derechos humanos*, traducción del inglés: PUJADAS, B., (Título original: *Housing rights, human rights*), Associació ProHabitatge, Terrassa (Vallès Occidental), 2006.

LEAL MALDONADO, J. (Coord.) y otros, *La política de vivienda en España*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2010.

EFEBVRE, H., *El derecho a la ciudad*, Ed. Península, Barcelona, 1969.

LEÓN BASTOS, C., *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos, Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Editorial Reus, S. A., Madrid, 2010.

ASARRE AZNAR, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ASARRE AZNAR, S. y FERRÁNDIZ, C. “Métodos alternativos de acceso a la vivienda en derecho privado”, *Iuris*, núm. 158, marzo 2011, pp. 36-42, 80-82, 2011.

ASARRE AZNAR, S., “Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol 35, N 1, 2017; pp. 43-69; consultado en <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/54983> el 22.01.18.

ISARELLO, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria Editorial, Barcelona, 2003.

ONCE SOLÉ, J., "El derecho a la ciudad: elementos para superar la gestión neoliberal del espacio", ponencia presentada en el 4to Curso de derechos sociales de l'Observatori DESC el 13.05.2009; consultado en http://observatoridesc.org/sites/default/files/dchociudad_JuliPonce_Curso_sp.pdf el 29.01.18.

ONCE SOLÉ, J., "L'efectivitat del dret a l'habitatge a Catalunya i el paper del dret urbanístic: esperances en ple drama?", en *Revista catalana de dret públic*, N 46, 2013, pp. 135-159.

AMUEL, L., *Fundamental social rights - case law of the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2002.

EJEDOR BIELSA, J., *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*, La Ley, Madrid, 2012.

UNCETA, A., GARRIDO, P. y otros, *De la vivienda a la ciudad: Percepciones, retos y oportunidades*, ASCIDE, Asociación para el Conocimiento, la Innovación y el Desarrollo, Zarautz (Guipúzcoa), 2012.

Jurisprudencia

Case of Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria, (Application no. 46577/15), Judgement of 21 April 2016, final judgement 21/07/2016, consultado en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Ivanova%20and%20Cherkezov%20v.%20Bulgaria,%20no.%2046577/15,%2021%20April%202016."\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-162117"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) el 15.06.18.

Affaire Tchokontio Happi c. France, requête 65829/12, STEDH de 9 de abril de 2015; consultado en <https://hudoc.echr.coe.int/eng> el 23.01.18.

Kay and Others v. the United Kingdom, Application no. 37341/06, judgement of 21 September 2010 (final judgement of 21/12/2010; consultado en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)) el 15.06.18.

Paulić v. Croatia, Application no. 3572/06, judgement of 22 October 2009 (final judgement of 01/03/2010); consultado en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)) el 15.06.18.

Case of McCann v. the United Kingdom, Application no. 19009/04, judgement of 13 May 2008 (final judgement of 13/08/2008), consultado en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)) el 15.06.18.

Case of Connors v. The United Kingdom, Application no. 66746/01, Judgement of 27 May 2004, final judgement 27/08/2004, consultado en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Connors%20v.%20the%20United%20Kingdom%2027%20May%202004"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-61795"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)) el 08.06.18

Case of Chapman v. The United Kingdom, Application no. 27238/95, Judgement of 18 January 2001, consultado en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20CHAPMAN"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-59154"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)) el 14.06.18.

Case of Mellacher and others v. Austria, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Judgement of 19 December 1989; consultado en

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-57616\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) el 15.06.18.

European Roma Rights Center (ERRC) v. Bulgaria, Complaint No. 31/2005, Decision on the merits of 18 October 2006, §35; consultado en https://www.coe.int/t/democracy/migration/Source/migration/Complains/CC51Merits_en.pdf el 18.04.18.

STSJ de Madrid, 06/01/2013; 3337/2013, N de recurso 826/2011, N de resolución 173/2013; ECLI: ES:TSJM:2013:3337; consultado en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> el 23.01.18.

STC 11/1981, de 8 de abril, BOE núm. 99, of 25 April 1981, ECLI:ES:TC:1981:11; consultado en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en-US/Resolucion/List> el 18.01.18.

Fundamento y naturaleza de los instrumentos de participación ciudadana mediante las TICs

Amir Al Hasani Maturano

Doctorando en Derecho en la Universidad Islas Baleares (UIB)

1. Introducción

Atendiendo al contexto, y este no es otro que la indignación ciudadana de determinados sectores de la sociedad, debido a la *crisis* económica-política en las democracias occidentales¹¹⁶⁷, y conllevando una cierta desconfianza a las instituciones y los representantes políticos. Pues, en este entorno, no era de extrañar la irrupción de movimientos y partidos populistas. Aquí, en este punto de crispación, volvemos a replantear el concepto liberal de participación política, en consonancia a la democracia representativa¹¹⁶⁸.

Entre las corrientes *ciberooptimistas*, consideran a la participación en el espacio digital un valor añadido democrático de solidaridad social y de organización política, argumentando que los factores de inmediatez, velocidad e interactividad hacen propicia la participación ciudadana. Para esta corriente sería un espacio de interacción social y significativa donde las ideas y valores se forman y se combaten. En contraposición, existen otras corrientes que directamente la rechazan o sugieren que, a pesar de gran información, la acción política es limitada; ya que la comunicación va inmersa en poder de vigilancia.

¹¹⁶⁷ “Así pues, crisis del capitalismo pero también crisis de los sistemas democráticos, junto a una nueva oleada de protestas, espionajes y redes sociales. Todos estos factores compondrían un rompecabezas lo suficientemente complejo como para hacer casi imposible la elaboración de un diagnóstico que fuera susceptible de ofrecer una alternativa adecuada”. En MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, M.: <<Democracia y redes sociales: el ejemplo de twitter>>, en *Revista de Estudios Políticos*, núm.168, Madrid, abril.2015, p.178.

¹¹⁶⁸ “la superación del soporte estrictamente burgués de la representación, hubiera sido consecuentemente lógico esperar que los cambios producidos en ésta se orientasen en el sentido de una paralela revisión de los presupuestos implicados en la originaria formulación burguesa de dicho concepto”. En GARRORENA MORALES, A.: “*Representación política y Constitución democrática*”, ed.Civitas, Madrid.1991, p.61.

Si nos detenemos a hablar sobre la participación política, a día de hoy, el sistema parlamentario de representación constituye el medio para la expresión de la voluntad popular, posibilitando legitimar a los gobernantes para aunar una mayoría de gobierno. Por consiguiente, el fenómeno de la representación concibe un proceso de relación entre representados y representantes. El sistema representativo como democrático, se rige por normas, instituciones y procedimientos que permiten cumplir las funciones de representación política, configurándose sistemas políticos que aseguran la participación y presencia de los gobernados en el ejercicio del poder político. Bajo las premisas de la igualdad política, de que todo ciudadano haga su propuesta y participe en todos los asuntos, tenemos presente que una democracia directa solo podría funcionar a muy pequeña escala, y sin negar su dificultad práctica. El derecho al sufragio, ha permitido que prepondere la democracia representativa, permitiendo hacer que la democracia sea posible en electorados amplios. Así la democracia representativa, conocida como democracia indirecta, sería aquella en la que el pueblo elige representantes que lo gobiernan, incluyendo al mismo tiempo elementos participativos. En lo que respecta a la idea de democracia participativa, bascula entre la representativa y la directa, intentando que la participación no se reduzca a la mera emisión del voto, pese a las importantes consecuencias que tiene en la democracia representativa. Entre los instrumentos de democracia directa o semidirecta, como el referéndum o la iniciativa legislativa, entre otros, su alcance es limitado por determinadas cautelas que consideró el poder constituyente.

2. La participación política según nuestra Constitución

Arrancando necesariamente de la afirmación inserta en el art.1.2 CE de que *“la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes públicos”* en coherencia con el Preámbulo de la CE según el cual el imperio de la ley es *“expresión de la voluntad popular”*, argumenta Alzaga Villamil que la ciudadanía precisa que *“se concrete el principio democrático...en una concepción de los poderes*

*públicos en cuya voluntad participen, o pueden participar, bien personalmente o bien a través de representantes, todos los ciudadanos*¹¹⁶⁹.

La proclamación como derecho fundamental de la participación política se regula en el art.23.1 CE: *“Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegido en elecciones periódicas por sufragio universal”*. Este artículo recalca la participación en asuntos públicos, no invocando o consagrando asuntos empresariales o privados, además aparece conectado con el art.9.2 CE que consagra con cierta generalidad *“facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. De este modo, da un paso más allá, al establecerse un mandato a los poderes públicos con la fórmula referida¹¹⁷⁰.

Así, la participación representativa a que se refiere tal artículo es la que se realiza al elegir a los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo español (art.66 CE) y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en los representantes de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente de acuerdo con el art.137 CE. Reduciéndose así *“a las manifestaciones políticas de extensión y definición territorial; y en lo que se refiere a la participación directa... a los referéndums previstos en el art.92 de la CE, y, posiblemente, a las instituciones abiertas a la generalidad de los ciudadanos, como la iniciativa popular contemplada en el art.87.3 de la CE”*¹¹⁷¹.

En principio, la regulación constitucional parece huir, según su contenido, del dilema de participación-representación, al consagrar el derecho a participar directamente en asuntos públicos como el derecho a participar a través de representantes electos. El concepto de participación prioritario según nuestra Carta Magna, es el art.23.1, su propia ubicación indica que es un derecho vinculante a todos los poderes públicos en virtud del art.53.1CE y sometido a la reserva de Ley Orgánica a la luz del art.81 CE, y aún más, protegido por la

¹¹⁶⁹ ALZAGA VILLAMIL, O.: *“Derecho Político Español. Según la Constitución de 1978.Vol.II”*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.2012, p.143.

¹¹⁷⁰ Véase STC 208/89, de 14 de diciembre (BOE núm.10, de 11 de enero de 1990).

¹¹⁷¹ LÓPEZ GUERRA, L en LÓPEZ GUERRA, L; ESPÍN, E; GARCÍA MORILLO, PÉREZ TREMP, P y SATRÚSTEGUI, M.: *“Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.2010, p.295.

cláusula del art.53.2 a la previsión de su protección mediante un proceso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el TC. Por lo que se trataría de un derecho no sólo de mandato al legislador sino exigible ante los Tribunales.

La participación en la democracia directa se refiere a la adopción inmediata de decisiones por los ciudadanos; mientras que el derecho a participar por medio de representantes, es indirecta, aunque no se agota por la designación, pues comprende también que desempeñen sus funciones y defender el derecho mismo de los ciudadanos a participar¹¹⁷². Por tanto, el principio democrático ha de tener su plasmación principal en la democracia representativa, introduciéndose mecanismos de participación directa como *“correctivos necesarios frente a las carencias de aquélla y la oligarquización de los partidos”*¹¹⁷³.

Esta plasmación de dispositivos de democracia directa, comienza en la Europa del período de entre guerras, resultando que entre las Constituciones occidentales, se incluye en la actual CE de 1978 -aunque fue cauta frente a la figura referéndum ¹¹⁷⁴ - como instrumentos de participación directa de la ciudadanía en los asuntos públicos, las siguientes modalidades: el referéndum consultivo del art.92 CE para decisiones política de especial trascendencia; los referendos autonómicos del art.151 CE para ratificar la iniciativa autonómica, como para ratificar proyecto de estatuto de autonomía, y ratificar un proyecto de reforma del estatuto; el referéndum de reforma parcial de la Constitución consultivo y el referéndum preceptivo para reforma total, o parcial que afecte al Título preliminar del Capítulo segundo, Sección primera del Título I o Título II; la iniciativa popular para presentación de proposiciones de ley que no versen en determinadas materias; y por último, el régimen de concejo abierto en el ámbito municipal previsto en el art.140 CE.

¹¹⁷² LÓPEZ GUERRA, L en LÓPEZ GUERRA, L; ESPÍN, E; GARCÍA MORILLO, PÉREZ TREMP, P y SATRÚSTEGUI, M.: *“Derecho Constitucional...”*, cit., p.297.

¹¹⁷³ ALZAGA VILLAMIL, O.: *“Derecho Político Español...”*, cit., p.145.

¹¹⁷⁴ “lo que es eco de la preocupaciones...que en última instancia no eran sino la duda que albergaban-en las tempranas fechas constituyentes-los propios partidos políticos sobre la solidez de su aún tierna entidad”. En *Ibíd.*, p.146.

En el ámbito autonómico, si bien la CE no prevé nada específico, la mayoría de Estatutos de Autonomía han asumido la competencia de desarrollo legislativo y ejecutivo en materia de consultas populares (art.149.1.32º CE, atribuyéndose al Estado la competencia para autorizar la convocatoria de este tipo de consultas, mediante LO).

A pesar de la cautela a la introducción de figuras directas de participación en la Constitución, al recapitular lo que enuncia en su art.23.1, donde concibe a la democracia primordialmente como representativa concibiéndose a través de elecciones periódicas y mediante sufragio universal; las novedosas aportaciones doctrinales apuntan a una concepción de democracia gobernante frente a democracia gobernada; una marcha hacia mecanismos de democracia semidirecta que apuntan a instrumentos participativos.

En resumen, nuestra Constitución concibe el derecho a participar de la ciudadanía, reflejado principalmente a través del derecho de sufragio, como un auténtico derecho fundamental con las máximas garantías constitucionales. Lo que en términos generales, podemos apreciar que la práctica de actividad legislativa diaria esta monopolizada por los partidos políticos, siendo imprescindibles en la democracia de nuestros días, pese a que surgen muchas iniciativas para que sean transformada la funcionalidad de los partidos¹¹⁷⁵, máxime cuando sólo ha dedicado un artículo la CE de 1978 para romper con tan *sonoro* silencio para determinar la naturaleza y esencia de los partidos políticos, con el desgarnecido art.6 CE que permite anotar algunas características¹¹⁷⁶, que no entraremos por falta de espacio a valorar.

Pues bien, el sistema parlamentario de representación constituye un medio para la expresión de la voluntad popular, además legitima a los gobernantes permitiendo una mayoría para gobernar. La praxis política en la mayoría de los países, muestran como los partidos políticos desempeñan el papel principal a lo largo de todo el proceso electoral, sobreponiéndose a los representantes, inclusive en la organización y desempeño de las funciones parlamentarias -

¹¹⁷⁵ Piénsese en las instrucciones y potestad disciplinaria de los partidos.

¹¹⁷⁶ ALZAGA VILLAMIL, O.: "*Derecho Político Español...*", cit., p.154.

piénsese en la disciplina de voto-. Por lo que la democracia representativa liberal de los inicios, ha sufrido un devenir histórico que ha afectado a la representación política, especialmente, vuelvo a incidir, en el papel de los partidos políticos como actores principales¹¹⁷⁷. Produciéndose una alteración entre los poderes legislativo y ejecutivo y distanciando a los representantes de sus representados. La dinámica política ha experimentado tales cambios, que no puede entenderse la preeminencia de la institución parlamentaria, no quiero predicar con ello que el Parlamento carezca de relevancia, pero sí que ha sufrido alteraciones tradicionalmente asignadas. Entre ellas: la creciente intervención del gobierno en la actividad legislativa; la pertenencia a unidades supranacionales y la aparición de nuevas instancias de representación de los intereses de los ciudadanos.

3. La democracia participativa

Aunque autores consideran la democracia participativa como sucedánea a la democracia representativa, a mi parecer, la democracia participativa consiste en una serie de instrumentos o mecanismos jurídicos (referendos, iniciativas populares...), que permiten mediante su inserción en la actual democracia representativa del sistema jurídico-político, complementarla. Así entre otros, Ramírez Nárdiz considera que a través de su introducción en el marco de democracia representativa, procura ampliar la participación ciudadana¹¹⁷⁸. En suma, la democracia participativa es la conexión de ideas participativas mediante unos instrumentos reglados, insertos en la democracia representativa; o dicho de otro modo, es una modalidad que actualiza la democracia representativa para acercarla más a la ciudadanía.

¹¹⁷⁷ “El mandato representativo se transforma en un mandato que liga a los electores con un partido y un mandato que vincula al diputado con el partido al que pertenece”. En DELGADO SOTILLOS, I.: <<Democracia y parlamentarismo>>, en DELGADO SOTILLOS, I y LÓPEZ NIETO, L.: “*Actores y comportamiento político*”, ed. UNED, Madrid.2011, p.33.

¹¹⁷⁸ “con el objetivo y la voluntad de complementarla haciéndola más participativa al ampliar la participación popular en el gobierno de la comunidad, con el deseo no sólo de acercar el gobierno a los ciudadanos y profundizar en el derechos de los mismos a la participación política, sino también con la voluntad de controlar mejor a los gobernantes, de someterlos, mediante dichos instrumentos de participación popular, a una mayor transparencia y a un control más severo por parte de los ciudadanos”. En RAMÍREZ NÁRDIZ, A.: “*Democracia Participativa: La democracia participativa como profundización en la democracia*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.2010, p.203.

Como bien conocemos, es un fenómeno actual y relevante, la democracia participativa no es un concepto inequívoco ni de definición tan sencilla¹¹⁷⁹, como se procura presentar en este texto. Pues no es difícil encontrarse con términos que hacen referencia a realidades similares. Entiéndase el término de democracia semidirecta o participación ciudadana. En el caso de la democracia semidirecta, atendiendo al contexto histórico estaría limitando nuevos instrumentos participativos -una menor intervención participativa- que si englobarían la democracia participativa, si bien es cierto que en ambos casos, complementan la democracia representativa con una serie de mecanismos. En cambio, en el caso de participación ciudadana, con un mayor ámbito de actuación participativa, no sólo refiere a que el ciudadano tome partido en los asuntos públicos; la democracia participativa implica toma de decisiones¹¹⁸⁰, en cambio, la participación ciudadana puede corresponder a mera información entre representantes y representados.

El concepto de participación ciudadana englobaría el de democracia participativa, dado que reúne actuaciones públicas de la ciudadanía, pero, como hemos expresado, la democracia participativa no incluye la mera información o consenso informal, sino que supone que el ciudadano tome *cartas* en los asuntos públicos, resultando ser el ciudadano un actor que interviene en decisiones y permite fiscalizar a su representado; por ende, sería una calificación más exigente¹¹⁸¹.

Al hablar de democracia participativa no nos referimos explícitamente al término de democracia directa, puesto que es algo utópico o que se producía en la Grecia Clásica, pero difícilmente aplicable actualmente.

Los pilares de la sociedad actual junto a la formulación de derechos fundamentales son desarrollados en una democracia representativa, con esto no

¹¹⁷⁹ RAMÍREZ NÁRDIZ, A.: "*Democracia Participativa...*", cit., p.204.

¹¹⁸⁰ "Democracia participativa implica toma de decisiones-vinculante o no- por el ciudadano, participación ciudadana sólo conlleva la intervención del ciudadano en algún momento del proceso político que no tiene por qué ser decisorio". En *Ibíd.*, p.205.

¹¹⁸¹ "Todo lo que es democracia participativa es participación ciudadana. Pero no todo lo que es participación ciudadana es democracia participativa. La participación ciudadana es un ámbito mucho más amplio que el que ocupa la democracia participativa". En *Ibíd.*, p.211.

estoy afirmando, que aquí finalizaría este razonamiento, puesto que la democracia participativa como complemento sí que en ciertos casos puede resultar beneficiosa para mejorar la democracia representativa. Y dónde se produciría esta mejora, pues parecería lógico que en el control de las decisiones políticas y en una mayor toma de decisiones públicas- semi-directas- de los ciudadanos. Con ello, apostar por una democracia participativa, realiza cambios en el sistema pero no instaura un régimen nuevo¹¹⁸².

En referencia al desarrollo futuro de la democracia futura, no somos videntes, pero con probabilidad apunta a una práctica mayor en el ámbito local más que nacional¹¹⁸³. Tal como hemos ido desarrollando, sería una democracia complementaria de la democracia representativa, con la finalidad de profundizar en la participación más directa de la ciudadanía en los asuntos públicos, o con un mayor consenso que ahonde en una mayor legitimidad democrática, junto a un mayor control de los representantes políticos, debido principalmente a algunos *diques* que la participación política a día de hoy, no permite desenvolver.

¿Qué papel juega las Tics en relación con la democracia participativa?

Como primera reflexión afirmaría que instrumental, aunque importante, puesto que las que activen o desactiven los procedimientos insertas en ellas son las personas, es decir, nunca serán un fin en sí mismo sino un mecanismo para favorecer el progreso de la democracia participativa y por extensión de la democracia representativa, con sus ventajas y desventajas.

Para concluir este apartado, reitero que probablemente no podría entenderse la democracia participativa sin la democracia representativa¹¹⁸⁴, es la evolución o resultado de la misma.

¹¹⁸² “La democracia participativa no es una revolución, sólo es una moderada reforma”. En *Ibíd.*, p.209.

¹¹⁸³ *Ibíd.*, p.206.

¹¹⁸⁴ *Ibíd.*, p.219.

4. Ciberdemocracia y su repercusión en la participación

La noción de *ciberdemocracia*¹¹⁸⁵ requiere naturalmente un esfuerzo doctrinal de descripción, análisis de su alcance y efectos que ejerce sobre la ciudadanía. Con una especial atención en lo que concierne al ámbito de incidencia, de la garantía y protección de determinados derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la participación (art.23 CE).

Una vez anticipado algunos aspectos de la democracia participativa, observamos como en el momento presente, se inscriben nuevos movimientos sociales en el espacio público que han hallado un cauce expresivo, a través de las Nuevas Tecnologías (NT) y las Tecnologías de la Información y Comunicación (Tics). El protagonismo se presenta indudable, especialmente en lo que recae a las *nuevas generaciones*.

El peso en que incurre esta *ciberciudadanía, teledemocracia o ciberdemocracia* requiere una tarea dogmática, de definición y análisis, con el objetivo claro de ir homologado a valores y al respeto democrático en su ejercicio. Ya que esta nueva forma de participación e información reporta nuevos riesgos para el ejercicio y tutela de derechos y libertades¹¹⁸⁶, no obstante, también hay que indicar ventajas. Tales como: la participación más directa en la esfera pública y la información rápida pero no siempre contrastada.

Sin entrar a indagar, lo que conllevaría un texto extenso, consideraré a la *ciberdemocracia* - a modo de acepción amplia- como la proyección de las Nuevas Tecnologías a los procesos de participación política en las sociedades democráticas. Entre sus propiedades contiene: aplicaciones tecnológicas; participación política de los ciudadanos y un contexto de aplicación constituido por un Estado de Derecho.

¹¹⁸⁵ Vid. LEVY, P.: "*Ciberdemocracia. Ensayo sobre filosofía política*", ed.UOC, Barcelona.2004.

SARTORI, G.: "*Homo videns. La sociedad teledirigida*", ed.Debolsillo, Barcelona.2018.

¹¹⁸⁶"La libertad informática, la facultad de autodeterminación en la esfera informativa y la protección de datos personales, serian un ejemplo de nuevos derechos tendentes a responder al reto tecnológico". En PÉREZ LUÑO, A.E.: <<Valores democráticos y redes sociales>>, en PÉREZ LUÑO, A.E; DE CARRERAS, F; LIMBERGER.T y GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, R.: "*Construcción Europea y Teledemocracia*", ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.2013, p.120.

Determinados autores mencionan ciertos aspectos negativos en su incidencia y la existencia de un riesgo a los sistemas democráticos¹¹⁸⁷: como la deconstrucción entre espacio público y privado; la idea de seguridad o limitación de la libertad; y la transformación del concepto de representación. Sin embargo, la importancia de este espacio de interacción social -en las Tics-, radica en que las ideas y valores se forman, se transmiten, se respaldan y se combaten; conllevando a que existan posibilidades de acción/reacción que promuevan un proceso de cambio social, político e institucional¹¹⁸⁸. Ahora bien, *no todo lo que brilla es oro*, puesto que estas formas de acción, en numerosas situaciones, sacrifican nuestro derecho a la intimidad o privacidad; o lesionan derechos de otros ciudadanos o a la sociedad en su conjunto. Igualmente, también puede beneficiar a aquellos que controlan el uso de las Tics, en detrimento de aquellos que no tienen un manejo eficiente¹¹⁸⁹.

En este espacio interactivo, resurge también la idea de democracia fundamentada en la legitimación de decisiones colectivas (deliberativa y participativa) como un contrapeso real a las dimensiones representativas. Igual que precedía con la democracia participativa, diversas aportaciones positivas podrían extraerse del modelo deliberativo, entre ellas, el desafío a una democracia representativa, que entendía y parece entender como esencial la competición electoral y la circulación de élites¹¹⁹⁰. Presuponer que las decisiones alcanzadas en una democracia requieran debates plurales, no aparenta ser algo pernicioso. Aunque anticipamos sobre la deliberación, su problemática real de aplicabilidad y maleabilidad.

En contraposición a los autores que consideran necesaria una mutación de determinados aspectos de la democracia por la aparición de las NT; otros

¹¹⁸⁷ MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, M.: <<Democracia y redes sociales...>>, cit., p.178.

¹¹⁸⁸ *Ibíd.*, p.180.

¹¹⁸⁹ OEHLING DE LOS REYES, A.J.: <<Comisión no Permanente de Estudio para el estudio de la Propuesta de Ley de Gobierno Abierto de Extremadura (134)>>, 3 de octubre de 2012. <http://www.asamblealex.es/comision-1851>.

¹¹⁹⁰ "La democracia deliberativa combatió, pues, dos frentes; el frente shumpeteriano que reducía la democracia a élites, y el frente rousseauiano, que reducía la democracia a participación directa de las masas". En MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, M.: <<Democracia y redes sociales...>>, cit., p.185.

autores, entre ellos, Ruiz Miguel¹¹⁹¹, apuestan por una tesis “realista”, al considerar que la aparición de las Tics no requiere el abandono de teorías clásicas conceptuales de la democracia, al no producir un espacio nuevo, sino que más bien influyen en las democracias clásicas, es decir, el análisis incidiría en la noción de democracia. Pese a ello, el propio autor expone algunas ventajas de las Tics¹¹⁹²: pluralismo participativo, potenciación de la memoria, suministro de información especializada.

Podría resultar útil para posteriores estudios, la hipótesis de que la participación mediante las Tics: sí que transforman las teorías clásicas procedimentales de la democracia (elecciones libres y periódicas) por unas teorías liberales-parlamentarias de la democracia que requieren deliberación pública con argumentos y contrargumentos¹¹⁹³; entendiendo que la “veracidad de cada ciudadano o del conjunto” se genera a partir de la libre competencia de varias opiniones. Ya que con la entrada en juego de una hipotética participación política en las NT -sin deliberar- permitiría que no finalizara esa participación con el derecho al voto; permitiendo el derecho a expresar ideas y opiniones (libertad de expresión), además de recibir y emitir información (libertad de información).

Ahí posiblemente, que la principal misión a alcanzar por las democracias sea garantizar un espacio público con pluralidad de opiniones respetadas. Y aquí entra a valorarse, el papel que están jugando las Tics - la digitalización del espacio público-, en todo este proceso comunicativo en la toma de decisiones. La solución puede ir precedida de la siguiente cuestión: *¿Cómo conciliar un modelo deliberativo o participativo de democracia con la democracia representativa?*

Con literalidad el artículo 23 de nuestra Carta Magna, recoge expresamente el derecho a participar en los asuntos públicos “directamente o por medio de representantes”, por consiguiente, no sólo expresa la idea del sufragio universal mediante el derecho de voto (relacionados con los arts. 68 y 69 Constitución

¹¹⁹¹ RUIZ MIGUEL, C.: <<La libertad política en la democracia electrónicamente influida>>, en COTINO HUESO, L(COORD.): “Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp.41-43.

¹¹⁹² RUIZ MIGUEL, C.: <<La libertad política en la democracia...>>, cit., pp.48-53.

¹¹⁹³ Vid. DAHL, R.A.: “La poliarquía: participación y oposición”, ed. Tecnos, Madrid.2009.

Española). Sino que se incluye otro tipo de participación en los asuntos públicos, la directa; vedando la exclusividad de la participación indirecta, a través de los representantes elegidos.

Sintetizando, la proclamación del derecho de participación del artículo 23 C.E se conecta de forma estrecha con la realizada en el artículo 1.1 C.E: *“se constituye en un Estado social y democrático de derecho”*. De ahí que la participación sea un derecho indispensable en un Estado democrático. También viene reforzado este derecho, en el artículo 1.2 C.E, al mencionar que *“la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del estado”*. Por eso la encomienda del artículo 9.2 C.E a los poderes públicos de *“remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*, parece aludir -pese a la expresión tan amplia utilizada- una participación de los ciudadanos en la elección de los representantes (participación indirecta) y una participación directa. Si bien, la participación directa que aparece reflejada en nuestra CE resulta limitada, así: la previsión del referéndum del artículo 92 C.E; el referéndum de reforma constitucional de los artículos 167.3 y 168.3 C.E; así como la más que modesta iniciativa legislativa popular del artículo 87.3 C.E.

Por consiguiente, en contraposición a mayores mecanismos de democracia directa; el sistema preferente en nuestro Ordenamiento Constitucional escogido es la representación política, denotando ser el eje fundamental de la estructura democrática del Estado y el verdadero mecanismo, a través del cual se legitima el funcionamiento de las principales instituciones, ya sean nacionales, autonómicas, provinciales o locales. Exigiendo que la elección de los representantes se realice mediante elecciones periódicas y sufragio universal (además de libre, igual, directo y secreto).

Alzando el valor de la democracia indirecta (representación política), asimismo me agrada señalar que no podría existir un régimen político definido como democrático que no reconozca el derecho a la participación a sus ciudadanos. Ahora bien, el hecho de que los ciudadanos participen en las decisiones públicas

o tengan posibilidad de hacerlo conlleva una carga de responsabilidad e información, que no ha de obviarse.

5. Instrumentos de participación mediante las Tics como regeneradores de la democracia

La percepción ciudadana de una clase política que actúa en defensa de sus propios intereses¹¹⁹⁴, en contra de la gestión colectiva, ha derivado en una continuada deslegitimación del modelo democrático¹¹⁹⁵. Este cuestionamiento al funcionamiento de las instituciones estaría centrado, por lo tanto, en el concepto de representación¹¹⁹⁶.

Al referirnos a una posible regulación jurídica de elementos de la *ciberdemocracia* como factor de regeneración democrática, Garrorena Morales¹¹⁹⁷ expresa apropiadamente: que el Derecho no es, ni puede ser la panacea para solucionar todos los problemas que la actual quiebra de la democracia tiene planteados y aunque interviniera, su éxito o fracaso sigue dependiendo de varios factores.

Lograr una mayor participación asamblearia y reglada electrónicamente (ciberdemocracia real), es sumamente difícil- por no decir improbable-tanto en su utilización como en la complejidad de las cuestiones a decidir; y peor aún, la manipulación que puede suponer. Junto al problema de posibles exigencias de responsabilidades al carecer de estructuras claras. Sopeso la opinión, entre otros por Presno Linera¹¹⁹⁸, que la articulación al servicio de la confirmación ciudadana de la voluntad política, de las instituciones representativas con las participativas,

¹¹⁹⁴ La relación representativa se reduce al acto electoral y se agota en él. En GARRORENA MORALES, A.: *“Representación política...”*, cit., p.61.

¹¹⁹⁵ “la sociedad ha pasado a observar, con una sensibilidad mucho más viva, que el sistema electoral produce distorsiones y que el Parlamento-sus diputados- se pierden en la estéril tarea de desautorizarse mutuamente en vez de ocuparse de solucionar los problemas que son de todos”. En GARRORENA MORALES, A.: <<Democracia, participación y representación. La crisis actual de la democracia representativa. ¿Qué hacer? >>, en CASCAJO CASTRO, J.L y MARTÍN DE LA VEGA, A (Coord.): *“Participación, representación y democracia, XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España”*, ed.Tirant lo Blanch, Valencia.2016.

¹¹⁹⁶ “el Estado representativo de nuestro tiempo ha pasado a quedar conformado como un auténtico Estado de partidos”. En GARRORENA MORALES, A.: *“Representación política...”*, cit., p.71.

¹¹⁹⁷ GARRORENA MORALES, A.: <<Democracia, participación y representación...>>, cit.,

¹¹⁹⁸ PRESNO LINERA, M.A.: <<La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control>>, En CASCAJO CASTRO, J.L y MARTÍN DE LA VEGA, A (Coord.): *“Participación, representación y democracia, XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España”*, ed.Tirant lo Blanch, Valencia.2016.

es en realidad lo deseable. De manera que la democracia comporta, por desarrollo de su definición, una participación de los ciudadanos en el gobierno de los asuntos públicos; siendo incongruente limitar esa intervención política de la ciudadanía. Visto que los debates constitucionales del 1978, configuraron las tesis del *riesgo* y redujeron al mínimo el papel de la democracia directa; en nuestros días sólo caben regulaciones acordes a la interpretación constitucional, para introducir mecanismos participativos o procesos deliberativos, sin ser la panacea a una solución a la *crisis* representativa.

Una posible medida –de reforma- en cuanto que el principal promotor legislativo es el Gobierno; como medida de control ciudadano pudiera tenerse a contemplar una hipotética reforma (art.92 CE); introduciendo el referéndum abrogativo o derogatorio (delimitando materias y el número de electores necesarios para su solicitud). Igualmente potenciar formas de control ordinario del Gobierno mediante preguntas parlamentarias de iniciativa ciudadana (sin tener que ser asumidas por los diputados o senadores).

Sin entrar en dispares argumentos; desde mi punto de vista, la crisis de democracia representativa actual se inicia en los partidos políticos (*partitocracia*), desplazando lógicamente a los sujetos “presuntamente” principales de la vida política, es decir, los ciudadanos en comunidad. Debido al monopolio de la actividad parlamentaria convertida en el deseo del partido o de sus líderes¹¹⁹⁹. Quede dicho, que no se trata de un ataque contra los partidos políticos, únicamente es ánimo de mejorar el aspecto deliberativo de las democracias representativas¹²⁰⁰. Sería avanzar un paso más a las democracias liberales, reducidas al juego de intereses individuales, por una mayor deliberación, de ahí,

¹¹⁹⁹“No es escasa la sensación ciudadana de sentir que la voz y la opinión de cada uno valen poco, que tan sólo se puede decidir algo cada cuatro años, que grupos distintos a los partidos tienen enormes dificultades a la hora de introducir nuevos asuntos en lo que comúnmente se denomina la agenda política...”. En CEBRIÁN ZAZURCA, E.: <<Participación política, deliberación y nuevas tecnologías>>, en *Jornadas ¿Exige la sociedad-red una nueva democracia?*, 2008, Cortes de Aragón.

¹²⁰⁰“La introducción de fuertes mecanismos deliberativos entre los ciudadanos y el establecimiento de un sistema de comunicación eficiente entre estos y las instituciones-primordialmente, la institución parlamentaria- mejoraría sensiblemente los déficits democráticos...”. En CEBRIÁN ZAZURCA, E.: <<Participación política...>>, cit.,

que acabe reclamando un mayor avance de la participación política en nuestra sociedad, facilitada por procesos deliberativos de las Tics.

Entre posibles impactos hacia la participación política actual y que podrían revolucionar las estrategias tendentes a la captación del sufragio democrático, sería la velocidad y proximidad de las NT, al permitir procesar las reacciones ciudadanas respecto a programas o propuestas elaboradas por los partidos. Por lo tanto, la opinión pública podría dinamizar y flexibilizar los cauces de representación política. En un paradigma práctico de la incidencia de las NT en los procesos de participación política: en un término inicial, los partidos políticos presentarían un programa o una propuesta; una vez divulgados por medio de las distintas aplicaciones tecnológicas; se trasladaría al término final de la opinión pública; pero no finalizaría aquí el proceso, puesto que las reacciones y respuestas se transmitirían (*feed-back* o retroalimentación) a los partidos políticos con el fin de reciclar sus programas en consonancia a lo recibido. Además, no es exclusivo a procesos electorales, sino que podría ir un paso más allá, con otros instrumentos de participación ciudadana, como ya se realizan -piénsese en los presupuestos participativos-. Mediante estos instrumentos, la relación de la Administración con los administrados deriva en una mayor participación ciudadana, transparencia y el derecho al acceso a la información pública, valiéndose eficazmente de las Tics y enriqueciendo la gestión administrativa. Por ende, las NT significan mucho más que una simple utilización de herramientas electrónicas por parte de la Administración; requiere que los gestores públicos sean más cercanos, aumenten la participación y la fiscalización. No debe circunscribirse al mero ámbito de los procedimientos, sino que debe ser una Administración eficiente y eficaz que permita ofrecer al ciudadano un servicio mejor.

En resumen, se proyecta en un amplio abanico de relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos. Aunque reitero que las NT, ya sea internet o redes sociales no es un espacio neutro, los problemas son numerosos (hackers, pedofilia, odio, violación de datos personales...). Los derechos fundamentales no pueden verse afectados o perder efectividad por la mera transparencia de la Administración o la participación ciudadana.

Para que continúe la reflexión a los posibles lectores, también sugiero que los avances han de ser considerados siempre que sean adecuados al reto de los tiempos y a la sociedad democrática. Como bien indica, Pérez Luño¹²⁰¹: *“Todo avance cultural, social, político o tecnológico puede hallarse contrapuntado por determinados peligros; conocerlos es la mejor forma de evitarlos.”*

Con probabilidad, el desafío consiste que el nuevo espacio virtual que creamos, sirva para mejorar cualitativamente la democracia, manteniendo la libertad básica, pero con un escenario ordenado.

7. Conclusión

La participación digital amplía el empuje de la participación ciudadana-concepto amplio que incluye información y deliberación- en respuesta a una desafección por la democracia indirecta; desarrollando nueva envoltura a los procesos electorales. En contraposición a este empuje, los actores políticos o élites de poder, comienzan a interpretar algunos derechos como el de seguridad y revisan las políticas públicas, en base, a reflexiones no siempre deliberadas o examinadas, encaminadas al sostenimiento de su *status*. El fomento de sólidos procesos deliberativos, requieren espacios de libertad y seguridad, el dilema surge cuando estos derechos entran en conflicto. La diversidad en una sociedad plural requiere adecuados campos e-democráticos regularizados pero al mismo tiempo *abiertos* a la expresión de opiniones. De ahí, la importancia de la dogmática jurídica y la reflexión de la ciencia política y sociología. Sin una deliberación estructurada y protegida¹²⁰², en los procesos de participación ciudadana, cabe el riesgo, de entrar en demagogia y populismo.

¹²⁰¹ PÉREZ LUÑO, A.E.: <<Valores democráticos y redes sociales>>, pág.141, en PÉREZ LUÑO, A.E; DE CARRERAS, F; LIMBERGER.T y GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, R.: *“Construcción Europea y Teledemocracia”*, ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.2013.

¹²⁰² “A buen seguro, todos podemos concluir nuestras disquisiciones sobre la crisis actual de nuestro modelo representativo haciendo ingeniosas propuestas de corrección en mecanismos concretos de nuestro sistema electoral y parlamentario; pero si estas propuestas no se apoyan sobre una revisión teórica seria, adecuada, de los fundamentos y de los contenidos de nuestra teoría de la representación, tales sugerencias apenas pasarán de ser simples parches, meros apuntes inconexos nunca presididos por una lógica común”. En GARRORENA MORALES, A.: *“Representación política...”*, cit., pp.87-88.

A diferencia de la clásica estructura de poder vertical de la pirámide jerárquica, en que la legitimidad reside en el gobierno; surge una nueva estructura de poder con muchos participantes, numerosa información no contrastada y participación anárquica, junto a una demanda mayor de rendición de cuentas. De ahí, que requiera esfuerzo por parte de los poderes públicos para la eliminación de barreras participativas y la gestión - mediante comunicación pública- de la transparencia, la rendición de cuentas. Mientras que los ciudadanos tenemos el cometido de analizar e interpretar la información recibida para poder contrastarla de manera fiable.

A pesar de algunas objeciones a la participación ciudadana digital presente, consideramos que es consustancial a la democracia real dar un paso más avanzado de una democracia *inactiva* de selección indirecta de los representantes políticos. Hemos de sostener y confiar en la capacidad deliberativa y la suficiente madurez democrática de los ciudadanos españoles. Se trata, en definitiva, de una forma de democracia de contrapeso, en otras palabras, de contrapoder ciudadano de mantenimiento de los servicios de interés general, por parte de las instituciones. Además de intensificar la transparencia y publicidad de la actividad legislativa y potenciar la legitimidad. Emprendemos la misión de atestiguar, todo escollo originado desde el ejecutivo o legislativo que afecte al derecho fundamental de participación.

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA VILLAMIL, O.: *"Derecho Político Español. Según la Constitución de 1978. Vol.II"*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.2012.

CEBRIÁN ZAZURCA, E.: <<Participación política, deliberación y nuevas tecnologías>>, en *Jornadas ¿Exige la sociedad-red una nueva democracia?*, 2008, Cortes de Aragón.

DAHL, R.A.: *"La poliarquía: participación y oposición"*, ed.Tecnos, Madrid.2009.

DELGADO SOTILLOS, I.: <<Democracia y parlamentarismo>>, en DELGADO SOTILLOS, I y LÓPEZ NIETO, L.: *“Actores y comportamiento político”*, ed. UNED, Madrid.2011.

GARRORENA MORALES, A.: *“Representación política y Constitución democrática”*, ed.Civitas, Madrid.1991.

GARRORENA MORALES, A.: <<Democracia, participación y representación. La crisis actual de la democracia representativa. ¿Qué hacer? >>, en CASCAJO CASTRO, J.L y MARTÍN DE LA VEGA,A (Coord.): *“Participación, representación y democracia, XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España”*, ed.Tirant lo Blanch, Valencia.2016.

LEVY, P.: *“Ciberdemocracia. Ensayo sobre filosofía política”*, ed. UOC, Barcelona.2004.

LÓPEZ GUERRA, L; ESPÍN, E; GARCÍA MORILLO, PÉREZ TREMP, P y SATRÚSTEGUI, M.: *“Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.2010.

MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, M.: <<Democracia y redes sociales: el ejemplo de twitter>>, en *Revista de Estudios Políticos*, núm.168, Madrid, abril.2015.

OEHLING DE LOS REYES, A.J.: <<Comisión no Permanente de Estudio para el estudio de la Propuesta de Ley de Gobierno Abierto de Extremadura (134)>>, 3 de octubre de 2012. <http://www.asambleaeex.es/comision-1851>.

PÉREZ LUÑO, A.E; DE CARRERAS, F; LIMBERGER.T y GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, R.: *“Construcción Europea y Teledemocracia”*, ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.2013.

PRESNO LINERA, M.A.: <<La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control>>, en CASCAJO CASTRO, J.L y MARTÍN DE LA VEGA,A (Coord.): *“Participación, representación y democracia, XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España”*, ed.Tirant lo Blanch, Valencia.2016.

RAMÍREZ NÁRDIZ, A.: *“Democracia Participativa: La democracia participativa como profundización en la democracia”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.2010.

RUIZ MIGUEL,C.: <<La libertad política en la democracia electrónicamente influida>>, en COTINO HUESO,L(COORD.): *“Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información”*, ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

SARTORI, G.: *“Homo videns. La sociedad teledirigida”*, ed. Debolsillo, Barcelona.2018.

Un análisis de las políticas de memoria en España: alcance, limitaciones y necesidades

Alicia Cárdenas Córdón

Investigadora en Derecho Constitucional

Universidad de Córdoba

Buena parte de la historia del siglo XX de España está atravesada por periodos de extrema violencia. Tras el fallido golpe de Estado del 18 de julio de 1936 siguió una dura guerra que finalizó con la imposición de un régimen autoritario durante 36 años y que dejó un saldo devastador en términos de violaciones de derechos humanos¹²⁰³. Sin embargo, parte de la sociedad española conservaba prudente el ansia de libertad y de democracia. Así lo puso de manifiesto el movimiento obrero¹²⁰⁴ y el estudiantil¹²⁰⁵ en los últimos años de la dictadura pero, sobre todo, tras la muerte del dictador. Los años que siguieron estuvieron marcados por multitudinarias manifestaciones que exigían, entre otras, libertad, amnistía y autonomía. La democracia comenzaba a ser una posibilidad y hacia ella se dirigían parte de las decisiones políticas del momento. Se adoptaron medidas, fundamentalmente normativas, dirigidas a revertir la situación de ausencia de derechos y libertades y a consolidar un modelo de Transición que pretendía conducir al conjunto de la sociedad española a un sistema democrático. Desde entonces, cientos de normas han emanado del parlamento estatal y de las asambleas legislativas autonómicas en materia de memoria histórica¹²⁰⁶.

¹²⁰³ Existen multitud de trabajos dedicados al estudio riguroso de las violaciones de derechos humanos cometidas durante estos años. A estos efectos, pueden consultarse las obras de historiadores e historiadoras como Francisco Espinosa Maestre, Santos Juliá Díaz, Mary Nash Baldwin, Alberto Reig Tapia; Pelai Pagès i Blanch, de hispanistas como Gerald Brenan y Hugh Thomas y de politólogas como Paloma Aguilar Fernández, entre otras.

¹²⁰⁴ YSÁS I SOLANES, Pere, "El movimiento obrero durante el franquismo. De la resistencia a la movilización (1940-1975)", en *Cuadernos de historia contemporánea*, N° 30, 2008, pp. 165-184.

¹²⁰⁵ GÓMEZ OLIVER, Miguel Carlos, "El Movimiento Estudiantil español durante el Franquismo (1965-1975)", en *Revista crítica de ciencias sociais*, N° 81, 2008, pp. 93-110.

¹²⁰⁶ Nos referimos aquí a normativa estatal y autonómica cuya finalidad está dirigida a hacer efectivos los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición.

1. Desarrollo de normativa estatal sobre memoria histórica.

Desde el inicio de la Transición hasta principios del siglo XXI, la mayoría de las normas aprobadas pusieron el foco sobre la reparación de las víctimas de la guerra y del franquismo. El objeto de las mismas se centró en el indulto, la amnistía, la rehabilitación de profesionales, las pensiones e indemnizaciones a militares y excombatientes de la guerra, las pensiones a víctimas del conflicto y la devolución del patrimonio incautado a sindicatos y partidos políticos. A continuación se recoge la normativa más relevante sobre cada una de estas materias¹²⁰⁷.

A) Indulto, amnistía y rehabilitación de profesionales.

La promulgación de normativa sobre este asunto no se hizo esperar. Tres días después de la muerte de Franco se dictó el Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España. Se calcula que esta norma, aprobada por las Cortes franquistas, sacó a más de 700 presos políticos de las cárceles¹²⁰⁸. Le siguieron, poco después, el Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía y el Real Decreto 1135/1977, de 27 de mayo, sobre indulto a personal de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, estas normas no fueron suficientes para resolver la situación de todos los presos políticos y de todos los militares apartados de su profesión, por lo que se aprobó la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, que quizá sea la más relevante de este período sobre la materia¹²⁰⁹, y la Ley 24/1986, de 24 de diciembre, de rehabilitación de militares profesionales.

¹²⁰⁷ En este punto seguimos parte del esquema proporcionado por el Prof. Rafael Escudero Alday a la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica, disponible en su página web.

¹²⁰⁸ JULIÁ DÍAZ, Santos, "Las dos amnistías de la Transición" en *Tendencias 21*, 2010. Recurso en línea https://www.tendencias21.net/espana/Las-dos-amnistias-de-la-transicion_a13.html (Consultado el 10/09/2018).

¹²⁰⁹ Sobre la trascendencia de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía pueden consultarse los trabajos de Javier Chinchón Álvarez, Alicia Gil Gil, Josep Maria Tamarit Sumalla y Jose Antonio Martín Pallín, entre otros.

El fundamento político y jurídico de las dos primeras invita, como poco, a la reflexión, pues pretenden ser “*un homenaje a la memoria de la egregia figura del Generalísimo Franco, artífice del progresivo desarrollo en la Paz que ha disfrutado España en las últimas cuatro décadas*”¹²¹⁰ y responder así al “*espíritu de concordia iniciado en la década de los 40*”¹²¹¹. Sin embargo, la interpretación restrictiva de algunos preceptos del Decreto Ley por parte de los jueces puso de manifiesto la necesidad de adoptar nuevas medidas¹²¹². El primer parlamento democrático aprobó, entonces, la Ley de Amnistía de 1977. Aunque no es el objeto del presente texto entrar en su análisis, sí es necesario precisar que la intención de la misma, en un principio, fue resolver la situación de privación de libertad en la que seguían cientos de trabajadores, los presos de ETA y los militares de la Unión Militar Democrática (UMD, en adelante), tal y como recoge el debate parlamentario sobre la misma¹²¹³. Por su parte, el indulto concedido en 1977 a los miembros de las Fuerzas Armadas por apartarse “*circunstancialmente de la línea de conducta que les es propia*”¹²¹⁴ dejaba fuera de su ámbito de aplicación a los militares de la UMD, lo que motivó la aprobación de la Ley 24/1986, de 24 de diciembre, de rehabilitación de militares profesionales.

B) Pensiones e indemnizaciones a militares y excombatientes de la guerra.

En esta materia destacan el Decreto 670/1976, de 5 de marzo, por el que se regulan pensiones a favor de los españoles que habiendo sufrido mutilación a causa de la pasada contienda no puedan integrarse en el Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria; el Real Decreto-Ley 6/1978, de 6 de marzo, por el que se regula la situación de los militares que tomaron parte en la guerra civil; la Ley 10/1980, de 14 de marzo, sobre modificación del Real Decreto-Ley 6/1978, de 6 de marzo, por el que se regula la situación de los militares que intervinieron en la guerra civil, la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a

¹²¹⁰ Preámbulo del Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España.

¹²¹¹ Preámbulo del Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía.

¹²¹² AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma, *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Alianza Editorial, 2008, p. 417.

¹²¹³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 24. Sesión Plenaria núm. 11, celebrada el 14 de octubre de 1977.

¹²¹⁴ Preámbulo del Real Decreto 1135/1977, de 27 de mayo, sobre indulto a personal de las Fuerzas Armadas.

los mutilados excombatientes de la zona republicana; y la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y de servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte de las fuerzas armadas, fuerzas de orden público y cuerpo de carabineros de la República.

Algunas de estas normas se encuentran inspiradas en *“un principio de solidaridad colectiva”* que *“hace aconsejable proceder al reconocimiento y atención”*¹²¹⁵ de los mutilados y excombatientes, con la intención de *“superar las diferencias que dividieron a los españoles durante la pasada contienda, cualquiera que fuera el ejército en el que lucharon”*¹²¹⁶. Efectivamente, buena parte de estas prestaciones e indemnizaciones fueron dirigidas a quienes lucharon en el frente republicano por ser quienes, con la imposición de la dictadura, fueron apartados de sus profesiones y no recibieron reparación alguna.

C) Pensiones a víctimas del conflicto.

También se reconocieron algunas pensiones económicas a las víctimas en normas como el Real Decreto-Ley 35/1978, de 16 de noviembre, por el que se conceden pensiones a los familiares de los españoles fallecidos como consecuencia de la guerra 1936-1939; el Real Decreto-Ley 43/1978, de 21 de diciembre, por el que se reconocen beneficios económicos a los que sufrieron lesiones y mutilaciones en la guerra civil española; la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social a favor de las viudas y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil; o la Ley 18/1984, de 8 de junio, sobre reconocimiento como años trabajados a efectos de la Seguridad Social de los periodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía de 25 de octubre de 1977 (a saber, actos de intencionalidad política).

¹²¹⁵ Preámbulo del Decreto 670/1976, de 5 de marzo, por el que se regulan pensiones a favor de los españoles que habiendo sufrido mutilación a causa de la pasada contienda no puedan integrarse en el Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria.

¹²¹⁶ Preámbulo de la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana.

En esta misma línea se pronunció la Disposición Adicional decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, donde se establece el derecho a obtener una indemnización a las personas que hayan estado privadas de libertad, siempre y cuando no tuviesen cumplidos los 65 años a fecha del 31 de diciembre de 1990. Esto último provocó el planteamiento de cuatro cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC, en adelante) por vulneración de la igualdad recogida en el art. 14 de la Constitución española (CE, en adelante). No obstante, en la Sentencia 361/1993, de 3 de diciembre, el TC consideró que en este caso la limitación de la edad encuentra justificación en los recursos disponibles, funcionando como un criterio selectivo y diferenciador que no vulnera el art. 14 de la CE¹²¹⁷. Ante esta situación, varias Comunidades Autónomas legislaron sobre la materia con el fin de compensar las limitaciones derivadas de esta Disposición Adicional.

D) Devolución del patrimonio incautado a sindicatos y partidos políticos.

En este recorrido legislativo encontramos también normas referidas a la devolución del patrimonio incautado a partidos políticos y sindicatos. Sobre esto se pronuncia la Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado; y la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, de Restitución o Compensación a los Partidos Políticos de Bienes y Derechos incautados en la aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del periodo 1936-1939.

En sus preámbulos se reconoce la gravedad y la complejidad de esta materia. De hecho, transcurridos 19 años de la promulgación de la primera norma y debido a las exigencias para la acreditación de la titularidad de los bienes, se tuvo que dictar el Real Decreto-Ley 13/2005, de 28 de octubre, por el que se modifica la Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado. Sin embargo, el Real Decreto se encuentra anulado desde 2016 al considerar el TC que no se cumplían los requisitos de urgente y extraordinaria

¹²¹⁷ STC 361/1993, de 3 de diciembre, fundamentos jurídicos 2 y 3.

necesidad exigidos por el art. 86.1 CE¹²¹⁸. La Ley de Memoria Histórica, no obstante, también se pronuncia sobre la materia.

E) Nacionalidad.

Otra de las normas relevantes de estos años fue el Real Decreto 39/1996, de 19 de enero, sobre concesión de la nacionalidad española a los combatientes de las brigadas internacionales en la guerra civil española. La promulgación de esta norma se hace *“por justicia y como manera de agradecer el trabajo por la libertad y la democracia de los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales durante la guerra española de 1936-1939”*. Cabe apuntar que, de la normativa revisada, es la única que se refiere al periodo 1936-1939 como la guerra española y no como la guerra civil. La Ley de Memoria Histórica se vuelve a referir sobre esta cuestión en el art. 18, donde se suprime el requisito de renuncia a su anterior nacionalidad para poder adquirir la española.

F) Otras medidas no normativas.

Por último, resulta oportuno señalar que a lo largo de estos años, si bien la mayor parte de las medidas adoptadas han sido normativas, han emanado otras de carácter simbólico¹²¹⁹, entre las que destacan:

- La aprobación, en 2002 y por unanimidad del Congreso de los Diputados, de una Proposición no de Ley de reconocimiento moral de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo, y condena a los regímenes totalitarios.
- La constitución, en junio de 2004, de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo con la finalidad de llevar a cabo un estudio sobre las consecuencias de la guerra civil y la represión de la dictadura, establecer algunas reparaciones y facilitar el acceso a los archivos donde se encuentra la documentación sobre las víctimas.

2. La Ley de Memoria Histórica de 2007.

Con la llegada del siglo XXI el movimiento memorialista, impulsado principalmente por los nietos y las nietas de las víctimas de desaparición forzosa,

¹²¹⁸ STC 25/2016, de 7 de julio

¹²¹⁹ AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma, *Políticas... ob. cit.* pp. 513-515.

consiguieron posicionar la memoria histórica como asunto de primer orden en la agenda política. Aún quedaban por abordar muchas otras cuestiones que habían sido ignoradas en la normativa desarrollada hasta el momento. El Congreso de los Diputados declaró al año 2006 el año de la Memoria Histórica y, poco después, aprobó la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, más conocida como Ley de Memoria Histórica. Esta norma, aprobada con los votos a favor de todos los partidos políticos - salvo del Partido Popular y de Esquerra Republicana de Cataluña¹²²⁰- constituye, junto con la Ley 46/1977 de amnistía, uno de los ejes vertebradores de las políticas de la memoria en España. Las opiniones sobre la misma son diversas, desde quienes consideran que es innecesaria hasta quienes piensan que, aunque avanzó en algunas cuestiones, resultó del todo insuficiente.

En cualquier caso, la intención del legislador, tal y como recoge el preámbulo, es que esta sirva para cerrar "*heridas todavía abiertas en los españoles*", principalmente en las víctimas de la guerra y del franquismo que todavía no han visto satisfechas sus demandas. Así mismo, y tras la configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho, resulta necesario dar una respuesta definitiva a las víctimas, promover el conocimiento de la historia y fomentar la memoria democrática. Además del preámbulo, la norma se compone de veintidós artículos, de ocho disposiciones adicionales, una derogatoria y dos finales. La Ley se propone cuatro objetivos en su art. 1: por un lado, el reconocimiento y la ampliación de los derechos de los perseguidos y de las víctimas; por otro lado, la promoción de la reparación moral y la recuperación de la memoria personal y familiar; en tercer lugar, la supresión de los elementos que generan división entre la ciudadanía; y por último, el conocimiento de lo ocurrido durante la guerra y la dictadura y la preservación de los documentos históricos.

A) Reconocimiento y ampliación de los derechos de los perseguidos y de las víctimas.

¹²²⁰ Evidentemente, los motivos de rechazo a la ley por parte de estos dos grupos parlamentarios fueron muy diferentes. Puede consultarse, al respecto, el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 222, sesión plenaria 209, celebrada el 14 de diciembre de 2006.

En esta materia, la labor principal del legislador consistió en suprimir o modificar algunos de los requisitos exigidos en normas que ya reconocían pensiones o indemnizaciones a víctimas, tal y como se desprende del análisis de seis de los siete artículos que la desarrollan¹²²¹. La única indemnización que se reconoce por vez primera es la contemplada en el art. 10, dirigida a los familiares de quienes fallecieron en la defensa de los derechos democráticos desde 1968 hasta el 6 de octubre de 1977. Con este precepto se amplía el marco temporal de las indemnizaciones que, como bien hemos visto anteriormente, están fundamentalmente acotadas al momento de la guerra. No obstante, quedan excluidas de reconocimiento y reparación parte de las víctimas mortales que hubo durante la Transición. Entre 1975 y 1983, se calcula que hubo 591 muertes por violencia política, de las cuales 188 lo fueron por violencia de origen institucional¹²²².

B) Promoción de la reparación moral y de la recuperación de la memoria personal y familiar.

La Ley contempla dos declaraciones, un reconocimiento y cuatro preceptos dirigidos a la búsqueda e identificación de las víctimas de desaparición forzosa¹²²³. Se reconocen como injustas todas las condenas, sanciones y formas de violencia por motivos políticos, ideológicos o religiosos, así como el exilio. Así mismo, se declaran ilegítimos los tribunales y jurados constituidos para tal fin. La Ley prevé, para las víctimas de estas sanciones, la posibilidad de obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal pero que, en ningún caso, supone responsabilidad patrimonial alguna para el Estado. En este sentido, notamos la ausencia de referencias a la violencia cometida por motivos de género que, una vez más, vuelve a ser la completa ignorada. Por otro lado, resulta insuficiente el mecanismo adoptado por la Ley, pues son las propias víctimas quienes deben acreditar que lo son y solicitar la Declaración. Además, la fórmula

¹²²¹ Arts. 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 18 de la Ley.

¹²²² Sobre la violencia durante los años de la Transición española pueden consultarse obras como la de SÁNCHEZ SOLER, Mariano, *La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*, Ed. Península, 2010; o la de BABY, Sophie, *El mito de la Transición pacífica*, AKAL, 2018, entre otras.

¹²²³ Arts. 3, 4, 11, 12, 13 y 14 de la Ley.

adoptada hace que las sentencias dejen de existir en el mundo jurídico de tal manera que las víctimas no pueden iniciar un procedimiento de revisión de las mismas. Se cierra, por tanto, la vía para obtener una resolución judicial de anulación y, consecuentemente, una indemnización¹²²⁴.

En cuanto a la búsqueda de los desaparecidos, la única responsabilidad para el Estado que se deriva de la Ley es la realización de un mapa de fosas y la colaboración con otras Administraciones para elaborar un protocolo de actuación en la materia, aprobado en 2011. Sobre la búsqueda y la identificación de las víctimas, la norma señala que las Administraciones *facilitarán* las labores oportunas. Esto ha configurado un modelo de exhumación que las asociaciones memorialistas han calificado como privado¹²²⁵, pues son estas quienes deben seguir asumiendo las tareas y los gastos de las labores de exhumación. En este sentido, la Organización de las Naciones Unidas (ONU, en adelante) ha reiterado en diversas ocasiones al Gobierno español que los esfuerzos destinados a la materia son insuficientes y los resultados deficientes¹²²⁶, consecuencias agravadas con la eliminación, en 2013, de las partidas presupuestarias destinadas a esta labor.

C) Supresión de los elementos que generan división entre la ciudadanía.

Para cumplir este objetivo se abordan la cuestión de los símbolos y monumentos públicos al franquismo y la cuestión del Valle de los Caídos¹²²⁷. Por un lado, se prevé que las Administraciones adopten las medidas oportunas para proceder a la retirada de los símbolos y monumentos cuyo tema sea la exaltación de la

¹²²⁴ Decreto del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, de 5 de abril de 2010, sobre las resoluciones dictadas contra D. Lluís Companys Jover por el Tribunal de Responsabilidades políticas de Barcelona en fecha 13 de diciembre de 1939 y por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales en fecha 14 de octubre de 1940, y Auto de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2011, por el que se deniega la autorización del recurso de revisión contra la sentencia del Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, de 18 de febrero de 1940, que condenó a muerte al poeta Miguel Hernández Gilabert.

¹²²⁵ La Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica se refiere en estos términos en su página web y de ello se hacen eco organizaciones como Amnistía Internacional o la ONU en sus diferentes informes.

¹²²⁶ Así lo refleja el “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias - Misión a España”, párr. 20-29 y el “Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff - Misión a España”, párr. 61-66.

¹²²⁷ Arts. 15 y 16 de la Ley.

sublevación, de la guerra o de la represión de la Dictadura, pudiendo servirse también de la retirada de subvenciones o ayudas públicas. Quedan excluidas aquellas menciones de estricto recuerdo privado o aquellas en las que incurran razones artísticas o arquitectónicas protegidas por la ley. Por su parte, queda prohibida la realización de actos de naturaleza política dentro del Valle de los Caídos o de exaltación de la Guerra Civil, de sus protagonistas o del franquismo. El Consejo de Ministros encargó en 2011 a una comisión de expertos la realización de un informe sobre el Valle de los Caídos¹²²⁸ pero, a día de hoy, la única recomendación adoptada por el Gobierno ha sido iniciar el proceso para la exhumación de los restos del dictador Franco.

D) Facilitar el conocimiento de lo ocurrido durante la Guerra y la dictadura y asegurar la preservación de los documentos históricos.

Para este fin se prevé la elaboración de un censo de obras realizadas mediante trabajos forzosos, un reconocimiento a las asociaciones de víctimas, la creación del Centro Documental de la Memoria Histórica y Archivo General de la Guerra Civil -que finalmente se creó en Salamanca-, la adquisición y protección por parte de las Administraciones de documentos sobre la guerra y la dictadura y garantizar el acceso a los fondos documentales¹²²⁹. Aunque en 1932 España ratificó el Convenio sobre trabajo forzoso, más de 100.000 presos políticos fueron destinados a esta labor tras finalizar la guerra¹²³⁰. Del mismo se beneficiaron 90 empresas públicas y privadas¹²³¹, algunas de las cuales son hoy grandes corporaciones del país. El censo que se prevé sobre esta materia aún no ha sido publicado.

E) Otras medidas contempladas en las disposiciones adicionales.

¹²²⁸ El Informe se encuentra disponible en la web del Gobierno de España dedicada a la Memoria Histórica www.memoriahistorica.gob.es

¹²²⁹ Arts. 17, 19, 20, 21 y 22 de la Ley.

¹²³⁰ GARCÍA FUNES, Juan Carlos, *Espacios de castigo y trabajo forzado del sistema concentracionario franquista*, Tesis doctoral, Universidad Pública de Navarra, 2017, pp. 223-255. Disponible en <https://academica-e.unavarra.es/xmlui/handle/2454/28831>.

¹²³¹ GUTIÉRREZ MOLINA, José Luis, "Franquismo y trabajo esclavo, una deuda pendiente" en *Todoslosnombres.org*, pp. 6 y 7, Disponible en: http://www.todoslosnombres.org/sites/default/files/investigacion91_1.pdf

A lo anterior se suman la autorización del Gobierno para organizar y reestructurar el Archivo General de la Guerra Civil, la posibilidad de reconocer indemnizaciones a quienes sufrieron lesiones incapacitantes por defender derechos democráticos desde 1968 hasta el 6 de octubre de 1977, la previsión de que quienes se encarguen de la gestión del Valle de los Caídos deben incluir entre sus objetivos la honra y la rehabilitación de la memoria de todos los fallecidos, y la posibilidad de las personas cuyo padre o madre hubiesen sido originariamente español de optar a la nacionalidad española, así como los nietos de quienes perdieron la nacionalidad a causa del exilio.

3. Normativa autonómica sobre Memoria Histórica. Referencia especial a la Ley 2/2017 de Memoria histórica y democrática de Andalucía.

Las Comunidades Autónomas ocupan, fundamentalmente a partir del inicio del siglo XXI, un lugar fundamental y protagonista en los asuntos sobre memoria histórica. Con el fin de complementar y extender la normativa estatal, o con la intención de abarcar ámbitos no contemplados por esta, varias Comunidades Autónomas han legislado en materia de prestaciones e indemnizaciones, rehabilitación de colectivos, víctimas de desaparición forzosa y fosas comunes, creación de espacios de memoria, subvenciones y ayudas a proyectos de difusión y de patrimonio y creación de bases de datos, entre otras. En este contexto, algunas de ellas cuentan con su propia ley de memoria histórica, superando en alcance y eficacia a la estatal. A esto se suma la creación reciente de una Red Interautonómica que pretende servir para coordinar los esfuerzos y las políticas públicas en la materia y de la que solo se ausentan la Comunidad de Madrid, la Región de Murcia y las Islas Canarias.

Desde el año pasado Andalucía cuenta con la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía¹²³². La norma se propone honrar a los que lucharon por los derechos, las libertades y la autonomía de Andalucía para consolidar así un futuro de convivencia y de paz. Está estructurada en una exposición de motivos, entre la que se encuentran los fundamentos jurídicos de

¹²³² Esta ley se aprobó con los votos favorables de todos los grupos parlamentarios andaluces, salvo PP y Ciudadanos que se abstuvieron.

esta Ley, y en seis Títulos dedicados a las disposiciones generales y definiciones, a la identificación de las víctimas de desaparición forzosa, a la reparación y el reconocimiento, a la adquisición, conservación y acceso a los documentos, al fomento del movimiento memorialista, a la actuación y organización administrativa, y al establecimiento de un régimen sancionador.

A) Medidas adoptadas por la Ley que resultan concordantes con las recomendaciones de la ONU y con las reivindicaciones del movimiento memorialista.

Esta Ley, mucho más amplia que la Ley de Memoria Histórica de 2007, prevé y regula varias de las cuestiones que el movimiento memorialista¹²³³ y que el Relator Especial de la ONU han señalado como ausentes en la política estatal. Entre ellas:

- Se prevé la creación de un grupo de trabajo independiente a modo de Comisión de la Verdad, que contará con la participación de las víctimas, de entidades memorialistas y de expertos de reconocido prestigio en diversas materias, para que en el plazo de 18 meses investiguen sobre las violaciones de los derechos humanos ocurridas desde 1936 hasta 1981 en Andalucía, teniendo en cuenta durante todo el proceso la perspectiva de género y LGTBI.
- La Junta de Andalucía asume la responsabilidad de las exhumaciones, procedimiento que se iniciará de oficio, pudiendo expropiarse temporalmente los terrenos privados para las labores de exhumación.
- Se asume por parte de la Administración pública la responsabilidad de recuperar documentos y archivos en manos públicas y privadas que afecten al periodo de la guerra y la dictadura en Andalucía, con el fin de garantizar el acceso a los mismos como parte del patrimonio documental de Andalucía.
- Se establece la obligación de retirar elementos o símbolos de exaltación al golpe militar de 1936, al franquismo y a las personas y organizaciones que estuvieron

¹²³³ Al respecto, puede consultarse la Carta de Vicálvaro, aprobada en 2015 por más de 70 organizaciones memorialistas de todo el Estado y que recoge las principales exigencias y reivindicaciones de las mismas, fundamentadas en los informes del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas de la ONU y en el Informe ya citado del Relator Especial de la ONU Pablo de Greiff.

a la cabeza de esos hechos, limitando el impedimento de las razones artísticas o arquitectónicas por las que muchos de estos elementos siguen estando presentes de manera pública, y estableciendo un procedimiento por el que, en caso de incumplimiento, la Junta de Andalucía podría actuar para su retirada.

- Se incluirán en los libros de texto de primaria, secundaria, bachiller y educación permanente contenido sobre la memoria democrática andaluza, así como se incorporarán a los planes de formación de docentes herramientas y metodologías para que traten estos asuntos en las aulas.

- Se realiza una definición de víctima, inexistente en la Ley de Memoria Histórica de 2007, siguiendo la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, incluyendo en ella también a los familiares y a aquellas personas que sufrieron exilio, tortura, desplazamientos a campos de concentración, represión por su orientación sexual o su pertenencia a un colectivo u organización, represión por ocupar cargos públicos durante la II República, a las que fueron privadas de libertad por defenderla, a los niños y niñas robadas y a quienes formaron parte de la guerrilla antifranquista.

- Se asume como prioridad de la Junta de Andalucía la realización de estudios sobre la memoria democrática, atendiendo de manera especial la experiencia de las mujeres.

- La Junta de Andalucía asume la responsabilidad, mediante políticas públicas, de salvaguardar y difundir la verdad de los hechos durante la Segunda República, la Guerra, la Dictadura y la Transición, hasta 1981.

- Se registrarán y conservarán los Lugares y Senderos de Memoria Democrática.

- Se establece el 14 de junio como día de recuerdo y homenaje a las víctimas del golpe militar y la dictadura.

B) Extensión del ámbito temporal.

Otro de los elementos que resulta pionero en esta Ley y en el que también supera a la estatal es que amplía el periodo temporal al que hace referencia. De esta manera, quedan incluidos los asesinatos y las violaciones de derechos humanos

cometidos durante los primeros años de la Transición, como el de Manuel José García Caparrós, asesinado el 4 de diciembre de 1977 en Málaga durante una manifestación multitudinaria en reivindicación de la autonomía andaluza.

C) Concepto de memoria democrática y derecho a una justicia efectiva.

Por otro lado, la norma hace un especial hincapié en el concepto de memoria democrática, más reciente que el de memoria histórica, y que es nombrado en 215 ocasiones. Dada su relevancia, el texto brinda una definición de la misma que se construye sobre tres ideas: en primer lugar, consiste en la salvaguarda, conocimiento y difusión de una historia de lucha; en segundo lugar, en la promoción del derecho a una justicia efectiva; y por último, en la reparación de las víctimas andaluzas. No obstante, del articulado de la Ley se puede concluir que esta se centra, principalmente, en el primer y tercer eje del concepto.

En cuanto al derecho a la justicia, la exposición de motivos reconoce que en Andalucía hubo graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad y, basándose en el Derecho Internacional, considera que estos serían imprescriptibles y, por tanto, perseguibles por parte de la justicia universal. Así mismo, pone sobre la mesa la necesidad de garantizar el reconocimiento jurídico de las víctimas. Sin embargo, el margen de maniobra que la Ley plantea sobre el asunto es bastante reducido. A pesar de la extensión en la exposición de motivos, en el articulado se le dedica un solo precepto en el que se establece que se denunciará ante los órganos jurisdiccionales la existencia de indicios de comisión de delitos derivados de las actividades de localización e identificación de restos humanos.

D) Reconocimiento y reparación de las mujeres.

Por último, en cuanto al reconocimiento del género como una de las causas por las que las mujeres sufrieron una represión doble durante la guerra y el franquismo, es cierto que la Ley andaluza profundiza más que la estatal. Al respecto, la exposición de motivos remite al Decreto 372/2010, de 21 de septiembre, por el que se establecen indemnizaciones a mujeres que sufrieron formas de represión durante la dictadura franquista sobre su honor, su intimidad y su propia imagen. Este contempla una indemnización de 1.800 euros para “las

mujeres que sufrieron represión en la Guerra Civil e inmediata Posguerra, abarcando el período comprendido entre 1936 y 1950, mediante hechos que vulneraron su intimidad, honor y la propia imagen, tales como el rapado o la ingesta de aceite de ricino, y posterior exposición a la vergüenza pública". De las 254 solicitudes de indemnización que se presentaron a raíz de este Decreto, se concedieron solo 120¹²³⁴.

4. Conclusiones.

Desde 1975 han emanado numerosas normas en materia de memoria histórica del parlamento estatal. Sin embargo, estas resultan insuficientes, incompletas y parciales. Fuertemente orientadas a la reparación, conciben esta desde una perspectiva estrictamente pecuniaria, dejando de lado otras medidas que generan un mayor grado de satisfacción para las víctimas. Así mismo, estas normas están centradas en adoptar medidas relativas al período de la guerra, ignorando, casi por completo, la posterior dictadura y a algunos grupos de víctimas de la Transición. Por último, dejan fuera de su diseño y planteamiento a todas aquellas víctimas que sufrieron una doble y hasta triple represión: personas que fueron violentadas por su orientación sexual, por su etnia, por ser mujeres y por transgredir el ideal de mujer que la dictadura había preparado para ellas, siendo castigadas con la humillación, la tortura, la violencia sexual, el robo de sus bebés y el asesinato.

Aunque la promulgación de la Ley de Memoria Histórica de 2007 generó algunas expectativas, esta posee importantes carencias a las que hay que sumar la ausencia de presupuesto para su aplicación desde el año 2013. Sus objetivos y su alcance contribuyen en poca medida a la consecución de la verdad, la justicia y la reparación. Además, en sus preceptos se consolida lo que el movimiento memorialista ha denominado como modelo de "privatización de las exhumaciones", carece de un régimen sancionador ante el incumplimiento de sus

¹²³⁴ Informativos Canal Sur, "Indemnizadas 120 mujeres andaluzas que fueron vejadas durante el franquismo", 2014, disponible en <http://www.canalsur.es/noticias/indemnizadas-120-mujeres-andaluzas-que-fueron-vejadas-durante-el-franquismo/380949.html> (Consultado el 11/09/2018).

normas y, 11 años después, muchas de sus disposiciones siguen sin el desarrollo normativo y práctico correspondiente.

Ante esta situación, algunas Comunidades Autónomas han realizado esfuerzos notables sobre la materia. Sin embargo, este modelo genera desequilibrios entre los distintos territorios: algunas Comunidades cuentan con importante normativa al respecto y otras carecen de ella. Por otro lado, no resultan eficaces a la hora de abordar al derecho a la justicia de las víctimas. Por ello, sigue siendo necesario y ahora se torna también urgente, la proyección de políticas públicas estatales en materia de memoria que estén a la altura de nuestra historia, de las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional, así como de las obligaciones jurídicas que se desprenden para el Estado español.

Bibliografía

AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma, *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Alianza Editorial, 2008.

Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica, página web <http://memoriahistorica.org.es/>

Tribunal Supremo. Auto de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2011, por el que se deniega la autorización del recurso de revisión contra la sentencia del Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, de 18 de febrero de 1940, que condenó a muerte al poeta Miguel Hernández Gilabert.

Fiscalía General del Estado. Decreto del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, de 5 de abril de 2010, sobre las resoluciones dictadas contra D. Lluís Companys Jover por el Tribunal de Responsabilidades políticas de Barcelona en fecha 13 de diciembre de 1939 y por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales en fecha 14 de octubre de 1940.

Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 24. Sesión Plenaria núm. 11, celebrada el 14 de octubre de 1977.

GARCÍA FUNES, Juan Carlos, *Espacios de castigo y trabajo forzado del sistema concentracionario franquista*, Tesis doctoral, Universidad Pública de Navarra, 2017, Disponible en <https://bit.ly/2x39IZT>

GÓMEZ OLIVER, Miguel Carlos, "El Movimiento Estudiantil español durante el Franquismo (1965-1975)", en *Revista crítica de ciencias sociais*, N.º. 81, 2008.

GUTIÉRREZ MOLINA, José Luis, "Franquismo y trabajo esclavo, una deuda pendiente" en *Todoslosnombres.org*, Disponible en <https://bit.ly/2Odra4A>

Informativos Canal Sur, "Indemnizadas 120 mujeres andaluzas que fueron vejadas durante el franquismo", 2014, disponible en <https://bit.ly/2QklcQL> (Consultado el 11/09/2018).

JULIÁ DÍAZ, Santos, "Las dos amnistías de la Transición" en *Tendencias 21*, 2010. Recurso en línea <https://bit.ly/2NwDWOo> (Consultado el 10/09/2018).

Naciones Unidas, Asamblea General:

- "Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias - Misión a España", A/HRC/27/49/Add.1, 2 de julio de 2014.
- "Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff - Misión a España", A/HRC/27/56/Add.1, 22 de julio de 2014.

Tribunal Constitucional:

- STC 25/2016, de 7 de julio.
- STC 361/1993, de 3 de diciembre.

YSÁS I SOLANES, Pere, "El movimiento obrero durante el franquismo. De la resistencia a la movilización (1940-1975)", en *Cuadernos de historia contemporánea*, N.º 30, 2008.

Reflexiones sobre la teoría de la pena y teoría de la norma en la justificación de la pena estatal

Alfredo Alpaca Pérez*

1. Planteamiento del problema.

1. Las usuales exposiciones que pueden encontrarse en las obras generales del Derecho penal sobre la legitimación de la pena estatal siguen más o menos una misma estructura: se comienza con una diferenciación entre teorías absolutas y relativas¹²³⁵, a partir de lo cual se describe el alcance de las primeras (limitándose a Kant y Hegel¹²³⁶), para luego destacar, sobre la base de diversas consideraciones (pero que pueden resumirse en una absolutización del merecimiento de pena, que no deja lugar para tomar en cuenta legítimos intereses generales), que no resultan admisibles. Posteriormente se exponen las teorías relativas, que tradicionalmente están divididas entre teorías preventivo-generales y preventivo-especiales. Luego de exponer con amplitud cada una de estas concepciones, generalmente se llega a la conclusión de que la mejor manera de comprender el fenómeno de la pena es a través de la integración de varias de las teorías antes mencionadas, esto es, se admite una orientación de carácter mixto

* Investigador Contratado Predoctoral de la Universidad de León (España). Agradezco al Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo (Universidad de León) y al Prof. Luís Greco (Humboldt-Universität zu Berlin) por las observaciones brindadas sobre los asuntos abordados en este trabajo.

¹²³⁵ Es frecuente el tratamiento de los fines de la pena a partir de la distinción entre teorías absolutas (basadas en la retribución) y teorías relativas (basadas en los efectos preventivos que se esperan conseguir mediante la imposición de la pena). Beling, *Vergeltungsidee*, 1908, 1, ya había señalado la contraposición entre las «teorías de la justicia» («*Gerechtigkeitstheorien*») y las «teorías de la finalidad» («*Zwecktheorien*»), para calificar, respectivamente, a las teorías absolutas y relativas. Esta dicotomía es criticable por su esterilidad (Hörnle). Esta separación entre teorías absolutas y relativas es comparable (esto es, coincide, aparentemente) a la distinción, propia de la ética normativa, entre teoría deontológicas y consecuencialistas.

¹²³⁶ Debe señalarse, sin embargo, que los efectos preventivos en los planteamientos de Hegel y Kant no son en absoluto desconocidos. Al respecto, Hörnle, *Straftheorien*, 2011, 17.

(integración de consideraciones retributivas y preventivas) como la vía más idónea para justificar la pena estatal¹²³⁷.

2. Es bastante conocido que la declaración de la justificación de la pena estatal desde una perspectiva preventiva parece haber adquirido vigor en la ciencia penal alemana desde la simbólica «despedida» a Kant y Hegel, producida en el marco de la reforma del Código Penal alemán en los años sesenta del siglo pasado. Desde este momento, la pena pasó a ser entendida esencialmente desde una perspectiva preventiva o, dicho en terminología de la filosofía moral, consecuencialista. En los últimos años, sin embargo, ha resurgido un interés (principalmente de perspectivas provenientes de la filosofía) en desentrañar los alcances de la pena desde una perspectiva retribucionista, lo que ha sido destacado como la aparición de un «neoretribucionismo»¹²³⁸. En este marco, aquí solo me limitaré a mencionar que en la doctrina penal se han reconocido principalmente dos orientaciones mediante las que se expresa el resurgimiento de la perspectiva retributiva en la ciencia penal: una línea liberal anglosajona¹²³⁹ y una línea comunitarista de fundamentos hegelianos¹²⁴⁰. Sin embargo, es necesario señalar que el retribucionismo nunca «desapareció» por completo en las exposiciones orientadas a justificar la pena estatal. Así, la forzosa concurrencia del principio de culpabilidad como presupuesto para la imposición de la pena expresa el elemento del merecimiento que es admitido generalmente en la ciencia jurídico-penal. Asimismo, la dominante teoría de la prevención general positiva, como se verá más adelante, asume algunos de los presupuestos fundamentales del pensamiento retributivo¹²⁴¹.

¹²³⁷ Al respecto, con mayor amplitud, Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 215 ss. Aquí habría que distinguir entre las teorías aditivas de la unión y la teoría dialéctica de la unión, propuesta por Roxin, que ha merecido una amplia atención en la doctrina española. Sobre el particular, Roxin, GA 2015, 186 ss., que defiende decididamente una perspectiva mixta para la justificación de la pena estatal.

¹²³⁸ Por todos, Pawlik, *Unrecht*, 2012, 82 ss.

¹²³⁹ Al respecto, con múltiples referencias, Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 54 ss.

¹²⁴⁰ Principalmente, Pawlik, *Unrecht*, 2012, 90 ss.

¹²⁴¹ Por todos, Frisch, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, 125.

3. En la actualidad, se reconoce ampliamente que la concepción dominante con respecto a la justificación de la pena estatal es una de carácter mixto, esto es, se parte de la denominada teoría de la prevención general positiva, aunque no se precinden de aspectos preventivo-especiales ni de la culpabilidad¹²⁴². Esta comprensión tiene muchos defensores, los que, inclusive, pueden parecer en primera instancia, representantes de concepciones entendidas como antagónicas (Roxin y Jakobs, por ejemplo). Lo que aquí quiero poner de manifiesto es que, en todo caso, sea la comprensión que se adopte sobre la teoría con la cual justificar la pena estatal, no es posible escapar del elemento retributivo¹²⁴³. Esto, que es ampliamente reconocido, no es, a mi juicio, comprendido en toda su magnitud. Precisamente, considero que una mirada a la clásica concepción retributiva puede brindar algunas consideraciones valiosas para entender los derroteros actuales sobre los que transita la compleja discusión sobre la justificación de la pena estatal.

4. En esta contribución solo pretendo otorgar un panorama general de cuáles son las orientaciones actuales en cuanto a la justificación de la pena estatal. En ese sentido, considero que es posible partir de dos modelos clásicos ya conocidos: el de Feuerbach y el de Binding, pues considero que de ellos es posible extraer algunas ideas para un análisis más amplio de las posiciones mixtas actualmente dominantes. En la primera parte me encargaré de esbozar la concepción de Feuerbach. En la segunda parte procederé a describir la concepción de Binding. Ambas posiciones (la teoría de la prevención general negativa, en su forma de la «teoría de la coacción psicológica», de Feuerbach, y la teoría retributiva de Binding), si bien parecen seguir caminos distintos, tienen importantes puntos en común (la distinción entre Derecho y moral como fundamento liberal y la negación de las finalidades preventivo-especiales). Luego desarrollaré la teoría de la prevención general positiva, que, con importantes matices, principalmente

¹²⁴² Entre otros, Hassemer, *FS-Lüderssen*, 2002, 224 ss.

¹²⁴³ Por todos, recientemente, Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 237.

en lo referido al merecimiento de pena, es la concepción que se estima como dominante. Como puede preverse, no será posible exponer detalladamente la posición de varios autores representativos de esta posición (Hassemer, Roxin, Jakobs), por lo que se intentará destacar las principales características que pueden reconocerse en todas las variantes de la mencionada teoría y, de ser necesario, se hará referencia a la ampliamente difundida concepción de Roxin. Finalmente, desarrollaré algunas consideraciones finales, orientadas a justificar mi posición, que hasta este momento: 1) valora positivamente una dimensión retributiva en el que el merecimiento no solo limite, sino también fundamente pena y, 2) trata de entender la justificación frente al individuo (y no solamente frente a la sociedad), de las razones por las que a él se le impone una pena en aras del cumplimiento de fines preventivos.

2. La teoría de la pena de Feuerbach.

1. La concepción de la pena de Feuerbach, denominada como «teoría de la coacción psicológica»¹²⁴⁴, constituyó una de las primeras grandes construcciones teóricas inspiradas por las enseñanzas de la Ilustración. El mencionado autor consideró esencialmente que la pena era un mal que se impone a un sujeto «por la comisión de acciones contrarias a la ley y solo por ello»¹²⁴⁵. En este planteamiento ocupó un lugar fundamental la distinción entre la amenaza penal (la conminación de la pena por parte del legislador) y la imposición de la pena (el establecimiento de la pena concreta por parte del juez)¹²⁴⁶. Esta distinción posee interesantes fundamentos filosóficos sobre los que aquí no se puede profundizar¹²⁴⁷. Sin embargo, sí que es posible señalar aquí que Feuerbach, aunque siguió las reflexiones de Kant¹²⁴⁸, se distanció de este en lo referido a la

¹²⁴⁴ Por todos, Roxin, *DP. PG.*, t. I, 1997, 3/22.

¹²⁴⁵ Feuerbach, *Revision*, t. I, 1799, 5.

¹²⁴⁶ Feuerbach, *Revision*, t. I, 1799, 56.

¹²⁴⁷ Al respecto, por todos, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 41 ss.

¹²⁴⁸ La construcción kantiana influenció a Feuerbach, cuya teoría de la prevención general negativa reflejó la orientación liberal del Derecho penal propio de esa época. Al respecto, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 45 ss.

idea de libertad y a sus repercusiones en la distinción entre derecho y moral¹²⁴⁹, lo que lo llevó a admitir una concepción determinista (negadora de la libertad, aunque solo en el derecho, pero no en la moral)¹²⁵⁰ y a entender a la amenaza de pena como un contramotivo a oponer al deseo criminal¹²⁵¹. La conminación penal, por tanto, tendría como objetivo hacer imposible el delito mediante la intimidación general¹²⁵². Con esta diferenciación, Feuerbach concentró su atención en la conminación penal, que debería estar forzosamente dispuesta en una ley. El principio de legalidad, como principal -que no única- consecuencia del planteamiento de Feuerbach, empezaba a adquirir forma¹²⁵³.

2. Si se regresa a la diferenciación antes mencionada, entre conminación penal e imposición de la pena, se pueden reconocer en ambas no solo distintas finalidades, sino también diferentes fundamentos jurídicos¹²⁵⁴. En cuanto a este último asunto, Feuerbach entendió que el fundamento jurídico de la conminación penal radicaba en que mediante la amenaza de pena el Estado no lesionaba los derechos de nadie¹²⁵⁵. Por su parte, el fundamento jurídico de la imposición de la pena radicaba, según el mencionado autor, primero, en un consentimiento (predominantemente psicológico) del delincuente (querer el delito supone querer la pena, por lo que quien consiente el delito, consiente el correspondiente

¹²⁴⁹ Feuerbach, si bien reconoció la separación entre derecho y moral, consideró que la libertad solo podría ubicarse en el ámbito de la moral, mientras que el derecho, al ser el mundo de los fenómenos (no de las ideas), solo podría estar regido por la causalidad. Por esto, Feuerbach, *Revision*, t. I, 1799, 320, consideró que el hombre del derecho no es el *homo noumenon*, sino el *homo phaenomenon*, pues el hombre no actúa por respeto a la ley moral, sino solo conforme a su sensibilidad (regido por impulsos o motivos).

¹²⁵⁰ Al respecto, Feuerbach, *Revision*, t. I, 1799, 320; *Revision*, t. II, 1800, 134. Como bien señala Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 49 s., una perspectiva determinista en el Derecho penal no era nueva (era frecuente la argumentación religiosa para fundamentar el determinismo), aunque sí fundamentarla con la filosofía kantiana si que constituyó una novedad en la época.

¹²⁵¹ Feuerbach, *Revision*, t. I, 1799, 44 ss.; *Revision*, t. II, 1800, 162 22.; *Lehrbuch*, 14.^a ed., 1847, § 13.

¹²⁵² Feuerbach, *Lehrbuch*, 14.^a ed., 1847, § 16.

¹²⁵³ Feuerbach, *Lehrbuch*, 14.^a ed., § 20. Sobre la situación en la época de Feuerbach, en la que eran admitidos los «*delicta extraordinaria*», Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 55, con múltiples referencias.

¹²⁵⁴ Al respecto, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 52 ss.

¹²⁵⁵ Feuerbach, *Revision*, t. I, 1799, 49; *Lehrbuch*, 14.^a ed., 1847, § 17 (aquí alude a un segundo fundamento jurídico: «la necesidad de asegurar los derechos de todos»).

castigo¹²⁵⁶); para luego, ante las críticas recibidas¹²⁵⁷, entender como un consentimiento normativo (quien comete un delito pese a conocer el delito y la pena, consciente de manera jurídicamente necesaria la imposición de la pena) y para finalmente, abandonando toda referencia al consentimiento, entender que el fundamento jurídico de la imposición de la pena se agota en el hecho de su anterior conminación legal¹²⁵⁸. En cuanto a las finalidades, Feuerbach entendió que mientras la conminación penal tenía la finalidad de prevenir los delitos mediante la coacción psicológica¹²⁵⁹, la imposición de la pena tenía como finalidad directa el confirmar la realidad de la conminación penal¹²⁶⁰.

3. La teoría de la pena de Binding.

1. Binding, principal representante del iuspositivismo jurídico y férreo defensor de una postura opositora a una concepción iusnaturalista del Estado¹²⁶¹, se separó de la orientación desarrollada por Feuerbach y consideró que las perspectivas retributivas de Kant y Hegel eran «con diferencia las más grandiosas teorías de la pena» pues «el poder y la necesidad de la pena en ningún lugar se presentan de manera tan impresionante como en ellas»¹²⁶². Binding es conocido, entre otras cosas, por lo que la historiografía ha denominado como la

¹²⁵⁶ Feuerbach, *Revision*, t. I, 1799, 53 ss. Como bien señala Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 53, esta «teoría del consentimiento» no fue una innovación de Feuerbach: ya antes había sido planteada por filósofos y juristas, por lo menos desde Grotius.

¹²⁵⁷ Principalmente, las objeciones de Klein y Grolman. Al respecto, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 53, n. 87 s., con múltiples referencias.

¹²⁵⁸ Feuerbach, *Lehrbuch*, 14.^a ed., § 17.

¹²⁵⁹ Feuerbach, *Lehrbuch*, 14.^a ed., § 133. Feuerbach entendió que, junto a la finalidad de prevenir el delito mediante la intimidación, había también otras «posibles finalidades accesorias»: «1) intimidación inmediata a través de la imposición; 2) Aseguramiento del Estado ante el criminal condenado; 3) mejora jurídica del condenado».

¹²⁶⁰ Feuerbach, *Revision*, t. I, 1799, 50 ss. Como se aprecia en la nota a pie anterior, Feuerbach, *Lehrbuch*, 14.^a ed., § 133, considera que la finalidad mediata o indirecta de la imposición de la pena es la intimidación. Esta adición se debe a las críticas a él formuladas, consistentes en señalar que su teoría no se aleja mucho de la denominada «teoría de la intimidación», criticada por Feuerbach y ampliamente extendida en su tiempo. Al respecto, con mayores referencias, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 51 ss.

¹²⁶¹ Binding recibió gran influencia del liberalismo en sus planteamientos, Siguiendo a Kant y Feuerbach, también propuso la férrea distinción entre derecho y moral. Al respecto Suhr, *Strafrecht*, 1947, 1 ss.

¹²⁶² Binding, *Grundriss*, 8.^a ed., 1913, 215.

«lucha de escuelas» entre los «clásicos» (guiados por Binding) y los «modernos» (liderados por von Liszt). Entre una serie de aspectos jurídico-penales y filosóficos que fueron objeto de debate, la discusión sobre la justificación de la pena estatal recibió una especial atención¹²⁶³. Binding rechazó una concepción de la pena de carácter preventivo, tanto general como especial¹²⁶⁴, lo que quedó en evidencia al oponerse a von Liszt (que planteaba una reunión de las perspectivas preventivo-generales y preventivo-especiales) y al rechazar una concepción puramente preventivo-general en el sentido de la «teoría de la intimidación»¹²⁶⁵.

2. Binding consideró que la pena era «una afectación a los derechos o bienes jurídicos que el Estado, amparado por el derecho, impone al delincuente para la satisfacción por su irreparable y culpable violación del derecho, manteniendo así íntegra la autoridad de la ley lesionada»¹²⁶⁶. En ese sentido, se suele señalar que, en el pensamiento del citado autor, la pena representaba la «preservación de la magnificencia del Derecho» («*Bewährung der Rechtsherrlichkeit*»), lo que solo podría ser alcanzado mediante el sometimiento del delincuente a la fuerza del Derecho. Como antes lo había destacado Feuerbach, la pena era, también para Binding, un mal¹²⁶⁷. Este, sin embargo, debía ser adecuado y proporcionado a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor. En definitiva, según Binding, la pena se impone para el mantenimiento del ordenamiento jurídico¹²⁶⁸.

¹²⁶³ Binding y su discípulo Nagler fueron los representantes más destacados de la concepción retribucionista como fundamento de la penal estatal a finales del siglo XIX y principios del XX.

¹²⁶⁴ Binding consideró que una concepción preventiva no solo representaba un peligro para la autoridad estatal, sino que también era incompatible con la ley positiva. Al respecto, Binding, *Grundriss*, 8.ª ed., 1913, 204. Binding, *Grundriss*, 8.ª ed., 1913, 208, consideraba que las teorías relativas «no eran más que filosofía del Derecho natural», por lo que «no puede ocultarse su inconsistencia científica».

¹²⁶⁵ Binding, *Grundriss*, 8.ª ed., 1913, 220.

¹²⁶⁶ Binding, *Grundriss*, 8.ª ed., 1913, 226.

¹²⁶⁷ Binding, *Grundriss*, 8.ª ed., 1913, 226.

¹²⁶⁸ Binding, *Grundriss*, 8.ª ed., 1913, XV.

3. Binding fue el creador de la teoría de las normas en la ciencia jurídico-penal alemana¹²⁶⁹. Este planteamiento, novedoso en su momento, supuso esencialmente dos asuntos destacables. Primero, Binding planteó la separación entre la «norma» («*Norm*») y la «Ley penal» («*Strafgesetz*»): mientras la primera constituye un mensaje prescriptivo portador de un mandato o prohibición (independiente de la amenaza de pena) dirigido al ciudadano, la segunda se refiere a la disposición legal que habilita al juez la imposición de la pena como legítima reacción jurídica por la infracción de aquella norma. Esta separación conceptual se dedujo de la observación de que, al cometer un delito, el autor no infringe la ley penal, sino que la cumple¹²⁷⁰. Es la norma, cronológicamente previa a la ley penal, la que es infringida¹²⁷¹. Segundo, que la norma constituye una norma de Derecho público, mientras que la ley penal, que es la disposición con genuina naturaleza jurídico-penal, es la que habilita la imposición de la pena por la comisión del hecho contrario a la norma (esto es, por la realización de un injusto culpable)¹²⁷².

4. Binding, como Feuerbach, consideró necesario mantener la separación conceptual entre conminación penal e imposición de la pena¹²⁷³. Y esto tanto con respecto al fundamento jurídico como con su finalidad. En lo que respecta al fundamento de la conminación penal, Binding señaló que radica en la sospecha del Estado de que su derecho estatal de subordinación no se cumpliría suficientemente mediante las normas (mandatos o prohibiciones de Derecho público)¹²⁷⁴. Por su parte, el fundamento jurídico de la imposición de la pena radicaría simplemente en el incumplimiento culpable del derecho estatal de subordinación¹²⁷⁵. Con respecto a la finalidad de la conminación penal, Binding

¹²⁶⁹ Una amplia exposición sobre la denominada «teoría de las normas» de Binding, debido a los límites formales de esta contribución, no puede realizarse en este lugar. Al respecto, sigue siendo fundamental Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas*, 1977, 1 ss.

¹²⁷⁰ Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 1890, 4.

¹²⁷¹ Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 1890, 4.

¹²⁷² Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 1890, 134.

¹²⁷³ Al respecto, por todos, Müller, H., *Generalprävention*, 1984, 314.

¹²⁷⁴ Así, Müller, H., *Generalprävention*, 1984, 312.

¹²⁷⁵ Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 298. De esta aseveración se desprenden importantes consecuencias ya en el ámbito del concepto de delito: solo se podría imponer a una pena a quien

consideró que la ley penal debe surtir efectos a la manera de una intimidación¹²⁷⁶, hasta el punto de constituirse en la forma más enérgica de coacción psicológica¹²⁷⁷. En ese sentido, el citado autor consideró tal finalidad como una forma de «*Sicherungszwang*»¹²⁷⁸, con la que se pretendía asegurar el cumplimiento de un deber a través de los obligados¹²⁷⁹. Ahora bien, con respecto a la finalidad de la imposición de la pena, Binding, a diferencia de la conminación penal (que, como se dijo, obedece a la idea de la «*Sicherungszwang*»), la concibió como «*Rechtsbewahrungszwang*»¹²⁸⁰, en el sentido de la negación hegeliana del injusto. En ese sentido, el derecho estatal de subordinación, con el delito, se convierte en un derecho al «mantenimiento de la magnificencia del derecho»¹²⁸¹. En definitiva, tanto la «satisfacción» («*Genugtuung*») como la «preservación del derecho» («*Rechtsbewahrung*») constituyen el fin de la imposición de la pena¹²⁸².

4. La concepción dominante.

1. En la actualidad se reconoce que la teoría de la prevención general positiva es el planteamiento dominante en cuanto a la justificación de la pena estatal. Así, a partir de la contribución de varios autores alemanes y escandinavos¹²⁸³, se desarrolló una nueva comprensión de la prevención general: de una concepción intimidatoria (prevención general negativa) a una integradora (prevención general positiva). En esta nueva concepción, se pretende una concreción de la integración social y de la socialización sin recurrir a efectos intimidatorios (que,

sea capaz de cumplir las exigencias de la norma. Sobre este asunto, Molina Fernández, *Antijuridicidad*, 2001, 301 ss.

¹²⁷⁶ Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 424.

¹²⁷⁷ Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 500.

¹²⁷⁸ El término «*Sicherungszwang*» es de difícil traducción, aunque, si no entiendo mal, parece ser que Binding parece querer hacer referencia a él a una suerte de «coacción aseguradora» que, según el citado autor, se deduce de la coacción psicológica (como la planteada por Feuerbach). Así, Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 1890, 497, señala que tal «coacción aseguradora», «según su finalidad, es el cumplimiento de la coacción, no inmediata, sino solo aseguradora». Y es aseguradora pues, en su opinión, actúa solo de manera psicológica, sin recurrir a medios físicos. Al respecto, Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 1890, 500, donde habla de otros tipos de coacción «no aseguradora» y que son «esencialmente coacción física».

¹²⁷⁹ Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 1890, 497.

¹²⁸⁰ Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 1890, 500.

¹²⁸¹ Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 1890, 426.

¹²⁸² Müller, H., *Generalprävention*, 1984, 314.

¹²⁸³ Al respecto, Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 165.

se sostiene, poseen una tendencia natural hacia la agravación y pueden presentarse como problemáticos desde la perspectiva del Estado de Derecho)¹²⁸⁴. Lo que en la actualidad se conoce como «prevención general positiva» es, en realidad, una serie de planteamientos que tienen en común la adopción de una dirección distinta a la prevención de delitos mediante la intimidación. En ese sentido, consideran que la prevención debe llevarse a cabo mediante otras estrategias: mediante el reforzamiento o la estabilización de la conciencia jurídica o las convicciones valorativas de los ciudadanos, mediante el ejercicio de la fidelidad al derecho, etc.¹²⁸⁵.

2. El que se considere que lo relevante no son los efectos de la intimidación, sino los efectos del mantenimiento del ordenamiento jurídico, ha permitido una nueva comprensión general de la pena como institución jurídica. Como se ha visto antes, la prevención general negativa tenía como destinatario de la conminación penal a los potenciales delincuentes. La prevención general positiva plantea una orientación distinta: los destinatarios son los ciudadanos fieles al derecho (o, como también se les ha denominado, las «potenciales víctimas», en contraposición a los «potenciales delincuentes» de la prevención general negativa)¹²⁸⁶. Con todo, se produce una alteración de gran importancia en el ámbito de la teoría de la prevención general positiva: en la medida que los efectos integradores se producen mediante la imposición de la pena (pues esta es considerada por la generalidad como justa), entonces será posible decir que, a diferencia de lo planteado por los modelos de Feuerbach y Binding, el momento de la conminación penal queda integrado con el de la imposición de la pena¹²⁸⁷. De esta manera, es posible observar que el momento de la imposición de la pena adquiere una relevancia que era difícil sostener en la teoría preventivo-general negativa más difundida (en la que la imposición de la pena solo expresaba la seriedad de la conminación penal).

¹²⁸⁴ Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 167.

¹²⁸⁵ Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 167.

¹²⁸⁶ Por todos, Alcácer Girao, ADPCP 1998, 373; Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 169.

¹²⁸⁷ También, Alcácer Girao, ADPCP 1998, 373; Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 168.

3. Por solo mencionar una de las propuestas más difundidas en la ciencia jurídico-penal, la denominada «teoría dialéctica de la unión» formulada por Roxin posee principalmente una dimensión preventiva, quedando la idea de la retribución en un segundo plano, desempeñando únicamente una función limitadora¹²⁸⁸. En ese sentido, desde esta perspectiva, la culpabilidad es condición necesaria pero no suficiente para la imposición de la pena. La propuesta de Roxin reconoce una serie de dimensiones interrelacionadas entre ellas, de tal manera que se pueda verificar una pena conforme a lo exigido en un Estado de Derecho: la imposición de una pena conforme al grado de culpabilidad posee fines preventivos, de lo que se deduce que la pena debe tener efectos de psicología social, pero estos deben estar sujetos a los límites de la propia culpabilidad del penado, lo que, dicho de otro modo, supone decir que la pena impuesta no puede superar la culpabilidad del autor. Que un individuo sea culpable no supone de manera automática que se le deba imponer una pena: habrá que determinar la necesidad de pena (regida por consideraciones preventivas). Si hay esta necesidad, la pena impuesta es limitada por el principio de culpabilidad. Si no hay esa necesidad, la pena no se impone, pese a que el individuo sea culpable (esto es, pese a concurrir el merecimiento de pena). La imposición de la pena requiere en todo caso la verificación de la culpabilidad del autor, pero la culpabilidad del autor no asegura en todo caso la imposición de una pena. Asimismo, esta comprensión permite la imposición de una pena por debajo del límite mínimo (por consideraciones preventivo-especiales) pues, como es conocido, la culpabilidad solo ejerce su función limitadora en cuanto al máximo de la pena¹²⁸⁹.

¹²⁸⁸ Al respecto, Roxin, *DP. PG.*, t. I, 1997, 3/53.

¹²⁸⁹ Lo importante de este planteamiento es que la pena podría quedar por debajo de las exigencias de la culpabilidad en la medida que esta no opera como límite mínimo, sino como límite máximo. En ese sentido, es ampliamente difundida en la doctrina la idea de que, en supuestos excepcionales (principalmente por razones preventivo-especiales) que la pena sea inferior a la proporcional a la culpabilidad.

5. Consideraciones finales.

1. Con la breve exposición acabada de realizar se ha intentado explicar, de manera resumida, que las concretas manifestaciones de la pena, la conminación y la imposición, han sido objeto de un amplio tratamiento por las más diversas exposiciones orientadas a la justificación de la pena estatal. En ese marco, debe señalarse que el principal interés de esa exposición ha consistido en destacar la dimensión retributiva de la pena. Y esto debido a la ya mencionada «reparación» en la doctrina jurídico-penal de los planteamientos de corte retribucionista, pese al muy arraigado escepticismo sobre el sostenimiento científico de ese tipo de planteamientos. En realidad, denominar «reparación» o «renacimiento» del retribucionismo no resultaría lo más correcto pues el elemento retributivo siempre ha estado presente en las teorías orientadas a la justificación de la pena estatal. En este sentido, la tradicional contraposición entre teorías absolutas y teorías relativas no es más que aparente¹²⁹⁰ por lo que, en última instancia, debería ser superada¹²⁹¹. Y esto es así pues el elemento retributivo está presente en unas y otras, solo que, mientras en las primeras es reconocido expresamente, en las segundas busca disimularse o limitarse. La retribución aparece tanto en algunas versiones de la prevención general positiva, como también en algunas teorías de la unión con la denominación «culpabilidad como límite de la prevención»¹²⁹².

2. Se señala que, si bien el merecimiento justo es un elemento irrenunciable del fenómeno punitivo¹²⁹³, las teorías retribucionistas, si bien justifican la imposición de la pena a un sujeto, no justifican la pena frente a los demás, esto es, no explican por qué los demás miembros de la sociedad necesitan que se impongan penas¹²⁹⁴.

¹²⁹⁰ Frisch, InDret 3/2014, 7 ss.

¹²⁹¹ Por ejemplo, Hörnle, *Straftheorien*, 2011, 15 ss., 25 ss., propone una redefinición del debate: se enfrentarían teorías prevencionistas contra teorías expresivas, lo que, en su opinión, supone la sustitución del término «teorías absolutas» por «teorías expresivas» de la pena. Al respecto, también Mañalich, InDret 2/2015, 11. Si bien la distinción entre teorías absolutas y relativas coincide aparentemente con aquella, propia de la ética normativa, entre teorías deontológicas y consecuencialistas, es posible afirmar que una teoría retribucionista puede tener un fundamento consecuencialista. Al respecto también, Roxin, GA 2015, 186.

¹²⁹² Roxin, *DP. PG.*, t. I, 1997, 3/46.

¹²⁹³ Por todos, Roxin, *DP. PG.*, t. I, 1997, 3/46.

¹²⁹⁴ Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 65.

En ese marco, se señala que las teorías retributivas tienen problemas para explicar por qué el Estado debe renunciar de manera total o parcial a la imposición de la pena que, si bien es merecida, no es necesaria¹²⁹⁵. Las teorías retributivas no explicarían el escenario en el que se deba renunciar total o parcialmente a la imposición de una pena que se estime como merecida, pues los motivos de tal renuncia provienen de la necesidad general o concreta de pena que, en última instancia, se refiere a la prevención general (que es más que una mera función latente de la pena o un efecto secundario o acompañante de la confirmación del restablecimiento del Derecho)¹²⁹⁶. Por lo tanto, se señala que, si bien es correcto afirmar que la pena, como respuesta jurídica, desvalora, censura o reprocha, sería aún insuficiente para justificar su imposición. Esa perspectiva ha de complementarse por otra que, emanada de la concepción de un Estado que desempeñe una función protectora, permite verter sobre la pena la necesidad de analizarla desde una perspectiva preventiva¹²⁹⁷.

3. Sin embargo, es importante mencionar que las teorías retributivas no desconocieron posibles efectos preventivos. Es decir, los retribucionistas clásicos nunca negaron que la pena adecuada a la culpabilidad (esto es, una retribución justa) tenga efectos sociopsicológicos útiles para la sociedad. Por ejemplo, Binding, sobre todo después de su discusión con von Liszt, considero que en el marco de la determinación de la pena era posible reconocer ciertos efectos preventivos¹²⁹⁸. Esto posiblemente explique que un destacado retribucionista como Binding haya señalado, en un escrito de inicios del siglo pasado, que «hoy

¹²⁹⁵ Al respecto, Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 65. También, Roxin, GA 2015, 188. Si la teoría de la pena no solo debe responder a la pregunta de *cuándo se impone*, sino también a la de *cuándo es posible renunciar a ella*, entonces un planteamiento retributivo no podría brindar una explicación satisfactoria al respecto. En opinión de Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 65, las teorías retributivas clásicas y las «neoretributivas» no han podido solucionar este problema.

¹²⁹⁶ En efecto, los defensores de una concepción retributiva consideran como una cuestión secundaria los efectos preventivo-generales. Por todos, Köhler, *Strafrecht*, 1997, 37, 48 ss.

¹²⁹⁷ Roxin, *DP. PG.*, t. I, 1997, 3/9, considera que el Estado no le resulta posible ni permitido realizar la idea metafísica de justicia, sino solo garantizar una vida común y pacífica en libertad.

¹²⁹⁸ Por todos, Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 1890, 221, 423. Con todo, los fundamentos de la pena que ofrece Binding no permiten considerar, como en la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, que la imposición de la pena debe ocurrir para asegurar el efecto deseado de la conminación penal (Müller, H., *Generalprävention*, 1984, 315). Binding consideró que el planteamiento de Feuerbach entrañaba «una inconcebible confusión entre efecto reflejo y finalidad de la pena» (Binding, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 500).

nadie hay que no sea relativista»¹²⁹⁹. Por lo tanto, aunque frecuentemente se haya criticado al pensamiento retributivo por carecer de una finalidad¹³⁰⁰ (lo que, según la opinión mayoritaria, lo pondría en una situación desventajosa para justificar la pena estatal en un Estado de Derecho), se ha visto que los efectos sociopsicológicos no son negados en ninguna medida. La calificación de una concepción retributiva como «libre de fin» o, en todo caso, su desestimación por la sola consideración de que un Derecho penal de un Estado de Derecho debe cumplir finalidades sociales, no puede ser admitida: tales efectos nunca se han negado, así como que tampoco se han desconocido tales efectos como criterios a tomar en cuenta para la imposición de la pena.

4. Cuando los defensores de la actualmente mayoritaria teoría de la prevención general positiva señalan que los efectos de la pena impuesta¹³⁰¹ proporcionan la sensación de integración de una comunidad jurídica que funciona (con lo que se produce, consecuentemente, el restablecimiento de la paz jurídica o un efecto de pacificación social que tiene efectos preventivos en sí mismo)¹³⁰², recuerda la concepción retributiva que, como se dijo, no negaba la concurrencia de efectos de la pena como compensación de la culpabilidad. En ese sentido, vale la pena destacar la cercanía que a primera vista se puede encontrar en la concepción retributiva con la de la prevención general positiva¹³⁰³. En ambos casos la

¹²⁹⁹ Beling, *Vergeltungsidee*, 1908, 3.

¹³⁰⁰ Roxin, *DP. PG.*, t. I, 1997, 3/8. En efecto, frecuentemente se señala que la teoría retributiva de la pena carece de una finalidad. Sin embargo, pienso que esta afirmación debería ser relativizada. Así, es claro que si por «finalidad» se entiende una de carácter «social» (o, en general, cualquier situación de carácter empírico), la retribución puede no poseer ninguna. Sin embargo, se debe destacar que por «finalidad» se puede entender lo que desde la perspectiva de la propia concepción retributiva se considera la «esencia» o el «sentido» de la pena: la compensación de culpabilidad. Desde este punto de vista, la «finalidad» que podría afirmarse sería aquella a la «realización de la justicia». Si esto es así, se podrá afirmar que la teoría retributiva tiene como fin «la retribución justa». Al respecto, por todos, Roxin, *DP. PG.*, t. I, 1997, 3/3, n. 3.

¹³⁰¹ Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 171, reconoce los siguientes efectos: un efecto sociopedagógico que genera la pena justa y que como consecuencia genera una interiorización de que el delito no es rentable y que es mejor conservar la fidelidad al derecho; y, un efecto de confianza en la protección que concede el ordenamiento jurídico y en que las normas (las prohibiciones de matar o robar, por ejemplo) mantienen su vigencia. Por su parte, Roxin, *GA* 2015, 190, distingue entre un «efecto de aprendizaje», un «efecto de confianza» y un «efecto de pacificación».

¹³⁰² Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 171. El aspecto de la pacificación social que se produce cuando un conflicto de relevancia penal obtiene una solución correcta y esto genera un sentimiento generalizado de satisfacción con esa solución, evoca los planteamientos de retribucionistas como, entre otros, Binding, Beling y Nagler.

¹³⁰³ Por todos, véase, Pérez Manzano, *Culpabilidad*, 1986, 263 ss.; Alcácer Guirao, *ADPCP* 1998, 373 ss. (especialmente la nota a pie 12, donde hay múltiples referencias).

imposición de la pena genera efectos sociales: mientras que en la teoría retributiva la retribución justa desplegaba efectos sociopsicológicos positivos¹³⁰⁴, en la teoría de la prevención general positiva solo la pena justa puede cumplir su finalidad preventivo-general¹³⁰⁵. En mi opinión, a partir de esta aseveración debe analizarse si los efectos preventivos deben adquirir una mayor trascendencia (más que la dimensión puramente retributiva), sobre todo cuando se ha admitido que los efectos preventivos del Derecho penal no pueden ser reconocidos por las ciencias sociales¹³⁰⁶.

5. En todo caso, la ciencia jurídico-penal, después de la simbólica «despedida» a Kant y Hegel en los años sesenta del siglo pasado, ha optado por comprender a la pena esencialmente desde una perspectiva preventiva (o, dicho con mayor precisión, consecuencialista). De esta manera, la pena se fundamenta, conforme a la actual opinión mayoritaria, en las necesidades preventivas, por lo que el merecimiento constituiría solo un límite a la obtención de tales necesidades (pues así se impediría, por ejemplo, la imposición de penas que sobrepasen la culpabilidad, aunque con ellas se cumplan fines preventivo-generales). El merecimiento, entonces, si bien limita, no fundamenta: la sanción penal no se sostiene en la culpabilidad, sino que esta solo constituye un elemento que desempeña un rol delimitador a las necesidades preventivas¹³⁰⁷. Al parecer, la doctrina mayoritaria considera que si eso no fuera así (esto es, si se entendiera el merecimiento como fundamento), habría un irrestricto y absoluto «deber» del Estado a penar, independientemente de cualquier otra consideración¹³⁰⁸. Por lo

¹³⁰⁴ Al respecto, Köhler, *Strafrecht*, 1997, 50, considerado como el principal representante contemporáneo de una comprensión neoclásica de la pena, reconoce que la pena justa fundamenta un contexto preventivo.

¹³⁰⁵ Lo destaca también, Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 227, quien, refiriéndose a Roxin, señala que este autor «recupera» la idea de que la retribución poseía determinados efectos sociopsicológicos positivos.

¹³⁰⁶ Roxin, GA 2015, 190 s. También, recientemente, Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 237.

¹³⁰⁷ Roxin, GA 2015, 193, señala que «En la jurisprudencia y doctrina alemanas es casi indiscutido que la pena estatal, incluso cuando sirve a fines preventivos, está limitada, tanto en lo que atañe a su fundamento como a su gravedad, en función de la culpabilidad del autor. Es decir: la culpabilidad, un elemento de las clásicas teorías absolutas, no es utilizada para retribuir, sino como el principio de medida y de limitación que le falta a las teorías preventivas».

¹³⁰⁸ Al respecto, Ortiz de Urbina Gimeno, en: Carnevali (Coord.), *Justicia penal*, 2017, 434, donde señala que «La razón por la que la doctrina mayoritaria ha intentado defender la justicia de imponer penas sin atender al merecimiento (pero sin rebasar éste) ha sido la errónea asociación de la existencia de un papel fundamentador para el merecimiento con la obligatoria imposición

tanto, con la existencia de un merecimiento (no solo limitador sino también fundamentador) se haría realidad el adagio kantiano: «¡*Fiat justitia, pereat mundus!*!».

6. No considero que sea posible cuestionar la existencia de límites que no necesariamente fundamenten. Así, es posible verificar limitaciones deontológicas (límites a la pena) independientes del merecimiento¹³⁰⁹. Sin embargo, sí reconozco que la perspectiva por la cual el principio de culpabilidad solo tiene como función político-criminal la limitación de la injerencia del Estado en beneficio del individuo (para defenderlo de los posibles excesos de los postulados de la prevención general y de la prevención especial), sí que se presenta como una fundamentación conveniente para evitar las objeciones a las teorías absolutas (pues aquella fundamentación reconoce un nivel de merecimiento, aunque limitado) y las críticas al libre albedrío como una orientación científicamente indemostrable¹³¹⁰. La concepción únicamente limitadora (pero no fundamentadora) que Roxin concede a la culpabilidad es acorde con su concepción de la libertad, la que, en su opinión, si bien no es comprobable, no resulta determinante para su concepto de responsabilidad (en el que las finalidades preventivas desempeñan un rol fundamental)¹³¹¹. En todo caso sí que es posible reprochar a Roxin el hecho de que el principio de culpabilidad, aunque opere solo como un límite político-criminal (la culpabilidad, en su planteamiento, solo determina el límite máximo de la prevención general), precisa todavía de una fundamentación propia que no se encuentra en ningún lugar de su construcción¹³¹².

de pena en caso de existir el merecimiento. Como muestra la elaboración teórica en torno al retribucionismo en el entorno angloamericano, tal asociación es errónea».

¹³⁰⁹ Se trata de limitaciones deontológicas a imponer al Estado. Por ejemplo, las garantías de presunción de inocencia, derecho a la producción de prueba, a no autoincriminarse, etc.). Estas garantías se otorgan a todo procesado, de manera independiente a su merecimiento. El sujeto puede ser culpable, pero igual las garantías den cumplirse. Se habla aquí de restricciones deontológicas en el sentido de las «restricciones laterales» de Nozick. Al respecto, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 117 ss., 179 ss.

¹³¹⁰ Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 221.

¹³¹¹ Roxin, DP. PG., t. I, 1997, 19/34 ss.

¹³¹² Al respecto, en el mismo sentido, Feijoo Sánchez, *Pena*, 2014, 225.

7. Ahora bien, el retribucionismo contemporáneo -a diferencia de los planteamientos más clásicos¹³¹³- parece no considerar que la pena deba imponerse «a toda costa»¹³¹⁴. No existe un deber del Estado a penar, pero sí existe un deber de imponer penas justas: no excesivas ni tampoco benignas. En ese sentido, pienso que, aunque se considere que la culpabilidad solo desempeña una función limitadora, esta encubre también una de carácter fundamentador. La función de delimitación queda clara cuando se impide que la imposición de la pena vaya más allá de la culpabilidad del condenado. Pero si este no es el caso, es decir, si no se alcanza ese límite, entonces no hay por qué recurrir a tal función delimitadora. Dicho de otra manera: antes de alcanzar el límite, la culpabilidad no solo limita, sino que necesariamente tendría que fundamentar. Y esto tampoco supondría la existencia de un deber de penar por parte del Estado: que pueda hacerlo no significa que deba hacerlo, esto es, deber implica poder, pero poder no implica deber¹³¹⁵. El concepto de merecimiento desempeñaría, por tanto, una doble función: como límite y como fundamento, siendo esto precisamente lo que parece no admitir la opinión mayoritaria, que se concentra en la función limitadora¹³¹⁶.

8. Finalmente, considero que no es mediante la imposición de la pena la forma que tiene el Estado de hacer justicia, sino que esto ya se produce con la declaración estatal de que el individuo ha infringido un deber impuesto por una norma que a él se le dirigía. Esta posición no se relaciona con la idea, desarrollada por Jakobs, de que el fin de la pena (desde una perspectiva comunicativa) se orienta a asegurar la vigencia de la norma, pues no considero admisible su

¹³¹³ En la concepción de Binding, al parecer, el Estado tenía el deber de castigar, pues solo mediante el cumplimiento de ese deber era posible el mantenimiento de la autoridad de la ley lesionada. Beling, también defensor de una concepción retributiva, parece considerar, en oposición al planteamiento de Binding, que no se trata tanto de un deber (ni de un derecho), aunque sí considera que la pena protege la autoridad del Estado. Al respecto, Beling, *Vergeltungsidee*, 1908, 43, 50, 127. Beling entiende a su teoría jurídica como «teoría jurídica de la retribución como retribución estatal».

¹³¹⁴ Ortiz de Urbina Gimeno, en: Carnevali (Coord.), *Justicia penal*, 2017, 428.

¹³¹⁵ Ortiz de Urbina Gimeno, en: Carnevali (Coord.), *Justicia penal*, 2017, 428, donde también señala: «Lo que falta en la comprensión mayoritaria del principio de culpabilidad como límite es reconocer que éste no puede cumplir tal misión sin el concepto de merecimiento, y que este último tiene necesariamente que tener una función doble, al tiempo fundamentadora y limitadora».

¹³¹⁶ Ortiz de Urbina Gimeno, en: Carnevali (Coord.), *Justicia penal*, 2017, 428.

concepto de norma (como expectativa normativa)¹³¹⁷. En ese sentido, solo una norma entendida como norma de determinación (planteamiento directamente opuesto al de Jakobs, aunque tributario de las enseñanzas de Binding), esto es, como mensaje prescriptivo portador de un mandato o una prohibición, que establezca una relación normativa entre la norma y su destinatario, permitirá justificar la pena frente a él en caso de que este haya infringido esa norma. Solo si se produce una justificación de la pena frente al individuo, será posible imponer una pena o, dicho de otra manera, justificar el merecimiento (en su dimensión fundamentadora). Esto, sin embargo, no impide, que aquella pena, al no poder justificarse frente a la sociedad (esto es, no sea necesaria), pueda no ser impuesta¹³¹⁸.

9. En todo caso, de considerar necesaria la pena, esta debe ser nuevamente justificada frente al individuo y no solo frente a la sociedad. Aunque esta idea parezca obvia, no parece haber sido lo suficientemente estimada, pues ha sido considerada como uno de los principales defectos de la dominante teoría de la prevención general positiva¹³¹⁹: la imposición de la pena estatal se justifica bajo la consideración de su necesidad social, pero se pasa por alto que los fines que aquella imposición pretende se realizan por sobre el propio individuo, esto es, sobre su libertad¹³²⁰. Que esto sea así, es decir, que la imposición de la pena se justifique socialmente pero que tal imposición suponga una intensa afectación de la libertad del individuo para comunicar a otros que el Derecho sigue vigente,

¹³¹⁷ Jakobs, *Estudios*, 1997, 226.

¹³¹⁸ La crítica a la teoría retribucionista era precisamente que no explica por qué los demás miembros de la sociedad necesitan que se imponga una pena (no se justifica la pena frente a la sociedad, sobre todo en el caso de que la pena, aunque merecida, no sea necesaria), mientras que la crítica a la teoría de la prevención general positiva radica en que no se explica por qué ha de imponerse una pena que genere efectos preventivos (se justifica el merecimiento de la pena frente al individuo, pero no se justifica frente a él la necesidad de que esa pena se le imponga para cumplir esos efectos).

¹³¹⁹ Lo reconoce también Roxin, GA 2015, 193.

¹³²⁰ Roxin, GA 2015, 193, señala: «(...) cuando el autor es castigado para fortalecer la conciencia jurídica de la generalidad, la sanción no se impone en aras de él mismo, sino que sirve, antes bien, a finalidades que, lejos de concernirle a él, están orientadas a influir en otras personas. Si un delincuente tiene que ser utilizado para esos fines, ello requiere de una justificación independiente de los fines en sí mismos. En particular debe serle explicado -y de un modo ético-jurídicamente convincente- por qué él debe tolerar mermas en sus libertades para evitar delitos de otros».

necesita una nueva justificación ético-jurídica frente ese individuo¹³²¹. De no realizar esta justificación adicional frente al culpable, entonces se estaría vulnerando la «prohibición de instrumentalización»¹³²², esto es, se estaría utilizando a ese individuo como un objeto (y esto tanto para la prevención general positiva como para la negativa)¹³²³ o, dicho de otra manera, se estaría ubicando al culpable al servicio de los fines preventivos del Derecho penal sin justificar frente a él el motivo de esta forma de proceder.

10. Este déficit en la justificación, que puede encontrarse en la concepción mayoritaria (una concepción dualista de la pena en la que la culpabilidad ejerce solamente una función limitadora¹³²⁴), ha sido objeto de análisis por algunos autores en la doctrina, de cara a plantear una correspondiente solución¹³²⁵. Pues bien, en este marco, considero que la teoría de la norma en los términos planteados por Binding podría ser un punto de partida para abordar el problema e intentar brindar una alternativa satisfactoria para la solución de la cuestión de por qué sobre el individuo culpable recae una obligación adicional de tolerar los fines preventivos de la pena¹³²⁶. Los miembros de una sociedad tienen dos alternativas para su desarrollo social: limitar su libertad de acción para garantizar menores posibilidades de convertirse en víctimas de un delito o ampliar su libertad de acción, aunque esto suponga convertirse en víctimas de un delito. En un Estado moderno en el que se protege normativamente la libertad, se adopta

¹³²¹ Posiblemente uno de los primeros intentos para conseguir esto haya sido el realizado por Feuerbach, al considerar como fundamento de la imposición de la pena el consentimiento del individuo. Al respecto, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 373 ss.

¹³²² Curiosamente, Feuerbach, *Revision*, t. I, 1799, 89 ss., denunció también algo parecido frente a la denominada «teoría de la intimidación», ampliamente difundida en su época, que señalaba que la pena es impuesta con la finalidad de producir intimidación general. Esto, según Feuerbach, remitiéndose a Kant, significaría la infracción de la prohibición de no instrumentalización del hombre.

¹³²³ Al respecto, Von Hirsch/Hörnle, GA 1995, 269.

¹³²⁴ Así, Roxin, GA 2015, 195.

¹³²⁵ En la doctrina alemana hay algunas propuestas de solución para este «déficit en la justificación». No puedo aquí analizarlas por cuestiones de espacio. Al respecto, véase Neumann, *FS-Jakobs*, 2007, 449 s.; Hörnle, *Straftheorien*, 2011, 53 ss.; Pawlik, *Unrecht*, 2012, 90 ss.; Roxin, GA 2015, 197 ss.

¹³²⁶ Evidentemente, la utilización de la teoría de la norma de Binding necesita ser en muchos aspectos complementada. Por ejemplo, el modelo de Estado que se encuentra detrás de la formulación original de la teoría es en la actualidad inviable. Al respecto, por todos, Como señala Suhr, *Strafrecht*, 1947, *passim*. Cualquier propuesta debe tener como punto de partida un Estado que está obligado constitucionalmente a respetar la dignidad del hombre en el ejercicio de su poder.

la segunda alternativa. Por esto, el individuo que forma parte de una sociedad, para ejercer su libertad de acción (lo que no es más que la adecuación del comportamiento externo a lo mandado u ordenado por las normas) debe «pagar», como «precio» por ella, el riesgo de convertirse en víctima de un delito. En esa línea, el individuo que comete un delito (esto es, que infringe culpablemente el deber a él impuesto por una norma de determinación) debe «pagar» con su libertad, el «precio» que supondría la difusión de la idea, en la sociedad, de que la libertad de acción de los demás miembros de aquella tenga que limitarse al verificar que la posibilidad de convertirse en víctimas de un delito deja de ser un riesgo para convertirse en una realidad. De esta manera, el individuo merecedor de pena, con su hecho, se hace responsable de que la libertad de acción de los demás miembros de la sociedad deba ser mantenida a costa suya¹³²⁷. Se busca mantener, como puede preverse, un orden social (por lo que se reconocen aquí fines preventivos) pero no de cualquier tipo: solo el correspondiente a un Estado de libertades¹³²⁸.

Bibliografía¹³²⁹

Alcácer Girao, Rafael, «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», en: ADPCP 1998, 365-587.

Andrissek, Tobias R., *Vergeltung als Strafzweck*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

Beling, Ernst, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1908.

Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. I, 2.^a ed., 1890.

¹³²⁷ El individuo debe pagar con su libertad los costes que suponen el mantenimiento de la libertad de acción de los otros miembros de la sociedad.

¹³²⁸ Limitar la libertad de un individuo (que cumple con el merecimiento de pena) para mantener la libertad de acción de los demás miembros de la sociedad parece ser un efecto más concreto que los difusos efectos sociopsicológicos que son muchas veces criticados por su falta de demostración empírica.

¹³²⁹ En negrita se indican las palabras utilizadas en las notas a pie de página.

- *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Leipzig: Felix Meiner, 1913.

Feijoo Sánchez, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, Buenos Aires – Montevideo: B de F, 2014.

Feuerbach, Paul Johann Anselm von, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. I, Erfurt, 1799.

-, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. II, Erfurt, 1800.

-, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.^a ed., Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1847.

Frisch, Wolfgang, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Eds.), *Positive Generalprävention: kritisch Analysen im deutsch-englischen Dialog: Uppsala-Symposium 1996*, Heidelberg: Müller, 1998, 125-146.

-, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», traducido por Ivó Coca Vila, en: *InDret* 3/2014, 1-31.

Greco, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos de Derecho penal*, traducido por Paola Dropulich y José R. Béguelin, Madrid: Marcial Pons, 2015.

Hassemer, Winfried, «Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? – Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention», en: *Festschrift für Klaus Lüderssen : zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002* (citado como *FS-Lüderssen*), Baden-Baden: Nomos, 2002, 221-240.

Hirsch, Andreas von, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Element einer Rechtsfertigung», en: von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann. Kurt (Eds.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden: Nomos, 2011, 43-68.

Hirsch, Andreas von/Hörnle, Tatjana, «Positivegeneralprävention und Tadel», en: GA 1995, 261-282.

Hoffmann, Peter, *Vergeltung und Generalprävention im heutigen Strafrecht*, Aachen: Shaker, 1995.

Jakobs, Günther, «Representación del autor e imputación objetiva», traducido por Carlos Suárez González, en: *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 223-240.

Hörnle, Tatjana, *Straftheorien*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, traducido por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

Köhler, Michael, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Berlin – Heidelberg: Springer, 1997.

Mañalich, Juan Pablo, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling», en: InDret 2/2015, 1-33.

Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona: J. M. Bosch, 2001.

Müller, Helga, *Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1984.

Neumann, Ulfrid, «Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe», en: Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007 (citado como *FS-Jakobs*), Köln - München: Heymanns, 2007, 435-450.

Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, en: Carnevali (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2017.

Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (Fundamentos de la estructura de la teoría del delito), traducción de la 2.^a edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal y Miguel Díaz y García Conlledo, Madrid: Civitas, 1997.

-, «Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion», en: GA 2015, 185-202.

Suhr, Hans, *Karl Binding und das liberale Strafrecht des 19. Jahrhunderts*, Disertación de la Universidad de Gotinga, 1947.

Reflexiones sobre el recurso a la filosofía en el estudio del derecho constitucional

M. S. Pardo Vergara*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo reflexiona sobre el problema del análisis y delimitación de ideas que han suscitado y siguen suscitando un amplio interés en el ámbito filosófico y que a su vez corresponden a conceptos constitucionales. En particular, corresponde a un intento de sistematización de algunas de las conclusiones que hasta el momento ha podido extraer su autora con ocasión de su investigación doctoral, que tiene por objeto el estudio de las posibilidades conceptuales a que da lugar la consagración constitucional de la dignidad humana. Las reflexiones se presentan como afirmaciones relativas al concepto de dignidad, sin perjuicio de lo cual, en opinión de la autora, es posible defender su pertinencia respecto de otros conceptos que, como la dignidad, han sido y siguen siendo objeto de estudio y debate filosófico.

II. IDEAS (FILOSÓFICAS) QUE SE CONSTITUCIONALIZAN

Conceptos constitucionales como el de dignidad han llegado a formar parte de la constitución por una razón: al momento de su incorporación en el texto constitucional, se trataba de ideas que ya contaban con un bagaje importante fuera del mundo jurídico, en particular (aunque no exclusivamente) en lo que en términos amplios podemos llamar el ámbito filosófico. Se trata de conceptos que se encontraban “en el aire” en el momento histórico-político que da lugar al surgimiento de una nueva realidad constitucional, de ahí que pudiera echarse mano de ellas cuando se ejerce el poder constituyente. Ahora bien, sin duda una

* Profesora agregada de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, alumna del Programa de Doctorado en Derecho de la misma casa de estudios, y becaria CONICYT para Estudios de Doctorado en Chile - CONICYT-PFCHA/Doctorado Nacional / 2015-21151085.

vez que un concepto constitucional se populariza, se puede decir que se recurre a él en gran medida como consecuencia de la influencia de ciertas “tendencias” constitucionales. Lo dicho resulta claro respecto de la noción de dignidad, cuya incorporación constitucional es aún reciente. Si bien en la historia de las ideas la noción de dignidad puede ser rastreada al menos hasta Cicerón, recién a partir del siglo XX comienza a tener lugar su conversión en concepto de carácter constitucional, y sólo durante la segunda mitad del mismo puede estimarse que se populariza como concepto constitucional, lo que suele explicarse como consecuencia de su incorporación en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948)¹³³⁰ y la Ley Fundamental de Bonn (1949)¹³³¹. Tales documentos encuentran su antecedente inmediato en la Carta de Naciones Unidas, que en el contexto de la reprobación de los “sufrimientos indecibles” causados por la segunda guerra mundial, expresa el compromiso de los Estados de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”: en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la dignidad asumió un rol político de relevancia, al permitir que culturas con puntos de vista éticos muy diferentes, y variadas visiones acerca del Estado y el fundamento de los derechos humanos, hayan podido dejar de lado sus diferencias, generando cierto consenso para efectos de enfocarse en rechazar prácticas de innegables violaciones de los derechos humanos¹³³²; en el caso alemán, la dignidad humana se perfiló como afirmación de la primacía de la persona, que fue negada durante el régimen nacionalsocialista, y que en la fundación de un nuevo orden, debía desempeñar un rol preponderante¹³³³. Sin embargo, más allá de su rol histórico, fundacional, y del limitado consenso político que pueda generar, no parece exagerado señalar que la idea de dignidad como concepto jurídico es eminentemente contingente. Y si se atiende a la variedad de comprensiones de la dignidad que se encuentran

¹³³⁰ Art. 1.- “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

¹³³¹ Art. 1.- “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

¹³³² MCCRUDDEN (2008), p. 68.

¹³³³ BENDOR; SACHS (2011), p. 30.

en el desarrollo de la noción que tuvo lugar con anterioridad a su progresiva incorporación al ámbito jurídico, tal situación era al menos esperable. Cada vez más, la dignidad aparece como desligada del relato que la vincula a la posguerra, y se le atribuyen los más variados sentidos.

III. ALGUNAS DECISIONES JUDICIALES

Para efectos de ilustrar el problema, se dará cuenta brevemente de algunas decisiones judiciales en materia de dignidad humana correspondientes cuatro jurisdicciones en particular, que pueden considerarse como referentes en esta materia, dada la innovación y recurrente utilización del concepto de dignidad como fundamento de sus pronunciamientos:

Tribunal Constitucional Federal Alemán

(a) En el caso *Mephisto* (1971), el Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de la orden judicial que prohibió la distribución de la novela satírica así titulada por deshonrar el buen nombre y la memoria del fallecido actor Gustaf Gründgens. El recurso que reclamaba la inconstitucionalidad de la prohibición fue rechazado, argumentando que sería incompatible con la dignidad humana, en que se fundan todos los derechos básicos, permitir que la persona sea humillada o degradada, aunque sea después de su muerte¹³³⁴.

(b) En el caso *Luftsicherheitsgesetz* (2006), fue declarada la inconstitucionalidad de la disposición de la Ley de Seguridad de la Aviación alemana que otorgaba al ministro de defensa -con el consentimiento del ministro del interior- la facultad de ordenar a las fuerzas armadas el derribamiento de aviones de pasajeros destinados a ser utilizados como arma dirigida contra objetivos civiles. El argumento central del Tribunal fue que una orden de derribar una aeronave, aún en tales circunstancias, implicaría que el Estado tomaría directamente la vida de los pasajeros, lo que resultaría incompatible con el respeto por la dignidad humana, toda vez que los pasajeros deben ser considerados como seres humanos y no simplemente como el contenido de la aeronave¹³³⁵.

¹³³⁴ 30 BVerfGE 173; KOMMERS; MILLER (2012), pp. 359-360.

¹³³⁵ KOMMERS; MILLER (2012), pp. 396-397.

Corte Suprema de Canadá

(c) En el caso *Gosselin v. Quebec* (2002), la Corte sostuvo la constitucionalidad de un programa de trabajo provincial que ofrecía beneficios sociales por debajo del umbral de la pobreza a personas menores de 30 años, planteando que éste no debía ser calificado como discriminatorio, pues la dignidad del individuo no se veía afectada sino promovida, toda vez que el programa buscaba fomentar la autosuficiencia y autonomía de los jóvenes beneficiarios a través de su integración en la fuerza de trabajo productiva, combatiendo así “los perniciosos efectos secundarios del desempleo y la dependencia del bienestar”. En tal sentido, el incentivo apuntaba a “la realización de objetivos que van al corazón de la garantía de la igualdad: autodeterminación, autonomía personal, auto respeto, sentimientos de autoestima y empoderamiento. Éstos son el contenido y la sustancia de la dignidad humana esencial”¹³³⁶.

(d) En *R. v. Labaye* (2005), la Corte confirmó una condena por práctica de actos de indecencia impuesta por el mantenimiento de un burdel, arguyendo que la calificación de los actos cometidos en el establecimiento como “indecentes” procedía en tanto actos como éstos, que perpetúan imágenes negativas y degradantes de la humanidad tienden a socavar el respeto por los miembros de los grupos oprimidos y a predisponer a los demás a actuar de manera antisocial hacia ellos, lo que violaría la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos¹³³⁷.

Corte Constitucional de Sudáfrica.

(e) En el caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* (1998), el Tribunal sudafricano declaró la inconstitucionalidad del delito de sodomía por constituir una infracción de la dignidad e igualdad de las personas, afirmando que el hecho de penalizar una forma de expresión sexual para los hombres homosexuales implicaba su degradación y devaluación en la

¹³³⁶ *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, p. 65. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2027/index.do>

¹³³⁷ *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80, p. 46. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2263/index.do>

sociedad en general, lo que constituía una vulneración de su dignidad, al afectar su capacidad de “auto identificación y auto realización”¹³³⁸.

(f) La regulación de los derechos sociales en la Constitución de Sudáfrica y su tratamiento por parte de la Corte han sido celebrados internacionalmente, sobre todo a partir del caso Grootboom (2000), en que se puso de relieve la conexión entre la dignidad de las personas y los derechos socio-económicos, afirmando la obligación estatal calificada de satisfacer las necesidades básicas de aquellos cuyas necesidades son más urgentes y cuyas posibilidades de disfrutar de todos los derechos está más en peligro. En este sentido, se señaló que “la Constitución valdrá infinitamente menos que su papel si la razonabilidad de la acción estatal relacionada con la vivienda se determina sin tener en cuenta el valor constitucional fundamental de la dignidad humana. (...) los demandados tienen derecho a una acción razonable por parte del estado en todas las circunstancias y con especial atención a la dignidad humana”¹³³⁹.

Corte Suprema de Israel

(g) En el caso Station Film Co. (1994), la Corte sostuvo la constitucionalidad de la decisión de la Junta de Censura Cinematográfica de solicitar la supresión de ciertas secciones de una película que se estimaban degradantes para las mujeres, argumentando la importancia del valor artístico de la película debía ser ponderada con la necesidad de proteger la dignidad humana¹³⁴⁰.

(h) En *Let the Animals Live v. Hamat Gader Spa Village Inc.* (1997), el tribunal se pronunció sobre la juridicidad de las llamadas “luchas caimán-hombre”, en que se dirigía una serie de acciones contra el animal, causándole dolor y angustia, con el objeto de entretener a los huéspedes del establecimiento, lo que fue considerado como inmoral e impermisible, al tratarse de una criatura indefensa,

¹³³⁸ National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others (CCT11/98) [1998] ZACC 15; 1999 (1) SA 6; 1998 (12) BCLR 1517 (9 October 1998), p. 36. Disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1998/15.html>

¹³³⁹ Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000), p. 83. Disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>

¹³⁴⁰ KRETZMER (2002), p. 169

cuya situación se comparó con la de un menor: “Ninguno de los dos puede protegerse, ni reclamar su insulto, ni recuperar su dignidad”¹³⁴¹.

IV. ¿EN QUÉ CONSISTE AQUELLO QUE DENOMINAMOS DIGNIDAD?

El elemento común a estos pronunciamientos es, evidentemente, el concepto de dignidad humana. Sin embargo, es altamente discutible que la comprensión de la idea de dignidad sea la misma, incluso respecto de fallos emitidos en una misma jurisdicción.

Más bien parece ser que cada uno de estos fallos adopta un núcleo de significado distinto atribuible a la noción de dignidad. Esto es decir, puede estimarse que el punto de partida para la determinación de los efectos normativos del concepto de dignidad es diferente en cada caso. La tesis que surge a propósito del examen de la jurisprudencia constitucional es, entonces, que la operación de aplicación del concepto constitucional sólo se hace inteligible a la luz de una afirmación fundamental sobre la ontología de la dignidad (en qué consiste aquello que denominamos dignidad), que se toma por verdadera para efectos de formular la regla decisoria. Por consiguiente, la labor de identificar (inferir) el argumento que sirve de premisa (implícita) a la decisión judicial, permitirá comprender las consecuencias normativas que se derivan del concepto.

Así, se podría sugerir que en la decisión del caso *Mephisto* (a), la premisa fundamental es algo así como: “la dignidad se identifica con la honra de una persona (viva o fallecida)”; en *Luftsicherheitsgesetz* (b), en cambio, la afirmación podría ser “la dignidad humana es el valor inalienable e incondicional de cada persona (cuya muerte implicará la pérdida de dicho valor)”; respecto del caso *Gosselin v. Quebec* (c), puede sugerirse que el argumento es “la dignidad es una virtud (estrechamente vinculada con la idea de auto respeto)”; en *R. v. Labaye* (d), la premisa fundamental parece ser “la dignidad consiste en el estatus a que da lugar la humanidad”; en cambio, en el caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality* (e), es posible plantear que el argumento es “la dignidad

¹³⁴¹ McCrudden (2008), p. 708.

consiste en la capacidad que permite a los seres humanos construir su identidad”; y por otro lado, en *Let the Animals Live* (h), puede entenderse que la premisa es “la dignidad es el valor moral de todo ser sensible”.

Desde luego, la tarea de identificar estas premisas es compleja, y es claro que en muchos casos, se puede encontrar más de una afirmación que haga inteligible la delimitación del concepto. Así, en el caso *Grootboom* (f), la premisa podría ser “la dignidad es la potencialidad de los seres humanos (que sólo puede expresarse bajo ciertas condiciones materiales)”; aunque también podría ser “la dignidad consiste en el estatus a que da lugar la humanidad (que hace a los seres humanos merecedores de condiciones de vida propiamente humanas)”; y quizás en *Station Film Co.* (g), sería posible pensar que la afirmación fundamental es “la dignidad es aquella cualidad que se predica de quien exhibe un comportamiento ‘digno’”, pero también sería posible decir que es “la dignidad consiste en el estatus a que da lugar la humanidad (que da lugar a privilegios pero también impone estándares de conducta)”.

V. LA LABOR DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La heterogeneidad de las decisiones judiciales relativas al concepto de dignidad humana parece apuntar hacia la existencia de no uno sino varios núcleos de significado que se asocian a la idea, que pueden o no resultar compatibles entre sí. Por tanto, si el objetivo es racionalizar los procesos de toma de decisión en materia constitucional, un paso fundamental en este sentido sería determinar cuáles son las posibilidades a que da lugar el concepto de dignidad. Si cada vez que un tribunal decide por aplicación de la dignidad constitucional, esa decisión puede ser comprendida por alusión a uno o más núcleos de significado que le sirven de premisa, será necesario analizar con más detención cuáles son estos “núcleos”, a qué posibilidades normativas dan lugar, y en qué medida pueden resultar compatibles. La doctrina constitucional parece ser la llamada a llevar adelante esta labor.

Sin embargo, la revisión de la doctrina constitucional relativa al concepto de dignidad revela que el tipo de análisis al que se han avocado los autores no ha

comprendido la identificación de los núcleos de significado que, según lo aquí planteado, permiten delimitar distintas concepciones de la idea de dignidad. La mayoría de los estudios constitucionales sobre la materia (i) abordan el problema de la delimitación del concepto de dignidad como uno problema referido a su función normativa, discutiendo su rol como valor constitucional, principio, cláusula de interpretación, derecho fundamental, fundamento de ciertos o todos los derechos fundamentales, esencia de ciertos o todos los derechos fundamentales, etc., evitando el examen de las afirmaciones fundamentales sobre la ontología de la dignidad que permiten precisar la noción y hacen comprensible el alcance que se atribuya a sus efectos normativos; (ii) sólo se acercan al análisis sustantivo del concepto por la vía del estudio de pronunciamientos judiciales en la materia, de manera tal que si bien existe un esfuerzo por sistematizar la jurisprudencia, las categorías en torno a las cuales se organiza el material o corresponden simplemente al rol o función normativa mencionado en (i), o son de tal generalidad que a penas permiten atisbar el argumento en que se funda la construcción del concepto; y (iii) si bien dan cuenta de varios usos del concepto que no en pocas ocasiones resultan contradictorios o muy disímiles, hacen referencia a la noción de dignidad como si se tratase de una sola idea¹³⁴². A su vez, cabe hacer notar que en ciertos casos se examinan algunas conceptualizaciones filosóficas de la dignidad de las personas, lo que sin embargo aparece como un análisis desconectado de aquel relativo a la explicación constitucional de la dignidad¹³⁴³.

VI. ¿POR QUÉ NO RECURRIR A LA FILOSOFÍA?

La transformación de un concepto en constitucional no lo libera de su “equipaje”. Las explicaciones filosóficas del concepto se encuentran disponibles para ser incorporadas al análisis constitucional, pudiendo distinguirse: (i) aquellas que se

¹³⁴² A vía ejemplar, *vid.* CHASKALSON (2002); ROLLA (2002); KLEIN (2002); KRETZMER (2002); RAO (2011); BENDOR; SACHS (2011); DALY (2013); GÓMEZ ORFANEL (2015); VERONESI (2015); BIOY (2015); PASCUAL MEDRANO (2015); DORN GARRIDO (2011); STAFFEN; ARSHAKYAN (2016); STEINMANN (2016); SOURLAS (2016); ÁLVEZ (2017).

¹³⁴³ *Vid.* STARCK (2002); MCCRUDDEN (2008); ACKERMAN (2012); BARAK (2015).

encontraban disponibles al momento de la constitucionalización del concepto; (ii) las explicaciones surgidas con posterioridad, cuyo desarrollo puede atribuirse al menos en parte al interés que ha suscitado el carácter constitucional del concepto. Respecto de la idea de dignidad, previo a su incorporación constitucional, ella había sido objeto de las más variadas interpretaciones, por parte de autores de pensamientos tan radicalmente distintos entre sí como Marco Tulio Cicerón, Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, Giovanni Pico della Mirandola, Immanuel Kant, Friedrich Schiller, Mary Wollstonecraft y Friedrich Nietzsche¹³⁴⁴. La multiplicidad de explicaciones se mantiene con posterioridad a la popularización de la dignidad como concepto constitucional, aun cuando, quizás en buena medida como consecuencia de este hecho, el análisis toma un cariz mucho más político. A este respecto, cabe resaltar la vasta literatura que se dedica a examinar comprensión kantiana de la dignidad¹³⁴⁵, las teorías desarrolladas por Martha Nussbaum, Peter Singer, Ronald Dworkin, Jeremy Waldron y George Kateb¹³⁴⁶, además de una importante cantidad de trabajos dedicados al examen del desarrollo histórico de la idea de dignidad y/o a la tarea de distinguir e intentar clasificar las múltiples nociones que se asocian a la misma¹³⁴⁷.

Como ya se decía, parece ser que las consecuencias normativas que se deriven o intenten derivar de un concepto constitucional se hacen comprensibles cuando se tiene claridad sobre la afirmación que les sirve de premisa. En el caso de la dignidad, como ya se vio, las posibilidades son múltiples, y parecen haber ido en aumento. Sin embargo, la doctrina constitucional sólo ha examinado estas posibilidades a partir del desarrollo jurisprudencial del concepto y en términos

¹³⁴⁴ CICERÓN (2011); CICERÓN (2012); Agustín de Hipona (2000); Tomás de Aquino (1947); PICO DELLA MIRANDOLA (2003); KANT (1994); KANT (2013); KANT (2001); SCHILLER (2000); WOLLSTONECRAFT (2008); WOLLSTONECRAFT (2010); NIETZSCHE (1997).

¹³⁴⁵ En especial, se pueden destacar las obras de O'NEILL (1989); HILL (1992); KORSGAARD (1996); DEAN (2006); SENSEN (2011); y FORMOSA (2017).

¹³⁴⁶ NUSSBAUM (2000); NUSSBAUM (2007); NUSSBAUM (2008); NUSSBAUM (2013); SINGER (2009); SINGER (2011); SINGER (2015); DWORIN (2011); WALDRON (2012); WALDRON (2013); KATEB (2011).

¹³⁴⁷ A vía ejemplar, *vid.* BAKER (1961); EGONSSON (1998); STETSON (1998); ROSEN (2012); DEBES (2017); SCHROEDER; BANI-SADR (2017). A su vez, cabe destacar la aparición de algunas obras colectivas que intentan aportar al debate sobre el concepto de dignidad desde una perspectiva interdisciplinaria. *Vid.* MALPAS; LICKISS (2007); MCCRUDDEN (2013); DÜWELL; BRAARVING; BROWNSWORD; MIETH (2014).

muy generales. En tal contexto, cabe preguntarse si será conveniente repensar la manera de aproximarse al problema. Si en el ámbito filosófico es posible constatar que la idea ha sido objeto de intenso debate, y que sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX se han desarrollado importantes esfuerzos por examinar, proponer e incluso resucitar precisamente los distintos núcleos de significado que se asocian a la idea, ¿por qué no recurrir a los estudios aportados por la filosofía?

Pareciera que los trabajos filosóficos puede ser un elemento valioso en la tarea de identificar, desde un punto de vista teórico, distintos núcleos de significado que se asocian al concepto. Desde luego, no resulta *necesario* recurrir al ámbito disciplinar de la filosofía. Sin embargo, sí parece ser *conveniente*. Si la doctrina constitucional ha de asumir la tarea de delimitar el concepto constitucional de dignidad humana, no parece conveniente que deje de lado el desarrollo filosófico del concepto, principalmente por dos razones:

(a) Primero, dado que por lo visto, las afirmaciones referidas a la ontología de la dignidad que sirven o podrían servir de base a los pronunciamientos judiciales en la materia no han sido sistematizadas desde una perspectiva teórica y no puramente contingente. En este sentido, fuera del mundo jurídico, es la filosofía la disciplina que ha prestado especial atención a su delimitación, incluso con especial énfasis en su rol político-constitucional durante los últimos años.

(b) Segundo, puesto que el concepto de dignidad se encuentra en constante evolución. Aún si es para desecharlas, necesitamos saber cuáles son las posibilidades a que da lugar el concepto, las que, como lo ha demostrado el transcurso en tiempo, tienden a la expansión.

Lo que se intenta plantear aquí no es, de ninguna manera, que sea admisible simplemente escoger una explicación filosófica de la idea de dignidad y trasladarla sin más al campo constitucional. Establecer cuáles son las alternativas –establecer, si se quiere, un “catálogo”- es sólo un (primer) paso hacia racionalizar la delimitación del concepto, pero es un paso que hasta el momento no ha sido tomado desde el derecho constitucional y para el derecho

constitucional¹³⁴⁸. Y parece ser que uno de los factores que ha impedido avanzar hacia ello ha sido la poca disposición de la doctrina constitucional por utilizar el análisis filosófico como herramienta.

VII. REFLEXIONES FINALES

Si hacer inventario de los núcleos conceptuales a que da lugar la idea de dignidad es un primer paso, ¿cuál sería el segundo paso? ¿será necesario analizar su solidez y coherencia como argumentos filosóficos respecto del ser humano (o de la sociedad o la humanidad en su conjunto o la especie humana)?. En opinión de la autora, la pertinencia de estas premisas fundamentales no debe ser analizada desde la perspectiva filosófica sino desde la perspectiva de la teoría de la constitución. Esto es, la plausibilidad de su utilización constitucional no debe medirse en términos filosóficos, sino en términos propiamente constitucionales. Esto no quiere decir que no sea aconsejable analizar el razonamiento que le sirva de base a tal o cual núcleo de significado, sino que la premisa fundamental y el razonamiento que pueda asociarse a ella deben ser examinados a la luz de la función que se atribuye a la constitución en un Estado. Desde luego, desentrañar la función propia de la constitución no es cuestión fácil, pero se trata nada más ni nada menos que de la teoría que hace comprensible lo que hacen quienes se dedican al estudio de la constitución, y la manera en que lo hacen. Llegado este punto, no será posible avanzar en el estudio dogmático-constitucional del concepto de dignidad sin un esfuerzo por sistematizar las alternativas teóricas o políticas a que da lugar la categoría conceptual “constitución”.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Laurie (2012): “Human Dignity: Lodestar for Equality in South Africa”, Juta, Capetown

¹³⁴⁸ Aunque una primera aproximación a esta tarea puede encontrarse en RUIZ MIGUEL (2001).

- Agustín de Hipona (2000): "Soliloquia", trad. de K. Pfaffenroth y J. E. Rotelle, New City Press, New York
- ÁLVEZ, Amaya (2017): "Norma y Tipicidad iusfundamental", en Contreras, Pablo; Salgado, Constanza (eds.): "Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general", Lom Ediciones, Santiago de Chile, pp. 46-61
- BAKER, Herschel (1961): "The Image of Man: A study of the Idea of Human Dignity in Classical Antiquity, the Middle Ages and the Renaissance", Harper, New York
- BARAK, Aharon (2015): "Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right", Cambridge University Press, Cambridge
- BAYERTZ, Kurt (1996): "Human Dignity: Philosophical Origin and Scientific Erosion of an Idea", en BAYERTZ, Kurt (ed.): "Sanctity of Life and Human Dignity", Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, pp. 73-90
- BENDOR, Ariel L.; SACHS, Michael (2011): "The Constitutional Status of Human Dignity in Germany and Israel", en Israel Law Review, v. 44, n° 1-2, pp. 25 y ss.
- BIOY, Xavier (2015): "Dignidad humana y derecho fundamental: Francia y España", en CHUECA, Ricardo (ed.): "Dignidad humana y derecho fundamental", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 175-196
- CHASKALSON, Arthur (2002): "Human Dignity as a Constitutional Value", en KRETZMER, David; KLEIN, Eckart (eds.): "The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse", Brill, Leiden, pp. 133-144
- CICERÓN, Marco Tulio (2011): "Particiones oratorias", trad. de Marcelino Menéndez Pelayo
- CICERÓN, Marco Tulio (2012): "Los oficios", trad. de Manuel de Valbuena, Editorial Porrúa, México D.F.
- DALY, Erin (2013): "Dignity Rights. Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person", University of Pennsylvania Press, Philadelphia
- DEAN, Richard (2006): "The Value of Humanity in Kant's Moral Theory", Oxford University Press, New York
- DEBES, Remy (ed.) (2017): "Dignity: A History", Oxford University Press, New York.

- DORN GARRIDO, Carlos (2011): "La dignidad de la persona: límite a la autonomía individual", en *Revista de Derecho*, v. 26, pp. 71 y ss.
- DÜWELL, Marcus; BRAARVING, Jens; BROWNSWORD, Roger; MIETH, Dieter (eds.) (2014): "The Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives", Cambridge University Press, Cambridge
- DWORKIN, Ronald (2011): "Justice for Hedgehogs", Harvard University Press, Cambridge
- EGONSSON, Dan (1998): "Dimensions of Dignity. The Moral Importance of Being Human", Springer, Dordrecht
- FORMOSA, Paul (2017): "Kantian Ethics, Dignity and Perfection", Cambridge University Press, Cambridge
- GÓMEZ ORFANEL, Germán (2015): "La dignidad de la persona en la Grundgesetz", en CHUECA, Ricardo (ed.): "Dignidad humana y derecho fundamental", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 53-79
- HILL, Thomas E. (1992): "Dignity and Practical Reason in Kant's Moral Theory", Ithaca, New York, and London, Cornell University Press
- KANT, Immanuel (1994): *La metafísica de las costumbres*, 2ª edición, Tecnos, Madrid
- KANT, Immanuel (2013): "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", trad. de Manuel García Morente, Editorial Porrúa, México D.F.
- KANT, Immanuel (2001) [Heath, Peter; Schneewind, J.B (eds.)]: "Lectures on ethics", trad. de Peter Heath, Cambridge University Press, Cambridge
- KATEB, George (2011): "Human Dignity", Harvard University Press, Cambridge
- KLEIN, Eckart (2002): "Human Dignity in German Law", en KRETZMER, David; KLEIN, Eckart (eds.): "The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse", Brill, Leiden, pp. 145-159
- KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. (2012): "The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany", Duke University Press, Durham
- KORSGAARD, Christine M. (1996): "Creating the Kingdom of Ends", Cambridge University Press, Cambridge

- KRETZMER, David (2002): "Human Dignity in Israeli Jurisprudence", en KRETZMER, David; KLEIN, Eckart (eds.): "The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse", Brill, Leiden, pp. 161-175
- MALPAS, Jeff; LICKISS, Norelle (eds.) (2007): "Perspectives on Human dignity: A conversation", Springer, Dodrecht
- MCCRUDDEN, Christopher (2008): "Human Dignity and the Judicial Interpretation of Human Rights", en *European Journal of International Law*, v. 19, pp. 655 y ss.
- MCCRUDDEN, Christopher (ed.) (2013): "Understanding Human Dignity", Oxford University Press, Oxford
- NIETZSCHE, Friedrich (1997): "El Estado griego", en ÉL MISMO: "Cinco prólogos a cinco libros no escritos", trad. de Osvaldo Langellotti y Mariana Rojas-Bermúdez, Alianza, Buenos Aires
- NUSSBAUM, Martha (2000): "Women and Human Development: The Capabilities Approach", Cambridge University Press, Cambridge, New York
- NUSSBAUM, Martha (2007): "Frontiers of justice: Disability, Nationality, Species Membership", Harvard University Press, Cambridge
- NUSSBAUM, Martha (2008): "Human Dignity and Political Entitlementes", en "Human Dignity and Bioethics: Essays Comissioned by the President's Council on Bioethics", Chapter 14, PCBE, Washington D.C, disponible en: https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/chapter14.html.
- NUSSBAUM, Martha (2013): "Creating Capabilities: The Human Development Approach", Harvard University Press, Cambridge
- O'NEILL, Onora (1989): "Constructions of Reason", Cambridge University Press, Cambridge
- PALENČÁR, Marián (2016): "Some Remarks on the Concept and Intellectual History of Human Dignity", en *Human Affairs*, v. 26, n° 4, pp. 462-477
- PASCUAL MEDRANO, Amelia (2015): "La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español", en CHUECA, Ricardo (ed.): "Dignidad

- humana y derecho fundamental”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 295-333
- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni (2003): “Discurso sobre la dignidad del hombre”, trad. de Antonio Tulián, Longseller, Buenos Aires
- RAO, Neomi (2011): “Three Conceptions of Dignity in Constitutional Law”, en *The Notre Dame Law Review*, v. 86, nº 2
- ROLLA, Giancarlo (2002): “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 6, pp. 463-490
- ROSEN, Michael (2012): “Dignity: Its History and Meaning”, Harvard University Press, Cambridge.
- RUIZ MIGUEL, Carlos (2001): “La dignidad humana: Historia de una idea”, en MORODO LEONICIO, Raúl; DE VEGA GARCÍA, Pedro (coords.): “Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú”, t. III, Universidad Complutense, Madrid
- SCHILLER, Friedrich (2000): “De la gracia y la dignidad”, Elaleph, disponible en <http://www.elaleph.com/libro/De-la-gracia-y-la-dignidad-de-Friedrich-von-Schiller/940/>
- SCHROEDER, Doris; BANI-SADR, Abol-Hassan (2017): “Dignity in the 21st Century. Middle East and West”, Springer, Cham
- SENSEN, Oliver (2011): “Kant on human dignity”, Walter de Gruyter; Berlin, Boston
- SINGER, Peter (2009): “Speciesism and moral status”, en *Metaphilosophy*, v. 40, nº 3-4, pp. 567 y ss., disponible en <http://www.oswego.edu/~delancey/Singer.pdf>
- SINGER, Peter (2011): “Practical Ethics”, Cambridge University Press, Cambridge
- SINGER, Peter (2015): “Animal Liberation”, Vintage Publishing, London
- SOURLAS, Paul (2016): “Human Dignity and the Constitution”, en *Jurisprudence*, v. 7, nº 1, pp. 30-46

- STAFFEN, Márcio Ricardo; ARSHAKYAN, Mher (2016): "The Legal Development of the Notion of Human Dignity in the Constitutional Jurisprudence", en *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n° 2, pp. 108-126
- STARCK, Christian (2002): "The Religious and Philosophical Background of Human Dignity and its Place in Modern Constitutions", en KRETZMER, David; KLEIN, Eckart (eds.): "The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse", Brill, Leiden, pp. 179-193
- STEINMANN, Rinie (2016): "The Core Meaning of Human Dignity", en *Potchefstroom Electronic Law Journal*, v. 19
- STETSON, Brad (199): "Human dignity and contemporary liberalism", Praeger, Westport.
- Tomás de Aquino (1947): "Compendium Theologiae", trad. de Cyril Vollert, B. Herder Book Co., St. Louis, London
- VERONESI, Paolo (2015): "La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Entre la tónica y la hermenéutica constitucional italiana", en CHUECA, Ricardo (ed.): "Dignidad humana y derecho fundamental", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 123-174
- WALDRON, Jeremy (2012): "Dignity, Rank and Rights", Oxford University Press, Oxford
- WALDRON, Jeremy (2013): "Citizenship and Dignity", en MCCRUDDEN, Christopher (ed.): "Understanding Human Dignity", Oxford University Press, Oxford, pp. 327 y ss.
- WOLLSTONECRAFT, Mary (2008): "A Vindication of the Rights of Woman", Penguin Putnam, New York
- WOLLSTONECRAFT, Mary (2010): "A Vindication of the Rights of Men", Cambridge University Press, Cambridge

Experiencia de innovación docente: escenificación de *polémicas de época*

María Luisa Soriano González

Universidad Pablo de Olavide

1. Introducción

En la historia de la filosofía del derecho y la filosofía política han surgido grandes polémicas sobre temas clave de una época: la polémica de Bartolomé de Las Casa y Ginés de Sepúlveda sobre los derechos de los indios recién descubiertos, la de Robert Filmer y John Locke sobre los orígenes del poder y la forma de gobierno, la de Thomas Paine y Edmund Burke sobre los derechos de la tradición histórica y los nuevos derechos humanos, la de Karl Marx y Louis Blanc en relación con el programa político del socialismo, etc. El presente proyecto de innovación docente tiene como finalidad fundamental desarrollar estrategias didácticas que faciliten la asimilación reflexiva y personalizada, por parte del alumnado, de los elementos doctrinales más relevantes de las grandes polémicas doctrinales que se han sucedido en la historia del pensamiento jurídico y político, como antesala ineludible para comprender la filosofía jurídica contemporánea.

Superando los procedimientos metodológicos habituales de mera lectura, síntesis o memorización de ideas y argumentos que conducen en muchos casos a la acrítica e irreflexiva repetición de conceptos, se intenta, mediante la puesta en práctica de esta innovadora vía pedagógica, desarrollar mecanismos didácticos que faciliten la asunción autónoma y consciente de las ideas y de los esquemas conceptuales sobre los que se sustentan los grandes debates históricos de índole jurídico-política.

El objeto de trabajo es la *polémica de época* y no el mero estudio aislado de un determinado autor o autores de una escuela o el contraste lineal de autores. Se ha optado por una percepción dinámica de los autores interaccionando unos con

otros en el fervor de una polémica doctrinal histórica. Autores relevantes de una época que entre ellos se interpelan en sus obras (e incluso algunos también colisionan en sus actividades políticas) Se trata de revivir en los discursos de los alumnos la viva polémica mantenida por grandes hombres de la historia del pensamiento. De esta manera los alumnos perciben la riqueza de contenidos y la fortaleza de argumentos pros y en contra de las cuestiones tratadas en el marco de la asignatura que cursan.

2.3.1. Objetivos

-La percepción del valor de los contenidos de la asignatura. Los alumnos de la asignatura "Filosofía del Derecho y Política" suelen tener, al menos inicialmente, una visión inexacta y pobre de la misma, a la que catalogan como una asignatura auxiliar y de escasa importancia comparada con las asignaturas de derecho positivo. Con la lectura de textos de grandes polémicas se dan cuenta de la gran relevancia histórica y social que ha tenido este campo de las ciencias sociales, sobre todo cuando advierten que estas polémicas han promovido grandes cambios políticos o han seguido a los mismos como reflexión crítica de su desarrollo. De esta manera perciben la importancia de la asignatura cuando advierten que no ha habido hecho revolucionario importante en el mundo sin haber estado precedido de la palabras y a veces la acción de los filósofos del derecho. Tanto en revoluciones conservadoras como progresistas.

-La lectura de textos de autores y no de únicamente manuales y bibliografía sobre los mismos. Hay que desterrar en ciencias sociales el manualismo tradicional para que los alumnos vayan directamente a los textos básicos de autores relevantes. Este proyecto incita a ello, pues está montado sobre la lectura de textos, que dieron lugar a grandes polémicas de la filosofía política y jurídica.

-Aprendizaje de la argumentación en sentido activo y pasivo, es decir, en la doble dirección de saber argumentar sobre las posiciones que se mantienen y saber responder y replicar a los argumentos que presentan los otros interlocutores en la escenificación de la polémica. Quizás sea ésta la competencia más interesante

de este proyecto, que deriva de la interacción discursiva de los participantes en la polémica.

3. Competencias.

-Lectura reflexiva y crítica de textos significativos de la historia del pensamiento jurídico.

-Desarrollo de las técnicas del discurso jurídico y político.

-Elaboración de discursos sustentados en la lectura de textos claves en la historia del pensamiento jurídico.

-Capacidad argumentativa y de réplica a argumentos contrarios.

-Dominio de las distintas técnicas oratorias, retóricas, de dicción y escenificación características de este tipo de discurso.

-Realización, de forma efectiva, del discurso jurídico-político ateniéndose a las directrices predeterminadas y a la dinámica surgida en la interacción con el resto de participantes en la actividad.

-Dominio de herramientas oratorias y retóricas para el control y correcto desarrollo de dinámicas dialécticas de intercambios de discursos jurídico-políticos.

4. Metodología

El contenido del presente proyecto consistirá en la preparación, realización y puesta en práctica efectiva por parte del alumnado, mediante la técnica de asunción de roles, de discursos de contenido jurídico-político sobre la base de la lectura previa de textos clave de la historia de la filosofía del derecho y política, prestando especial atención a la época moderna. En concreto, el proyecto constará de las siguientes fases o actividades:

-a) Selección de textos clásicos clave representativos de algún debate de contenido filosófico-jurídico. Se han indicado en la introducción cuatro debates que hicieron época, y que enfrentaron, respectivamente, a Bartolomé de Las

Casas con Ginés de Sepúlveda en el siglo XVI, a John Locke y Robert Filmer en el siglo XVII, a Thomas Paine y Edmund Burke en el siglo XVIII, y a Karl Marx y Louis Blanc en el siglo XIX. Se puede optar según la importancia de la participación de los alumnos por seleccionar un número más corto o amplio de debates históricos. El profesor presentará en su grupo y explicará el proyecto a realizar solicitando la colaboración de los alumnos necesarios para asumir los roles del debate. Seguirá todo el proceso hasta la escenificación final poniéndose a la disposición del equipo de alumnos del proyecto, a los que dirigirá individual y colectivamente.

-b) Lectura reflexiva y crítica, por parte del alumnado, de dichos textos.

-c) Asunción de roles. Los alumnos y alumnas asumirán la defensa de alguno de los puntos de vista representativos de la polémica, tomando como base la lectura previa de los textos.

-d) Preparación del discurso entresacado de la obra de un autor por cada alumno.

-e) Escenificación de la disputa.

-f) Grabación de la escenificación al tiempo que ésta se desarrolla.

-g) Coloquio general tras la escenificación entre los ponentes y el resto de los alumnos que asisten a la misma

-g) Visionado de la grabación y evaluación crítica de los resultados obtenidos.

5. Proceso evaluador

Se llevarán a cabo tres procesos o momentos de la evaluación: a) Evaluación del proceso de lectura de textos, b) Evaluación del guión o texto base elaborado para la escenificación y c) Evaluación de la escenificación.

5. Conclusiones

El gran valor de la estrategia que se ha diseñado reside en la interacción discursiva de los roles, que va más allá de las estrategias tradicionales que tiene

al individuo y su forma de pensar y actuar como punto de referencia, aisladamente considerado, o a lo sumo dentro de una interacción meramente bipolar del profesor y su alumno. Los alumnos no solamente tienen que saber exponer, sino replicar a quienes critican sus ideas y argumentos. Si efectivamente los participantes en el debate se lo toman en serio, tenemos la posibilidad de que la polémica se abra a la gran conquista de la interacción discursiva: la aplicación de *la heterocrítica y la autocrítica* (por este orden sucesivo) en el diálogo, es decir, la asunción de la crítica propia, la realizada a las propias ideas y planteamientos por uno mismo desde la heterocrítica, la llevada a cabo por otros interlocutores. Consideramos que la puesta en práctica de estrategias didácticas, que faciliten el dominio de las técnicas propias del discurso y la oratoria de contenido jurídico-político representa un elemento esencial, que debe estar presente en el bagaje competencial del alumnado que cursa las titulaciones de grado que tienen como base el estudio del derecho: entre ellas, el propio grado de Derecho, así como las titulaciones conjuntas en Derecho y Ciencias Políticas, en Derecho y ADE y en Derecho y Finanzas y Contabilidad. E igualmente los efectos beneficiosos de estas estrategias se pueden trasladar a quienes cursan estudios de ciencias sociales en general, ya que la base argumentativa y el desarrollo de la interacción de roles en el discurso son aplicables a las ciencias sociales. La argumentación y los criterios hermenéuticos no difieren gran cosa de una a otra ciencia social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PRIMERA POLÉMICA

BARTOLOMÉ DE LAS LASAS VERSUS GINÉS DE SEPÚLVEDA

TEXTOS PARA LA PREPARACIÓN DE LOS DISCURSOS

BARTOLOMÉ DE LAS CASAS: 1988 *Apología*, en *Obras Completas* del autor, vol. 9, Madrid, Alianza Editorial.

GINÉS DE SEPÚLVEDA: 1951 *Demócrates Segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios* (edic. crítica bilingüe de A. Losada) Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

SEGUNDA POLÉMICA

JOHN LOCKE VERSUS ROBERT FILMER

TEXTOS PARA LA PREPARACIÓN DE LOS DISCURSOS

JOHN LOCKE: 1990 *Ensayo sobre el Gobierno civil*, Madrid, Espasa-Calpe.

ROBERT FILMER: 1966 *Patriarca o el derecho natural de los reyes . Primer libro sobre el Gobierno*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

TERCERA POLÉMICA

THOMAS PAINE VERSUS EDMUND BURKE

TEXTOS PARA LA PREPARACIÓN DE LOS DISCURSOS

THOMAS PAINE: 1984 *Derechos del Hombre*, Madrid, Alianza Editorial.

EDMUND BURKE: 1978 *Reflexiones sobre la revolución francesa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales

CUARTA POLÉMICA

KARL MARX VERSUS LOUIS BLANC

TEXTOS PARA LA PREPARACIÓN DE LOS DISCURSOS

KARL MARX: 1974 *Manuscritos de economía y filosofía*, Madrid, Alianza Editorial

LOUIS BLANC: 1850 *L'Organization du Travail*, París, Nouveau Monde

Derecho Internacional Público y Privado

Una aproximación al concepto de terrorismo: terrorismo y crímenes de lesa humanidad

M^a Alejandra Pastrana Sánchez

Doctoranda, investigadora pre-doctoral FPU

Universidad de Cádiz

Abordar el terrorismo siempre plantea interrogantes en torno a su delimitación y es que el fenómeno del terrorismo siempre ha generado un debate vivo en nuestra sociedad. Aun así, se puede afirmar la existencia de un punto de inflexión a partir de los atentados de Nueva York ocurridos el 11S. En ese instante, el terrorismo se volvió una lucha global en la que todo el mundo, y en especial Occidente, se siente amenazado, alcanzando el terror cotas sin precedentes, y provocando una marcada tendencia expansionista del Derecho penal en este ámbito¹³⁴⁹. Por su parte España se encuentra un escenario particular en este contexto, dado que la convulsa historia del terrorismo en nuestro país comienza antes que la preocupación mundial que trajo consigo el siglo XXI.

Lo curioso de éste fenómeno delictivo es que, a pesar de ser uno de los indudables protagonistas de la política criminal de las últimas décadas, definirlo no es una tarea sencilla. En este sentido, si se pretende dar un concepto legal de terrorismo, ateniéndose a lo regulado en el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. En adelante, CP) pronto se entiende que con ello solo se consigue una definición muy cambiante, que es puesta en tela de juicio con cada modificación que de estos tipos penales se produce mediante las casi constantes leyes orgánicas de reforma. Buen ejemplo de ello es la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de

¹³⁴⁹ Numerosos autores se hacen eco de esta consecuencia traída por el 11-S. Vid. p. ej., TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n. 87, julio-diciembre 2016, págs. 18-59, p. 18.

delitos de terrorismo («BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015), que transforma el terrorismo hasta convertirlo en una figura totalmente maleable donde es difícil establecer unos límites que permitan vislumbrar el contorno de éste.

La importancia de la definición de terrorismo es tan crucial como el saber a ciencia cierta qué conductas deben ser constitutivas de delito en un Estado Social y Democrático de Derecho, modelo estatal del que se desprende que la regulación penal tiene que reservarse para los ataques más graves a los bienes jurídicos más esenciales. Y si no se sabe qué es el terrorismo, no se puede asegurar que la regulación respete los principios penales que se derivan de la Constitución española.

Una vez sentada la necesidad de ofrecer un concepto sobre terrorismo, hay que plantearse que los fenómenos sobre los que se puede plantear la adscripción al término son tan variados y numerosos que hay que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de ellos. Este texto se centra en una de las cuestiones que parecen más complejas de discernir, y es la relación entre los crímenes de lesa humanidad y el delito de terrorismo.

Y es que la historia de la humanidad no ha estado exenta de actos que hacen temblar los cimientos de la civilización, por su crueldad y la conmoción que causan. Tanto es así, que fue necesario crear esta nueva categoría de delitos tras la Segunda Guerra Mundial: los crímenes de lesa humanidad, que fueron por primera vez aplicados en los Juicios de Núremberg¹³⁵⁰ a los hechos cometidos en el marco del nazismo. Otros ejemplos similares se encuentran en el régimen militar de Augusto Pinochet, período en el que fueron cometidas sistemáticas violaciones de los derechos humanos (persecuciones, torturas y desapariciones) con causa en la disidencia política¹³⁵¹, o el Proceso de Reorganización Nacional

¹³⁵⁰ HUHLE, R., «Hacia una comprensión de los «crímenes contra la humanidad» a partir de Núremberg», *Estudios Socio-Jurídicos*, núm. 13(2), 2011, págs. 43-76, p. 45.

¹³⁵¹ Cfr. Informe Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Informe Valech) (Chile) Disponible en: <<http://www.indh.cl/informacion-comision-valech>>; Fecha de consulta: 06.07.2016]. Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación (Informe Rettig). Disponible en: <http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html>; Fecha de consulta: 06.07.2016.

chileno, dictadura cívico-militar que bajo similares características produjo la desaparición de miles de personas¹³⁵².

La tesis de partida es que estas actuaciones, que conforman crímenes de lesa humanidad¹³⁵³, tienen que provenir del poder público, institucional o *de facto*. Por lo que, efectivamente, crean terror, pero no para conseguir el cumplimiento de una exigencia por parte del Estado, que sería la base del terrorismo. Para juzgar estos crímenes se fundó la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), en orden a que no quedaran impunes esos abyectos crímenes que eran tan difíciles de enjuiciar, precisamente porque las actuaciones provenían de los propios Estados donde se cometían. Así, se ha establecido ya por la jurisprudencia de la CPI que la «política de cometer ese ataque» (elemento contextual de todo crimen de lesa humanidad) requiere constatar que el Estado u organización promovió o alentó activamente un ataque de esa índole contra una población civil¹³⁵⁴.

La jurisprudencia española al respecto, la correspondiente al denominado caso Scilingo¹³⁵⁵, afirmó en su sentencia de primera instancia (que más tarde sería

¹³⁵² CRENZEL, E.; «El relato canónico de las desapariciones en Argentina: El informe 'Nunca Más'», *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, núm. agosto-diciembre, 2008, págs. 47-61, pp. 47 a 49.

¹³⁵³ Así, los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por constituir ataques generalizados o sistemáticos dirigidos contra una población civil. Cfr. art. 607.1 *bis* CP: «1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. (...)».

¹³⁵⁴ La «política de cometer ese ataque» expresión recogida en los Elementos de los Crímenes (uno de los textos centrales de la CPI, donde se completan los tipos recogidos en el Estatuto de Roma (en adelante, ER). Referencia legal Elementos de los Crímenes: U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2. Referencia legal ER: A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998) ha sido también interpretada por la jurisprudencia. Así, se requiere constatar que el Estado u organización promovió o alentó activamente un ataque de esa índole contra una población civil. CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Ngudjolo Chui*, N° ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I, Decision of the confirmation of charges, 30 de septiembre de 2008, par. 396 y ss: “Accordingly, in the context of a widespread attack, the requirement of an organisational policy pursuant to article 7(2) (a) of the Statute ensures that the attack, even if carried out over a large geographical area or directed against a large number of victims, must still be thoroughly organised and follow a regular pattern. It must also be conducted in furtherance of a common policy involving public or private resources. Such a policy may be made either by groups of persons **who govern a specific territory or by any organisation with the capability to commit a widespread or systematic attack against a civilian population**”. En la nota al pie que pertenece a este párrafo se menciona el borrador del ER, donde en el comentario al art. 21, párr. 5 se aclara: “individuos privados con poder *de facto* u organizadas en grupos o bandas criminales (traducción propia)”.

¹³⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN), Sala de lo Penal, Sección 3ª, 16/2005 de 19 abril. Ponente: Juan Ricardo De Prada Solaesa. Roj: SAN 2016/2005, fundamento jurídico 1º.

corregida por el Tribunal Supremo) que entre ambas figuras, terrorismo y lesa humanidad, existiría una relación de concurso aparente de leyes, que habría que resolver conforme a la regla de la consunción; de este modo, el crimen de lesa humanidad absorbería al delito de terrorismo, pues el primero contiene ciertos aspectos adicionales que solo su tipo de injusto puede satisfacer¹³⁵⁶.

De seguir el razonamiento anterior, la única diferenciación entre crimen de lesa humanidad y delito de terrorismo radicaría en que en el primer caso los actos fueran cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático¹³⁵⁷. Es decir, que su mayor desvalor se encontraría únicamente en la peligrosidad de la estructura desde la que se ejecuta o planifica el hecho delictivo, o del mayor impacto que alcanzan los ataques. Así, el terrorismo quedaría como delito residual aplicable en el caso de que los actos no lleguen a la intensidad necesaria (sean generalizados o sistemáticos) para ser considerados delitos de lesa humanidad.

No obstante, el sentido común parece dictar que debe haber algo más detrás de la protección de los crímenes de lesa humanidad¹³⁵⁸. Así se ha afirmado que «los crímenes de lesa humanidad trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que

¹³⁵⁶ *Ibíd.*, fundamento jurídico 7º: «Calificación por delito de Terrorismo. La Sala igualmente rechaza que se trate exclusivamente de un delito de terrorismo. Resulta cierto que se dan en el caso los elementos típicos penales del delito de terrorismo (elemento estructural y teleológico de esta clase de delitos), pero los hechos van más allá y contienen otros elementos que solo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad, razón por la que la Sala se decanta por esta última calificación, considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos». Sin embargo, un sector de la doctrina considera que tal concurso aparente de normas debe solucionarse mediante el principio de especialidad, decayendo la lesa humanidad en favor del terrorismo, pues en ocasiones el primero contemplaría aspectos que no cabrían en el segundo. Cfr. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid, La Ley, 2010, p. 100 a 109. Este razonamiento partiría de entender que el objetivo de querer subvertir el orden constitucional no tiene por qué estar presente en los crímenes de lesa humanidad, en la medida en que el tipo no lo exige.

¹³⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 781.

¹³⁵⁸ De la misma opinión, LANDA GOROSTIZA, J. M., «'Nuevos' crímenes contra la humanidad el nuevo delito de lesa humanidad (artículo 607 Bis CP 1995) desde una perspectiva intrasistémica», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm 17, 2003, págs. 105-119, p. 119. No obstante, no faltan autores que sostienen la posición contraria. *Vid.* LIÑÁN LAFUENTE, A., «La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10-12, págs. 12:1-12:62, p. 12:12.

caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima¹³⁵⁹». Efectivamente, la diferencia radicaría en que la lesa humanidad persigue a un grupo por la motivación política (política entendida como cualquier característica distintiva: raza, etnia, motivos culturales, religiosos, ideológicos, políticos, de orientación sexual...) del grupo concreto, mientras el terrorismo amenazaría o atacaría a una totalidad no definida por la propia motivación política del grupo terrorista. La lesa humanidad mata, deporta, viola, secuestra por las características personales del sujeto; por ser quien se es. El terrorismo actual se caracteriza por negar la personalidad de la víctima: el individuo no es nadie, es un mero instrumento para conseguir una proclama política; atenta contra cualquiera, produce víctimas anónimas¹³⁶⁰, con el ánimo de intimidar (aterrorizar) para conseguir sus fines. La lesa humanidad tiene un objetivo claro: un grupo de población civil seleccionado por sus características: personas de una determinada raza o religión u orientación sexual o unas ideas políticas disidente, etc. Y es esto lo que efectivamente ha ocurrido en la historia: basta con echar un vistazo a la violencia desplegada por los totalitarismos acontecidos en el siglo XX, para concluir que no ha sido otra cosa que crímenes de lesa humanidad.

Como ya se ha mencionado, se parte de la hipótesis de que la base del terrorismo es la creación de terror para conseguir el cumplimiento de una exigencia por parte del poder público. En la lesa humanidad eso no se contempla y el núcleo del tipo se bifurca: por un lado, se encuentra la intensidad de los ataques (que deben ser generalizados o sistemáticos) y por otro, la motivación de estos ataques (esto es, se ataca a un grupo por lo que son o piensan). Por otro lado, en el caso del terrorismo, éste no puede provenir del propio poder público, pues en ese supuesto no podría concurrir simultáneamente uno de los elementos

¹³⁵⁹ ICTY, Prosecutor v. Drazen Erdemovic, N° IT-96-22-T, Trial Chamber, Sentencing Judgement, 29 de noviembre de 1996, para. 28.

¹³⁶⁰ Lo cual, no obstante, no es incompatible con que, en ocasiones, las bandas terroristas seleccionen un objetivo concreto. Normalmente, porque éste tiene una significación concreta para con sus fines. V. gr., un ministro que hace unas declaraciones de lucha contra la organización terrorista; un representante de una asociación de víctimas del terrorismo... Normalmente no son más que una demostración de poder y un intento de reafirmación del postulado «nadie está a salvo».

nucleares de la hipótesis de partida: la amenaza a ese mismo poder público. En la lesa humanidad, los actos criminales deben provenir de la política creada por un Estado o una organización (y no cualquier organización, sino una que tenga un poder cuasi institucional)¹³⁶¹. Ello se desprende de su inclusión en el texto penal junto con la institución estatal y de la intensidad de las actuaciones que se requiere para cumplir los elementos típicos. Y así se ha plasmado en la realidad: todos los casos que han sido enjuiciados desde la creación de la CPI que estableció el tipo, se han referido a señores de la guerra¹³⁶².

Por otra parte, es cierto que no se puede desconocer la existencia de un crimen de lesa humanidad específico de persecución¹³⁶³, que lleva rápidamente

¹³⁶¹ No obstante, hay autores de opinión contraria. Vid. VACAS FERNÁNDEZ, F., *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 221 y ss.

¹³⁶² Personas que tienen el control *de facto* de una zona pues las Fuerzas Armadas obedecen a sus órdenes y no al poder central. Proviene del inglés *warlord* que se define como «*a military leader of a nation or part of a nation, esp. one who is accountable to nobody when the central government is weak*», Collins English Dictionary. Disponible en <<http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/warlord>>; Fecha de consulta: 29/12/16. Basta con echar un vistazo a los tres primeros casos de la CPI, de los cuatro que ha sentenciado. Cfr. <https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx>.

[Consulta: 25.05.17]; <https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200107/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx>.
[Consulta: 25.05.17];

<<https://www.icc-cpi.int/car/bemba>>. [Consulta: 25.05.17].

¹³⁶³ Vid. Art. 7(1)(h) ER: «(1) A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...) (h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte». También hace alusión al mismo el art. 607 bis. 1. 1º CP: «1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional (...)). No obstante, la tipificación de la lesa humanidad ha sufrido cambios con el trascurso de la historia. Hasta 1991 se entendió que la persecución por motivos discriminatorios era lo que caracterizaba al tipo de injusto. A partir de esa fecha fue cuando el plus de desvalor de estos delitos pasó a la sistematicidad o generalidad del ataque. Aun así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, exponía en su art. 3 que los ataques deberían ser «dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso». ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., *Persecución como crimen contra la humanidad*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2011, p. 147 y ss.

al razonamiento de que esos tintes discriminatorios se exigen únicamente para ese tipo concreto del crimen¹³⁶⁴. Pero también es cierto es que, aunque formalmente el tipo común de lesa humanidad no lo exija, la realidad viene a mostrar que estos tintes se dan como rasgo consustancial a los conflictos donde los ataques de lesa humanidad se producen.

Así, la jurisprudencia española en el caso de la dictadura argentina¹³⁶⁵, a pesar de no calificar los hechos como crimen de persecución, señala que los crímenes de lesa humanidad «generalmente tienen lugar en el marco de persecuciones de personas o de grupos por razones políticas o político-económicas¹³⁶⁶», y que el objetivo en el caso argentino era:

«... diseñar, desarrollar y ejecutar un plan criminal sistemático de secuestro, tortura, desaparición y, finalmente, eliminación física de toda aquella parte de la ciudadanía que reputaban sospechosa de ser «subversiva», entendiendo por tal las que por su forma de pensar, actividades, relaciones o adscripción política resultaban en apariencia incompatibles con su proyecto político y social. La selección de quienes tendrían la consideración de subversivos se haría en función de su adscripción a determinadas actividades y sectores, fundamentalmente por motivos políticos e ideológicos, aunque también influirían los étnicos y religiosos (...) estimaban necesaria la eliminación física del grupo nacional opositor a su ideología o a su proyecto (...) desarrollo a gran escala del plan de eliminación y desaparición sistemática de personas de los diferentes bloques de población, clasificándolas bien por su profesión, adscripción ideológica, religiosa, sindical, gremial o intelectual, e incluso étnica y que afectaría a estudiantes, trabajadores, amas de casa, niños, minusválidos o discapacitados, políticos, sindicalistas, abogados, judíos y, en general, cualquier persona o sector que entendían opuesto a la selección realizada, so pretexto de desarrollar o participar en actividades

¹³⁶⁴ *Ibíd.*, p. 144 y ss. *Vid.* también, International Criminal Tribunal for former Yugoslavia (en adelante, ICTY), *Prosecutor vs. Duko Tadic*, N° IT-94-1-A, Appeal Chamber, Judgement, 15 de julio de 1999, parr. 283, 292, 305; ICTY, *Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez*, N° IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgement, 26 de febrero de 2001, para 186; ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, N° IT-95-14-T, Trial Chamber, Judgement, 3 de marzo del 2000, parr. 244, 260; ICTY, *Prosecutor v. Stevan Todorovic*, N° IT-95-9/1-S, Trial Chamber, Judgement, 31 de julio de 2001, parr. 113.

¹³⁶⁵ STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 798/2007 de 1 de Octubre, cit. Roj: STS 9099/2007.

¹³⁶⁶ *Ibíd.*, fundamento jurídico 5º.

supuestamente terroristas y contrarias a lo que denominaban «la moral occidental y cristiana»¹³⁶⁷».

Se pueden encontrar también ejemplos similares en la jurisprudencia internacional. Así, en la Sentencia Erdemovic, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (en adelante ICTY) condenó al mismo por crímenes de lesa humanidad, habida cuenta de que todas sus víctimas cumplían una característica común: ser bosnio-musulmanas¹³⁶⁸. O el caso Katanga, que provocó la segunda Sentencia pronunciada por la CPI, en la que a pesar de condenar por la comisión de crímenes de lesa humanidad de asesinato (y otros crímenes de guerra), se admite el carácter discriminatorio de los ataques¹³⁶⁹. También se manifiesta esa relación, entre discriminación de las víctimas en atención a determinadas características que poseen y crimen de lesa humanidad, en otros casos, como los

¹³⁶⁷ *Ibíd.*, antecedente de hecho 1º.

¹³⁶⁸ ICTY, *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, N° IT-96-22-T, Trial Chamber, Sentencing Judgement, 29 de noviembre de 1996, para. 76 a 82: «(...) On 6 July 1995, the Srebrenica enclave was the target of attacks by the Bosnian Serb army. At the time, the enclave was recognised by United Nations Security Council resolution 81944 as a “safe area” which could not be the target of any armed offensive or other hostile act. The assault continued until 11 July 1995, the date when Srebrenica fell to the Bosnian Serb forces.

The fall of the enclave triggered the flight of thousands of Muslim civilians (...) an undetermined number of Muslim men who had sought refuge in Potoñari were transported by bus out of the enclave to various sites where they were to be executed (...) about 1,200 Muslims were executed by the soldiers of the unit of which Drazen Erdemovic was a member. Erdemovic admitted to having participated in the massacres. Exhumations performed there permitted the discovery of about 153 bodies, approximately half of which had their hands tied behind their back, as well as identity papers which had belonged to the victims, Bosnian Muslims from the Srebrenica region (...) about 500 Muslims were executed by members of the 10th Sabotage Unit (...) buses from Srebrenica carrying Bosnian Muslim civilians between 17 and 60 years of age who had surrendered to the members of the Bosnian Serb police or army would be arriving throughout the day (...).»

¹³⁶⁹ CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga*, N° ICC-01/04-01/07, Trial Chamber II, Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, 23 de mayo de 2014, para. 53-54: «(...) the attack against the civilian population took on an obviously discriminatory dimension. As the Chamber also noted in the Judgment, Ngiti combatants considered the Hema and their allies to be their enemy, an ethnic group which repeatedly attacked and threatened their territory, and it is essentially on the basis of that belief that action was taken against the Hema people of Bogoro (...).»

analizados en la República Democrática del Congo¹³⁷⁰ o en la situación de la República de Kenia¹³⁷¹.

Por otra parte, la CPI ha interpretado en diversas ocasiones el término «población civil» como equivalente a «grupos distinguibles por su nacionalidad, el origen étnico u otras características distintivas»¹³⁷², lo cual hace difícil imaginar un contexto donde el ataque a la población civil se efectúe de manera completamente indiscriminada sin una finalidad política. El único contexto imaginable en el cual se producen ataques indiscriminados contra civiles es en el seno de los conflictos armados, donde dichos ataques son utilizados como método de guerra para la consecución de fines militares o la rendición del enemigo. Y ese tipo de comportamientos serían fácilmente encajables dentro de los crímenes de guerra¹³⁷³, al constituir violaciones graves de los Convenios de Ginebra¹³⁷⁴.

¹³⁷⁰ CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, N° ICC-01/04-02/06, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 de junio de 2014, para. 12: « (...)adopted an organisational policy to attack part of the civilian population, belonging to ethnic groups other than the Hema (the «non-Hema») and to expel them from Ituri Province, in the Democratic Republic of the Congo (the «DRC»). Pursuant to this policy, between on or about 6 August 2002 and on or about 27 May 2003, the UPC/FPLC perpetrated a widespread and systematic attack²⁴ against the non-Hema civilian population, in the locations identified in section A of the decision (...)».

¹³⁷¹ CPI, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta & Mohammed Hussein Ali*, N° ICC-01/09-02/11, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 de enero de 2012, para. 142-145: « (...) the Chamber considers that the Prosecutor's description of the targeted civilian population as «perceived ODM supporters (...) there is evidence to support the conclusion that the attack in Nakuru and Naivasha was politically motivated and directed against the opponents of the PNU Coalition. Witness OTP-2 avers that the violence in Naivasha was politically motivated. (...) Second, in the view of the Chamber the evidence equally indicates that the attackers chose their individual targets based upon the assumed political allegiance of particular ethnic groups (...)».

¹³⁷² CPI, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta & Mohammed Hussein Ali*, cit., para. 110: «First, the Chamber notes that the qualifier "any civilian population" has been previously interpreted to mean "groups distinguishable by nationality, ethnicity or other distinguishing features". In the view of the Chamber, the civilian population targeted can include a group defined by its (perceived) political affiliation (...)».

¹³⁷³ Art. 8(2)(b)(i) ER: «(2) A los efectos del presente Estatuto, se entiende por «crímenes de guerra» (...) (b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades (...)».

¹³⁷⁴ Arts. 50 y 51 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977: «Artículo 50 - Definición de personas civiles y de población civil 1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. 2.

Finalmente, el Tribunal Supremo corrigió la afirmación de la Audiencia Nacional con respecto al caso Scilingo, entendiendo que entre ambos tipos existía un concurso de delitos¹³⁷⁵, lo que constituye una consecuencia lógica de considerar que los bienes jurídicos a proteger entre ambos crímenes sean distintos¹³⁷⁶.

Ha de admitirse que un hipotético concurso (ideal) de estos delitos se trataría de un caso bastante peculiar, pero su concurrencia ha sido facilitada por los avances del siglo XXI: por un lado, el poder que las organizaciones terroristas han alcanzado y, por otro, el poder de destrucción que las armas actuales poseen. Podría entenderse dentro de este marco al grupo *Boko Haram*, cuyo principal

La población civil comprende a todas las personas civiles. 3. La presencia entre población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil. Artículo 51 - Protección de la población civil 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, además de las otras normas aplicables de derecho internacional, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes. 2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. 3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. 4. Se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados: a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil. 5. Se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque: a) los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil; b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. 6. Se prohíben los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles. 7. La presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares. 8. Ninguna violación de estas prohibiciones dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el artículo 57».

¹³⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), Sala de lo Penal, Sección 1ª, 798/2007 de 1 de Octubre. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Roj: STS 9099/2007, fundamento jurídico 11º: «Se trata de un concurso de delitos y no de un concurso de normas. Ambos tipos no se construyen con los mismos elementos típicos ni se protegen los mismos bienes jurídicos, individual en el caso del terrorismo y colectivo en el caso de los delitos de lesa humanidad». Vid. también: GIL GIL, A., «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, 2005, pp. 7 a 16, p. 4.

¹³⁷⁶ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, 9ª ed., Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 503 a 506.

frente de ataque son aquellos de religión católica en Nigeria, y cuyo fin es el establecimiento de la *sharia* y la educación musulmana: cometen ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil (una población civil seleccionada por sus características: sobre todo niñas que están recibiendo una educación occidental, pero no son las únicas), y amenazan al Estado con continuar hasta que no se prohíba esta forma de educación. En supuestos como el mencionado, podría entenderse que, por un lado, el delito de terrorismo contendría el desvalor inherente a la coacción al poder público y, por otro, el crimen de lesa humanidad contendría la contundencia de los ataques y la selección de los objetivos. Se cumpliría, también, el requisito de que los hechos delictivos fueran producidos en el marco de una política de una organización con un poder similar, o incluso superior, al estatal¹³⁷⁷.

En conclusión, parece posible que una misma organización cometa los dos tipos de delitos (terrorismo y crímenes de lesa humanidad). Así también podría considerarse el supuesto de concurso real, por ejemplo, las acciones criminales del denominado «Estado Islámico» organización criminal que produciría atentados terroristas en Occidente y crímenes de lesa humanidad (o genocidio, en su caso) dentro de las fronteras donde están establecidos como poder *de facto*.

BIBLIOGRAFÍA

ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., *Persecución como crimen contra la humanidad*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2011.

CRENZEL, E.; «El relato canónico de las desapariciones en Argentina: El informe 'Nunca Más'», *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, núm. agosto-diciembre, 2008, págs. 47-61.

¹³⁷⁷ Hablamos de organizaciones terroristas para-estatales surgidas en los últimos tiempos: «(...) se ha producido un cambio inicialmente cuantitativo que comienza por el crecimiento exponencial de los miembros del grupo, con las consiguientes mutaciones en las formas de organización, que llevan a una capacidad operativa cualitativamente distinta y a resultados no solo más graves, sino dotados de una lesividad desconocida hasta la incorporación al espectro terrorista de estas organizaciones para-estatales.» En TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *cit.*, p. 24.

GIL GIL, A., «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm. 7, 2005, págs. 7-16.

HUHLE, R., «Hacia una comprensión de los «crímenes contra la humanidad» a partir de Núremberg», Estudios Socio-Jurídicos, núm. 13(2), 2011, págs. 43-76.

Informe Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Informe Valech) (Chile) Disponible en: <<http://www.indh.cl/informacion-comision-valech>>; Fecha de consulta: 06.07.2016].

Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación (Informe Rettig). Disponible en: <http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html>; Fecha de consulta: 06.07.2016.

LANDA GOROSTIZA, J. M., «'Nuevos' crímenes contra la humanidad el nuevo delito de lesa humanidad (artículo 607 Bis CP 1995) desde una perspectiva intrasistemática», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm 17, 2003, págs. 105- 119.

LIÑÁN LAFUENTE, A., «La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 10-12, págs. 12:1-12:62.

LLOBET ANGLÍ, M., Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático, Madrid, La Ley, 2010.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 18ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal, 9ª ed., Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», Revista Nuevo Foro Penal, vol. 12, n. 87, julio-diciembre 2016, págs. 18-59.

VACAS FERNÁNDEZ, F., El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

JURISPRUDENCIA

CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, N° ICC-01/04-02/06, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 de junio de 2014.

CPI, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta & Mohammed Hussein Ali*, N° ICC-01/09-02/11, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 de enero de 2012.

CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Ngudjolo Chui*, N° ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I, Decision of the confirmation of charges, 30 de septiembre de 2008.

CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga*, N° ICC-01/04-01/07, Trial Chamber II, Judgement pursuant to article 74 of the Statute, 7 de marzo de 2014.

CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga*, N° ICC-01/04-01/07, Trial Chamber II, Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, 23 de mayo de 2014.

CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, N° ICC-01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on

the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009.

ICTY, *Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez*, N° IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgement, 26 de febrero de 2001.

ICTY, *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, N° IT-96-22-T, Trial Chamber, Sentencing Judgement, 29 de noviembre de 1996.

ICTY, *Prosecutor v. Stevan Todorovic*, N° IT-95-9/1-S, Trial Chamber, Judgement, 31 de julio de 2001.

ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, N° IT-95-14-T, Trial Chamber, Judgement, 3 de marzo del 2000.

ICTY, *Prosecutor vs. Duko Tadic*, N° IT-94-1-A, Appeal Chamber, Judgement, 15 de julio de 1999.

SAN, Sala de lo Penal, Sección 3ª, 16/2005 de 19 abril. Ponente: Juan Ricardo De Prada Solaesa. Roj: SAN 2016/2005.

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 798/2007 de 1 de Octubre. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Roj: STS 9099/2007.

Implicaciones jurídicas de la aplicación del principio de justicia universal. Con expresa mención al campo de concentración nazi de Mauthausen. Aspectos penales, mercantiles, laborales, procesales e internacionales

Antonio Espín Martínez

Doctorando en Derecho, Profesor Asociado de Derecho Civil y abogado

Universidad de Murcia

1.- Exposición histórica de lo sucedido en Mauthausen y sus campos aledaños en la II guerra mundial bajo el III Reich.

Cuando acabó la Guerra Civil Española fueron más de 500.000 personas las que tuvieron que exiliarse forzosamente a través de la frontera francesa, debido a la victoria y la toma de Barcelona por las tropas autodenominadas “salvadoras” de la patria. No hay que olvidar que el III Reich de Hitler ayudó en la victoria franquista y tuvo un papel destacado en la misma. Por estos motivos muchos españoles tuvieron que huir para no sufrir la represión del régimen franquista una vez terminada la guerra contra los vencidos, denominada por varios autores también el holocausto español.¹³⁷⁸

La historia de estos exiliados españoles se iba a convertir tras la conquista de parte del territorio francés por las tropas de Hitler, en su sentencia de muerte, debido a que fueron abandonados por el gobierno español a su suerte, una vez que fueron apresados por las tropas alemanas en las hostilidades de la II guerra mundial¹³⁷⁹. La doctrina historicista reconoce que Serrano Suñer (cuñado de

¹³⁷⁸ El Holocausto Español. Edit. Debate 2017. PAUL PRESTON.

¹³⁷⁹ Así FELIX SANTOS relata en “ Exiliados y emigrados : 1939-1999”, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbc3v4> . Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2003, Edición digital basada en la de Madrid, Fundación Españoles en el Mundo, 1999, lo siguiente: “Los alemanes hicieron prisioneros a unos trece mil combatientes españoles. Al establecerse en agosto de 1940 el primer convenio sobre prisioneros entre Francia y Alemania, el Gobierno francés no quiso reconocerlos como miembros de sus fuerzas regulares por ser extranjeros. El Gobierno español, al que consultó el Gobierno alemán, ya que no se encontraba en

Franco), una vez que fue consultado el mismo por parte del régimen alemán , que debían de hacer con los ciudadanos españoles, les dijo que no los querían en España (por su condición de rojos-republicanos) y que no los reconocían ni como españoles, por lo tanto fueron considerados apátridas por el régimen alemán, con las consecuencias que ello acarrea. ¹³⁸⁰

Pero el principal grueso de las víctimas españolas fueron a los campos de concentración de Mauthausen-Gusen y otros aledaños¹³⁸¹. En concreto se estima que había unos 9000 españoles en Mauthausen-Gusen y campos adyacentes, y que murieron 6500, mientras que los demás se salvaron. De hecho en el momento de la llegada y liberación del campo de concentración por parte de las fuerzas aliadas fueron recibidos con una pancarta gigantesca en la que se podía leer “ los

guerra con España, se desentendió de ellos. Los alemanes, al negarse estos españoles a trabajar para ellos, en vez de libertarlos o dejarlos donde estaban, les internaron en los «campos de la muerte», en Dachau, Mauthausen, Buchenwald, Oranienburg, Auschwitz, terribles campos en los que murieron la mayoría. Al llegar a los campos de exterminio, a los españoles les entregaban el triángulo azul de apátridas y la S de España (Spanien, en alemán).”

¹³⁸⁰ Consultar la excelente monografía y la bibliografía del libro “ Los últimos españoles de Mauthausen” de CARLOS HERNANDEZ DE MIGUEL. Editorial: Ediciones B, Barcelona. 2015. <https://www.memoriacatalunya.org/articles/art50.htm>. En esta página se recoge la relación entre el gobierno de Franco (a través de su cuñado Serrano Sunyer) y el régimen nazi. En concreto se dice en este artículo “ Se ve la responsabilidad directa de Serrano Suñer, y de los demás miembros de la cúpula del régimen franquista, en los "Crímenes contra la Humanidad" (tal y como caracterizaría el Subcomité del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en 1946) perpetrados contra los miles de republicanos españoles refugiados en Francia que murieron en los campos de concentración del III Reich. Pese a ser prisioneros de guerra, no se les aplicó el estatuto correspondiente según la Convención de Ginebra, sino que fueron considerados "combatientes rojos españoles" (rotspanienkämpfer, en alemán) y se les trató en calidad de prisioneros políticos a los que había que aniquilar. Como claro ejemplo de esta colaboración entre las autoridades franquistas y el régimen nazi, después de la captura de varios miles de republicanos españoles en la ciudad francesa de Angulema, la Embajada Alemana en Madrid preguntó, el 20 de agosto de 1940, al Ministerio de Asuntos Exteriores español, si quería hacerse cargo de estos refugiados. Ante la ausencia de respuesta por parte de la diplomacia española, la Embajada del III Reich repitió la pregunta una semana después, añadiendo si querían hacerse cargo también de otros cien mil republicanos españoles que estaban en campos de concentración instalados en los territorios franceses ocupados por las tropas alemanas.

Finalmente, los hombres hechos presos en Angulema, incluso niños en algunos casos, junto con otros detenidos en otros lugares de Francia, y hasta alcanzar la cifra de doce mil, acabarían en los campos de concentración nazis. Los dirigentes españoles tenían conocimiento de lo que pasaba en campos como el de Mauthausen. Por ejemplo, el Consulado Español en Viena tramitó diferentes asuntos, como defunciones, cartas, preguntas de familiares, e incluso la liberación de algún niño de los campos a instancias de altos cargos españoles como Serrano Suñer (tal fue el caso del Sr. Nos Fibla, natural de Alcanar, provincia de Tarragona).” Página consultada por última vez el 8-9-2018

¹³⁸¹ Hasta 53 subcampos de Mauthausen-Gusen hubo en Austria. Fuente https://es.wikipedia.org/wiki/Campo_de_concentraci%C3%B3n_de_Mauthausen-Gusen#/media/File:Austria_Mauthausen_sub-camps.png. Página consultada por última vez el 8-9-2018.

españoles antifascistas saludan a las fuerzas libertadoras”. Lo que denotaba la organización y la fuerza que había en ese campo de concentración por los españoles allí concentrados. Los españoles fueron liberados en Mayo de 1945, pero desde 1940 a 1945 el horror sufrido por los allí “hospedados” fue indescriptible. Hasta 35 formas diferentes de matar fueron testimoniadas en este campo de concentración de grado III¹³⁸². Este grado suponía que era un campo de trabajo (grado III), no como los de grado I de Auschwitz que eran campos de exterminio. Según los propios testimonios de algunos de los supervivientes de este campo la muerte era segura, así se lo manifestaban los propios militares de las SS. Y sobre todo la situación era mucho más grave para los españoles y soviéticos, por el motivo de que se les consideraba población “enemiga”, en concreto comunistas o rojos. De ahí que a los españoles se les grabó en los trajes de prisioneros un triángulo azul (lo que denotaba su condición de apátridas) y una S dentro del mismo que significaba su condición de SPANIARDS (españoles). Dentro del régimen de organización del campo había un sistema piramidal de mando. Régimen organizativo, en el que los kapos eran prisioneros alemanes encerrados en prisión que fueron muchos liberados para convertirse en los encargados de la custodia y la represión de los prisioneros allí concentrados, con otra serie de organización piramidal en la que la Gestapo y la SS llevaban el control de los mismos.

Es de destacar la organización que llevaron a cabo los presos españoles para sobrevivir en la medida de lo posible a una muerte segura en aquellas terribles condiciones. Es de destacar que el catalán Francisco Boix fue el único español que declaró en los juicios de Núremberg como testigo. Y presencié las barbaridades del holocausto nazi precisamente en el campo de concentración donde estuvo preso en Mauthausen, puesto que era fotógrafo profesional y los alemanes lo tuvieron fotografiando todo lo que pasaba en el campo de concentración. Gracias

¹³⁸² Para una visión de lo que fue el horror sufrido en el campo de Mauthausen, incluyendo documentales de las Fuerzas Aliadas rodados al terminar la II Guerra Mundial, documental de Francisco Boix y una idea de lo ocurrido en este campo de concentración ver el artículo publicado por LUIS FELIPE TORRENTE denominado “Mauthausen : maneras de matar” en la revista Digital CTXT, CONTEXTO, NUMERO 21, 11-6-2015. ctxt.es/es/20150611/culturas/1412/Holocausto-Benito-Bermejo.htm. Última visita realizada el 8-9-2018.

a que clandestinamente guardo fotografías de lo sucedido en este campo de concentración, se consideraron tanto sus fotografías como su testimonio como una de las principales pruebas incriminatorias en aquel proceso y ello sirvió para que condenaran a las autoridades alemanas en los citados juicios de Nuremberg¹³⁸³.

Debido a que estos abyectos hechos, así como otras muchas historias de españoles antirégimen fueron silenciadas o borradas literalmente de todos los libros de la historia reciente de nuestro país por parte de Franco y sus secuaces, no hay estudios serios y concluyentes de lo sucedido en Mauthausen hasta finales del siglo XX y lo que llevamos de siglo XXI. Pero la bibliografía, documentales y filmografía de Mauthausen ha sido suficientemente estudiada al día de hoy. Son numerosos los estudios realizados sobre todo por parte de los familiares de los afectados por tan crueles atrocidades y por los supervivientes a tan macabra masacre.

Es muy importante destacar a efectos jurídicos lo que sucedió en el campo de concentración en Mauthausen , que fue parecido a lo que sucedió en otros campos de concentración bajo la dominación del III Reich hasta su derrota en la II Guerra Mundial.

Los hechos cometidos por los alemanes alcanzaron cotas inimaginables hasta ese momento por la civilización humana. Tanto por lo atroz de la forma en que se cometieron, tanto por la enorme cantidad de personas que murieron, y sobre todo

¹³⁸³ El estudio biográfico más completo de FRANCISCO BOIX es el de BENITO BERMEJO en su libro " FRANCISCO BOIX: EL FOTOGRAFO DE MAUTHAUSEN" , 2002. Editorial RBA Libros. Asimismo es de destacar el documental realizado en 2000 por LORENZO SOLER sobre su vida denominado " FRANCISCO BOIX : UN FOTOGRAFO EN EL INFIERNO", se puede ver https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiMgtLVnavdAhVJPBoKHQ_fDScQFjAAegQIBhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.youtube.com%2Fwatch%3Fv%3D-04d60l0-EU&usg=AOvVaw1d1U8ACJdRDLZENITB8QHs . El texto de este documental se puede consultar PDF en http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=14&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjP1pubnavdAhXQy4UKHRI9DSwQFjANegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.cervantesvirtual.com%2FdescargaPdf%2Ffrancisco-boix-multimedia-un-fotografo-en-el-infierno-0%2F&usg=AOvVaw0odddoLM_Q-2YrZn7sLedg

por la filosofía subyacente por la que fueron eliminadas tantas personas selectiva y organizadamente siguiendo los ideales del movimiento dictatorial implantado por Hitler y por otras naciones que seguían los movimientos totalitarios de la época.

A partir de aquel momento se dictaron nuevas leyes regulando lo que había sucedido y sobre todo legislando con miras a que no vuelvan a ocurrir hechos tan atroces como los que ocurrieron bajo el sistema nacionalsocialista gobernado por Hitler y por los sistemas totalitarios. Así, se reguló por primera vez lo que era el delito de genocidio, delitos contra la humanidad y delitos regulados a través del derecho penal internacional. Pero este camino no ha sido un mar de rosas. Al contrario ha tenido que ir haciéndose poco a poco e implantándose a medida que se han resuelto otros casos con implicaciones penales a nivel internacional y que no siempre han corrido la misma suerte a nivel de condenas de los acusados.

En concreto el caso de Mauthausen se llevó a los tribunales mediante querellas presentadas por el equipo Nizkor , familiares de los afectados y otras asociaciones, contra cuatro agentes de las SS Totenkopf que todavía estaban vivos y por lo tanto podían ser juzgados en el momento en que se presentó la querella y de la cual ha conocido la Audiencia Nacional y resuelto el procedimiento penal en el año 2015 por el TS.¹³⁸⁴

¹³⁸⁴El texto de la querella presentada por el equipo Nizkor se puede consultar en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/querella.html>, página visitada la última vez el 9-9-2018.

El asunto del denominado CASO MAUTHAUSEN ha sido resuelto mediante auto del TS de fecha 18-04-2016, auto 3240-2016 siendo ponente A.G. JORGE BARREIRO. Aquí se puede consultar el auto completo: [http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiZ2s7n8LDdAhVChRoKHSqzDVgQFjAAegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FTRIBUNAL%2520SUPREMO%2FDOCUMENTOS%2520DE%2520INTERNTER%25C3%2589S%2FTSPenal%252018.04.16%2520\(1569-15\).pdf&usq=AOvVaw2GxO9xZR2fXOZayMyTP3C9.Página](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiZ2s7n8LDdAhVChRoKHSqzDVgQFjAAegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FTRIBUNAL%2520SUPREMO%2FDOCUMENTOS%2520DE%2520INTERNTER%25C3%2589S%2FTSPenal%252018.04.16%2520(1569-15).pdf&usq=AOvVaw2GxO9xZR2fXOZayMyTP3C9.Página) consultada la última vez el 10-9-2018.

2. ASPECTOS JURIDICOS DEL DENOMINADO CASO MAUTHAUSEN.

2.1 Aspectos Penales del mismo.

Es absolutamente necesario partir de los hechos que acaecieron en los campos de concentración que estamos aludiendo. Para ello nada mejor que empezar por lo investigado en el llamado “ informe Cohen”¹³⁸⁵, que fue presentado ante el Tribunal de Nuremberg¹³⁸⁶. Así este informe en sus hechos concluye:

“ASUNTOS INVESTIGADOS

2. Muerte por disparo, golpes, empleo de gas venenoso, ahogamiento, desnutrición, administración de inyecciones, apedreamiento, congelación, quema y estrangulamiento de los ciudadanos de veintitrés (23) naciones, incluidos miembros del Ejército de los Estados Unidos, de la población civil alemana que trabajaba a las órdenes de las fuerzas armadas alemanas y de otros nacionales a las órdenes de las mencionadas fuerzas armadas alemanas, en violación del Artículo 2 de la Convención de Ginebra sobre Prisioneros de Guerra (párrafo 73, leyes y costumbres de la guerra en tierra; Artículo 2 de la misma Convención, párrafos 25, 26, 30 y 31, leyes de la guerra en tierra).”

Y las conclusiones del informe dicen:

“ V. CONCLUSIONES

Las pruebas compiladas para este caso muestran de forma muy clara que la finalidad última de la red de campos de concentración de Mauthausen era el exterminio de seres humanos sólo por su oposición a la forma de pensar de los nazis. No hay duda de que Mauthausen se concibió como punto de partida para un posterior desarrollo a largo plazo.”

¹³⁸⁵ Eugene S. COHEN en su calidad de Investigador-Perito . Informe presentado en el Tribunal de Nuremberg: **DOCUMENTO 2176-PS** ,CONFIDENCIAL INFORME DEL OFICIAL INVESTIGADOR CUARTEL GENERAL TERCER CUERPO DEL EJÉRCITO DE LOS ESTADOS UNIDOS . Oficina del Auditor Militar, Elaborado el 17 de junio de 1945 ASUNTO: Informe de investigación sobre presuntos crímenes de guerra. A: General en Jefe, Duodécimo Cuerpo del Ejército, APO 655, Ejército de los Estados Unidos.

¹³⁸⁶ Para consultar lo sucedido en el Tribunal de Núremberg entre toda la bibliografía destacan “ Las Entrevistas de Núremberg” de LEON GOLDENSOHN, de Editorial Taurus, 2004. Y la obra “ Interrogatorios . El Tercer Reich en el banquillo” de RICHARD OVERY. 1ª Edic. Octubre de 2003. Tusquets Editores S.A.

El Juzgado Central Intruc. número 2 de la AN que llevaba el sumario 56/2009 (DP 211/2008), decretó , tras la presentación de la querrela por parte de varias asociaciones en este caso, auto de procesamiento a cuatro agentes de la SS Totenkopf. En concreto en el citado auto se cita el modo de actuar de los investigados y porqué se les acusó formalmente de genocidio y de crímenes de lesa humanidad en este procedimiento¹³⁸⁷. Así el auto de procesamiento de 17-9-2009 , del juez Ismael Moreno del Central de Instrucción dos de la AN, dice literalmente: "Los hechos relatados anteriormente, revisten, por ahora, y salvo ulterior calificación, los caracteres de los delitos de GENOCIDIO Y LESA HUMANIDAD previstos y penados en los arts. 607 y 607 bis del Código Penal".

El propio Ministerio Fiscal en su informe dice que "la calificación jurídica de los hechos tampoco ofrece dudas tanto desde el punto de vista del derecho internacional y los precedentes jurisprudenciales del Tribunal de Nuremberg como desde la óptica de nuestro derecho interno: los hechos constituirían un delito de genocidio del art. 607 del C.P."

Si bien el tipo penal de genocidio tiene precisamente su origen en la necesidad de evitar la repetición de crímenes como los cometidos por el III Reich en aplicación de leyes derivadas de doctrinas raciales, no es hasta 1948 cuando la tipificación de este crimen internacional se recogió por primera vez en un instrumento normativo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito

¹³⁸⁷ Se puede consultar el auto de procesamiento y el caso Mauthausen completo en la página web del equipo NIZKOR, CASO SS TOTENKOPF, en concreto en el auto las causas penales del procesamiento de los acusados se repiten , valga como ejemplo el de uno de ellos: "Leprich nació en Birk, Rumanía, en 1925. En noviembre de 1943 pasó a ser miembro de la organización militar nazi conocida como las Waffen SS, y, poco tiempo después, comenzó su servicio como guarda SS uniformado en el campo de concentración de Mauthausen en Austria, donde sirvió hasta abril o mayo de 1944. Mauthausen era un campo destinado al castigo cruel de los enemigos de la Alemania nacionalsocialista, y los prisioneros en él recluidos eran sometidos a inanición, palizas, torturas, y asesinados mediante una diversidad de métodos, incluyendo gaseamiento, ahorcamiento, estrangulación, administración de inyecciones en el corazón, electrocución, palizas, ahogamiento, quemados vivos, desnutrición y ejecuciones. Los prisioneros de Mauthausen eran judíos, gitanos, testigos de Jehová y polacos, así como nacionales de casi todos los países europeos [incluidos, al menos, más de siete mil (7.000) nacionales españoles]. Durante su período de servicio en Mauthausen, Leprich pasó a ser miembro de las SS Totenkopf-Sturmabteilung, que fue después declarada por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, como una organización criminal involucrada en 'la persecución y el exterminio de judíos, brutalidades y asesinatos en campos de concentración, excesos en la administración de los territorios ocupados, administración del programa de mano de obra esclava y malos tratos y asesinatos de prisioneros de guerra'. Tres de los cuatro investigados estuvieron en Mauthausen.

de Genocidio , la cual entró en vigor el 12 de enero de 1951, y de la que España devino Estado parte por adhesión el 13 de septiembre de 1968.

En el caso de Mauthausen se cumplieron a rajatabla los designios y la finalidad política perseguida por el régimen del III Reich puesto que el delito de genocidio exige para su constancia dos elementos: 1) "mens rea" y 2) "actus reus"¹³⁸⁸. No hubo duda alguna en este caso para aplicar los preceptos citados del CP y el Convenio para prevención del Genocidio y procesar a los imputados, puesto que los hechos fueron totalmente probados tanto en los denominados juicios de Nuremberg , como en las declaraciones posteriores de los supervivientes de este campo de concentración.

También se les procesó por delitos de lesa humanidad. Así el Estatuto de Nuremberg reconoce dos categorías de crímenes contra la humanidad: a) actos inhumanos y b) persecución por los motivos mencionados en el artículo 6 c)¹³⁸⁹.

2.2 Aspectos Mercantiles.

La preocupación principal del III Reich de Hitler, aparte del exterminio de todo aquel que no pensase bajo su filosofía, era puramente económica. Y para para

¹³⁸⁸ La Convención para la prevención del genocidio recoge el mismo en su Artículo II :

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. Artículo III Serán castigados los actos siguientes: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.

En el caso resuelto por el tribunal para el genocidio de Ruanda, se sostuvo que el crimen de genocidio tiene tres componentes principales: i) la intención de destruir un grupo, ii) la intención de destruir un grupo total o parcialmente, y iii) la intención de destruir un grupo que se identifica por: su nacionalidad, raza, etnicidad o religión.

Para un completo estudio del delito de genocidio en cualquiera de sus vertientes se puede consultar las aportaciones de A. Gil y Gil, destacando su obra " El genocidio y otros crímenes internacionales", 1999 . Centro de Estudios Tomas y Valiente. Uned Alzira-Valencia. Colección Interciencias.

¹³⁸⁹ El art. 6,c) del Estatuto de Nuremberg prevee como delitos contra la humanidad: el asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra; o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de los crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados".

llevar a cabo la osadía de conquistar el mundo, necesitó del apoyo de pequeñas y grandes empresas, tanto alemanas como extranjeras¹³⁹⁰.

Las empresas de armamento, automoción, productos farmacéuticos y tecnología no podían contar con los jóvenes alemanes para trabajar en sus fábricas porque estos se encontraban en los frentes de batalla. Los prisioneros de los campos y los trabajadores forzosos se convirtieron en la mejor opción y también en la más barata. El negocio de los campos era redondo. La DEST suministraba los trabajadores, las SS ofrecían la seguridad y las empresas privadas aportaban el resto.

El grueso de los republicanos que pasaron por los campos de concentración trabajó y murió a las órdenes de la DEST, la empresa propiedad de las SS. Las canteras de Mauthausen y Gusen, así como el molino de piedra ubicado junto a esta última, se cobraron el mayor número de vidas entre los españoles¹³⁹¹.

¹³⁹⁰ En el libro ya citado “ Los últimos españoles de Mauthausen” de CARLOS HERNANDEZ DE MIGUEL. Editorial: Ediciones B, Barcelona. 2015. Se hace un estudio minucioso de las empresas que ayudaron al III Reich y específicamente las empresas que se beneficiaron en el campo de Mauthausen. Llama la atención que empresas como Bayer, Basf y Hoechst, Audi, Daimler, Bosch, Volkswagen, Krupp (actualmente Thyssenkrupp). Deutsche Bank. Ford, IBM, BMW, General Motors, Stándar Oil, etc. Ayudaron económicamente al régimen de Hitler en su cruzada por conquistar el mundo.

Para una visión del tema ver el artículo publicado en el periódico “ el diario”, denominado “los empresarios de Hitler y los negocios de los campos de concentración “ en https://www.eldiario.es/el-holocausto-esp%C3%B1ol/hitler-concentracion-deportado-mauthausen-gusen-ravensbruck-Franco_6_369273071.html. Visitada por última vez el 11-9-2018. Incluso muchas de las gigantescas empresas que participaron económicamente como BMW (con motores) o HUGO BOSS (con ropa) han pedido públicamente perdón por su apoyo económico al III Reich. Así ver el artículo de Daily Mail On line. <https://www.dailymail.co.uk/news/article-3480258/German-car-giant-BMW-apologises-wartime-past-admitting-profound-regret-supplying-Nazis-vehicles-using-slave-labourers.html>. Publicado el 7-3-2016. Visitado el día 11-9-2018. En España la política seguida hasta el momento no va en el mismo sentido que en Alemania con respecto al régimen del Dictador Franco.

¹³⁹¹ Ver el artículo de publicado el 05-5-2015 en el periódico El Confidencial edición digital, visitado la última vez el 11-9-2018. https://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2015-05-05/la-escalera-de-la-muerte-de-mauthausen-y-la-crueldad-de-los-ss-alemanes_568259/. En este artículo del periódico El Confidencial se cita la obra de Benito Bermejo, “ Francisco Boix: El fotógrafo de Mauthausen”, en la que se narra como en los 186 escalones de piedra de la cantera eran explotados y muchas veces asesinados los miembros del campo. Y como desde una colina de 70 metros de altura se hacía saltar a los internos en el campo para matarlos y bien que se ahogasen en la laguna existente, los alemanes llamaban a esta colina sarcásticamente “ el muro de los paracaidistas”. Empresas privadas también explotaron a los republicanos españoles. La mayor de ellas fue la Steyr-Daimler-Puch que empleó internos de Mauthausen, desde 1941, para trabajos de construcción en su factoría de Steyr. En 1942 negoció

2.3 Aspectos Laborales.

En todo momento los trabajos que se desarrollaron en este campo de concentración fueron trabajos forzosos y esclavitud. Además las empresas que hemos relatado utilizaron mano de obra esclava y gratuita de los campos de concentración. Lo que contravino toda la normativa desarrollada por la OIT hasta ese momento y la propia legislación alemana que consideraba delito las conductas llevadas a cabo¹³⁹².

2.4 Aspectos Procesales. El acceso a la jurisdicción universal.

En el presente caso tras la presentación de la querrela (en 2008) no hubo especiales problemas en el momento en que se presentó para admitir la misma. Debido principalmente al carácter abierto en la aplicación del principio de Justicia Universal instaurado en aquellos momentos en la legislación española. La justicia penal universal, se puede definir siguiendo a BAUTISTA HERNÁNDEZ como:” la capacidad que tienen los tribunales internos (domésticos) de un Estado de investigar y juzgar una serie de crímenes considerados como los más graves para la sociedad internacional, con independencia del lugar de comisión, de la nacionalidad de la víctima o del presunto responsable e incluso, del lugar donde se encuentre éste último, y sin que se atente contra los intereses nacionales del Estado”¹³⁹³. Habría que añadir además como hace BAUTISTA HERNÁNDEZ que los

con los altos mandatarios del régimen la utilización de prisioneros en el proceso de fabricación de armamento y vehículos para el ejército.

¹³⁹² Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (Entrada en vigor: 01 mayo 1932) . Adopción: Ginebra, 14ª reunión CIT (28 junio 1930). Así en su art. 4 recoge: “1. Las autoridades competentes no deberán imponer o dejar que se imponga el trabajo forzoso u obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado.

2. Si existiera tal forma de trabajo forzoso u obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado, en la fecha en que el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo haya registrado la ratificación de este Convenio por un Miembro, este Miembro deberá suprimir completamente dicho trabajo forzoso u obligatorio desde la fecha en que para él entre en vigor el presente Convenio.” Para una consulta de la legislación del trabajo de la época del III Reich consultar el artículo del profesor Erich Shinnerer, de la Universidad de Berlín. Publicado en 1938 por Terramare office en 1938. Se puede ver en este enlace: <https://doctrinanacionalsocialista.blogspot.com/2017/08/derecho-y-legislacion-alemanas-4-el.html>. Consultado por última vez el 12-9-2018.

¹³⁹³ Para un completo análisis de este principio y la contrarreforma del año 2009 vid. “ ¿CRISIS DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL? AVANCES Y RETROCESOS EN LA APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES TRAS LA REFORMA DE 2009 “ de Andrés Bautista Hernández Área de Derecho Internacional Público Universidad de

delitos no son delitos comunes sino que son una serie de delitos que atentan contra bienes jurídicos internacionales de especial importancia para la sociedad internacional. En este sentido, tales delitos son, entre otros, los crímenes de guerra¹³⁹⁴, el delito de genocidio¹³⁹⁵, el delito de lesa humanidad¹³⁹⁶ o contra la humanidad y la piratería. Como ha sido el Caso Mauthausen.

Pues bien, en la aplicación de la jurisdicción universal en el caso Mauthausen no hubo especial problema en la aplicación del mismo para la apertura del procedimiento, tampoco después, puesto que la reforma operada por la LO 1/2009 en la LOPJ, a pesar de que restringía el carácter absoluto que tenía antes el principio de justicia universal, no afectó a este procedimiento, puesto que se daban las condiciones, principalmente por el principio de personalidad pasiva, y en virtud del art. 23.4 de la LOPJ existían en este proceso víctimas de nacionalidad española y además, exigía y exige el art. 23.4 de la LOPJ “y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se

Málaga. Pag 77 y ss publicado por la UMA, I Congreso Nacional de jóvenes investigadores en ciencias jurídicas. Investigaciones en Ciencias Jurídicas : Desafíos actuales del Derecho. 11 y 12 de Julio de 2013. Coordinado por Angel Valencia Saiz. Así Bautista cita a RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: que nos dice que «El fundamento último de la jurisdicción universal se encuentra en la comunidad de intereses que existe entre los Estados respecto a la necesidad de proteger penalmente determinados valores y evitar la impunidad de ciertos delitos».

¹³⁹⁴ Como señala ABAD ABALOS “ En lo que atañe a la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra, por lo que se refiere al Derecho convencional, está claro, con todo, que las Convenciones de Ginebra sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados, que ya desde hace años han sido ratificadas por todos los Estados, y el protocolo Adicional I a estos Convenios, relativo a los conflictos armados de carácter internacional, incorporan el principio de jurisdicción universal en su versión absoluta. Dicho de otra forma, el ejercicio de la jurisdicción universal no requiere que los hechos acaecidos tengan ninguna relación con el Estado que la ejerce. Ni siquiera sería necesaria la presencia del presunto responsable en el territorio del Estado. Vid. Para un estudio del Principio de Jurisdicción Universal , el artículo de M. ABAD ABALOS, “ LA PERSECUCIÓN RESTRINGIDA DE LOS DELITOS QUE LESIONAN VALORES ESENCIALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: ¿SIGUE EXISTIENDO LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA?. En Revista Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 15, enero 2012, ISSN 1698-7950, pp. 65-90.

¹³⁹⁵ Como nos dice ABAD ABALOS, Op. Cit. “Con respecto al genocidio, como es bien sabido, la Convención internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 1948, establece que las personas presuntamente responsables de haber cometido este tipo de actos sean juzgadas por un tribunal competente del Estado donde ocurrieron los hechos o, respecto de aquellos que hayan reconocido su jurisdicción, ante el tribunal penal internacional que sea competente. Y, en este sentido, ha de tenerse en cuenta que la práctica posterior de los Estados ha tendido a incorporar en los ordenamientos internos otros criterios, como el principio aut dedere aut judicare, junto a los principios de nacionalidad y de personalidad pasiva, para la determinación de la jurisdicción del Estado sobre el crimen de genocidio”.

¹³⁹⁶ En los delitos de lesa humanidad se admite, en general, la procedencia del principio de jurisdicción universal a título facultativo en el Derecho consuetudinario, y a título obligatorio girando en torno al principio aut dedere aut judicare en algunos tratados.

ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. Efectivamente se daban todos los requisitos para que se continuase el procedimiento penal y así se hizo, a pesar de los obstáculos que el legislativo con esta reforma de 2009 ponía para la aplicación del principio de Jurisdicción Universal¹³⁹⁷.

Pero con la reforma de 2014 operada por la ley orgánica 1/2014, la situación cambió radicalmente, puesto que se suprimió el requisito de la existencia de una víctima española para conocer estos procedimientos como uno de los requisitos de acceso a la jurisdicción universal, en los casos de genocidio y lesa humanidad (art. 23.4 a) de la LOPJ)¹³⁹⁸. Esta reforma operada ha llevado al archivo definitivo del procedimiento seguido ante la AN, precisamente porque las personas procesadas no se encuentran en territorio español (estaban en EEUU), y además esta reforma dispuso en su DT única que se archivasen los procedimientos que no cumplan los nuevos requisitos tras la reforma del art. 23 de la LOPJ y estuviesen abiertos¹³⁹⁹. Lo que conllevó finalmente al archivo del procedimiento por auto del pleno de la AN de 15-12-14, auto que no fue por unanimidad puesto

¹³⁹⁷ Así para ABAD ABALOS, Op. Cit. El principio de justicia universal ha sufrido una gran retroceso con la reforma operada en 2009, expresando su conclusión: “ En realidad la habilitación para la competencia penal de los Tribunales españoles que se incluye en la regulación actualmente vigente (año 2009) ya no respondería genéricamente a la formulación del principio de jurisdicción universal, en cuanto se somete el ejercicio efectivo de la jurisdicción a unos requisitos que le son extraños, como que existan “víctimas de nacionalidad española” o que se constate “algún vínculo de conexión relevante con España”. A su vez, en segundo lugar, la reforma desoye el contenido de obligaciones jurídicas que el Derecho internacional impone sobre España, al menos con respecto a la represión de ciertos crímenes de guerra que constituyen infracciones graves del Derecho internacional humanitario”.

¹³⁹⁸ El art. 23.4 a) ha quedado redactado como sigue: “ 4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

¹³⁹⁹ Dispones expresamente: “Disposición transitoria única: Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.

que tuvo votos particulares¹⁴⁰⁰, y que finalmente ha sido confirmado en parte por auto del TS en auto de 14-4-2016,¹⁴⁰¹ dictándose nuevo auto por el pleno de la AN archivando por segunda vez el caso el 12-12-2016 ¹⁴⁰².

En la resolución del caso Mauthausen y de otros muchos casos que se han seguido por aplicación del principio de justicia universal han tenido que ver evidentes intereses económicos y políticos de los países afectados en estos procesos. Se operaron reformas que parecían que se habían hecho a medida para archivar casos abiertos en la AN, especialmente importante fue la resolución del caso Falung Gong y Caso del Tibet, que fue resuelto tras la reforma operada en 2014 de la LOPJ, y archivado por el pleno de la AN el 23 de Junio de 2014 (con siete votos particulares en contra)¹⁴⁰³.

¹⁴⁰⁰ <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/klm41.html>. En este enlace se puede ver el voto particular del magistrado Antonio Díaz Delgado. <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/klm40.html>. En este el voto particular de Ramón Sáez Valcárcel y de Jose Ricardo De Prada Solaesa. <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/klm42.html>. En este el de la magistrada Clara Bayarri García. Todos visitados el 14-9-2018.

¹⁴⁰¹ •Auto ordenando se complete la investigación en el caso SS Totenkopf en el sentido de confirmar el fallecimiento de los procesados Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Recurso N° 1569/2015, Madrid, 18/abr/16. <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/klm59.html>. Pueden consultar el citado auto en este enlace. Visitado última vez el 12-9-2018.

¹⁴⁰² •Auto ordenando nuevamente el archivo de la causa por las víctimas españolas de los campos de concentración de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenburg Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno, Madrid, 12/dic/16. <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/klm60.html>. Puede consultar el auto en este enlace. Visitado el 12-9-2018.

¹⁴⁰³ Vid. B. GARZÓN, en su libro “En el punto de mira” Editorial Planeta 2016, 1ª Edic. Octubre de 2016. Garzón nos relata el curso de los procesos seguidos ante la AN seguidos en aplicación del principio de justicia universal, y que han sido historia viva de la actualidad judicial y política de los últimos 20 años en España. Casos como famosos como contra PINOCHET, SCILINGO (único sentenciado en España por aplicación del principio de Justicia Universal), GUATEMALA, ALAKRANA, GUANTANAMO, DESAPARECIDOS DE ARGENTINA, OPERACIÓN CONDOR, CASO JESUITAS EN EL SALVADOR, y muy especialmente el caso del TIBET Y FALUN GONG. En palabras del propio Garzón, con las reformas de 2009 y 2014, “ parece que la ley se hubiese hecho a medida “ para el archivo de las causas seguidas ante la AN por parte del gobierno. Puesto que el caso del Tibet se archivó porque ninguna de las víctimas tenía nacionalidad española. En concreto Garzón relata (pag. 802) como la Embajada China solicitó al gobierno español en 2009, que “ la AN había atropellado las relaciones internacionales en este caso”, y que “ el gobierno español respaldara la acuciante preocupación y posición y principios de China en la salvaguardia de la reunificación y la integridad territorial del país.” Por lo tanto el gobierno reformó el art. 23 de la LOPJ en el sentido pedido de que fuesen al menos víctimas españolas los afectados en delitos de genocidio, y en el caso TIBET no lo eran. Así se archivó el caso Tibet (se juzgaba los crímenes cometidos por la dominación China en el Tibet y su ocupación militar entre el periodo comprendido entre 1950 y 1979). Y el caso Falun Gong también en China fue iniciado mediante querrela el 28 de Junio de 2005, y en este caso también era contra el gobierno

Todo esto ha llevado a que el caso Mauthausen, como otros muchos casos hayan dejado totalmente desamparadas a las víctimas (inocentes) y todo ello por la inadecuada aplicación del principio de justicia penal universal en las legislaciones de los Estados, que obedecen más a intereses propios que a intereses que en la mayoría de las ocasiones afectan a la comunidad internacional entendida esta como un todo.

2.5 CONCLUSIONES:

El principio de Justicia Penal Universal debería interpretarse en forma abierta y favorable a las víctimas, con independencia de la nacionalidad de las víctimas, de los que han cometido los crímenes y sin necesidad alguna de vínculos de conexión con el Estado, para que puedan perseguirse adecuadamente tan terribles crímenes, como así fue reconocido por nuestro TC en sentencia de 26 de Septiembre de 2005 (en el caso Guatemala)¹⁴⁰⁴.

Sin embargo, las reformas del principio de justicia penal universal (2009 y 2014), han sido en España claramente regresivas en pos de ir reduciendo el círculo de delitos y sobre todo la forma de acceder y de perseguir por parte de los tribunales españoles estos delitos.

Las reformas muchas veces han sido llevadas a cabo por presiones políticas y económicas de los países frente a los que se exigían responsabilidades a sus ciudadanos, muchos de ellos políticos importantes. Lo que ha llevado a la inaplicación del principio de justicia Universal en España. En palabras de B.

Chino por la represión frente al movimiento espiritual denomina FALUN GONG. En este caso si había un ciudadano de origen tibetano pero nacionalizado español en 1996 (Thubten Wangchen). Con la reforma de 2014 también se archivó el caso, aunque quedaba el resquicio de calificarlo como tortura, para la cual si se exige que la víctima sea española, pero “ en el momento de los hechos”. Cosa que no sucedía en el caso del ciudadano Thubten. Por eso dice Garzón que parecía que la ley “ hubiese hecho a la medida” (pag. 806, op. Cit).

¹⁴⁰⁴ STC, 237/2005 de 26 de Septiembre. En palabras de B. GARZÓN, en su libro “En el punto de mira” Editorial Planeta 2016, 1ª Edic. Octubre de 2016. Esta sentencia ha sido el éxito más contundente, a nivel universal, con respecto a la aplicación del principio de justicia penal universal, destacando el criterio amplio y abierto seguido, frente al criterio restrictivo que había triunfado hasta ese momento en el TS. El libro de B. GARZON, lleva a cabo un estudio de la mayoría de los casos que han pasado por la AN relacionados con la aplicación del principio de justicia Universal, especialmente las páginas 639 a 844, y en los que él tuvo parte directa en la resolución de los mismos a través de su juzgado. Garzón es conocido como uno de los impulsores y defensores de la aplicación de este principio de justicia penal universal.

GARZÓN¹⁴⁰⁵, “han sido los casos del Tíbet, el caso Guantánamo y las presiones del gobierno chino y del estadounidense, los que han acabado de hecho con la aplicación de la jurisdicción universal en España”.

Se han emitido votos particulares frente a la reforma del año 2014 por parte de magistrados de la AN que consideran que la regulación actual del art. 23.4 de la LOPJ es inconstitucional por vulneración del art. 24 (tutela judicial efectiva) y del art. 14 de la CE.

Por parte de un sector doctrinal se considera también injerencia del poder ejecutivo en el poder judicial, cuando la DT única operada por la reforma del 2014, ordena el sobreseimiento de procedimientos que están sub iudice, invadiendo la función jurisdiccional que solamente corresponde al poder judicial y no al poder legislativo¹⁴⁰⁶.

Y lo más flagrante es que se presentó una querrela en el año 2008 (caso Mauthausen), frente a personas que estaban vivas en el momento de la querrela presentada, y han dejado pasar hasta el 2016, con dos reformas restrictivas por medio, para dejar en absoluto desamparo a las víctimas españolas que han sufrido tan terribles crímenes y a sus familiares en la más absoluta desprotección jurídica por parte del Estado Español, que debería trabajar en pos de defender a sus nacionales y por ende también a la humanidad, víctimas de genocidio, en lugar de defender intereses políticos y económicos que le imponen terceros países. También es chocante que para una serie de delitos, de segundo grado, según los términos acuñados por la Comunidad Internacional, en su acceso a la CPI se exijan menos requisitos a la hora de acceder a la jurisdicción universal en España, que para los delitos de primer grado (como los de este caso analizado) que en teoría son muchos más graves. Parece cuando menos discriminatorio y atenta claramente contra el principio de igualdad constitucionalmente reconocido en el art. 14 de la CE. Si bien, la AN no planteó cuestión de inconstitucionalidad. Parece que hay una gran contradicción con las reformas

¹⁴⁰⁵ Op. Cit. Página 793.

¹⁴⁰⁶ Vid. Los votos particulares a la s. de la AN antes mencionados.

planteadas, con una absoluta falta de criterio a la hora de plantear los criterios de conexión en el articulado reformado¹⁴⁰⁷.

Como conclusión se deberían, simplemente, estos delitos tan graves, como genocidio, lesa humanidad, crímenes contra la humanidad, regular internacionalmente como derecho de ius cogens que no fuera interpretado al albur de cada uno de los Estados . Y que se lleve a cabo un Tratado por el que se obligase a los Estados, una vez regulada la materia, a cumplir los mandatos de la Comunidad Internacional , puesto que lo que debemos proteger es a la humanidad entera para que no se vuelvan a cometer estas atrocidades, o por lo menos quienes las cometan que sepan que no van a quedar impunes. Y máxime en este tipo de delitos, que precisamente los Estados que los cometen no los persiguen, puesto que siempre hay intereses políticos en la mayoría de las ocasiones ocultos tras estos crímenes. Los Estados no deben alentar la impunidad, todo lo contrario tienen que proteger a las víctimas y deben perseguir estos delitos cualquiera que fuere el lugar que se hayan cometido y el origen de las víctimas y victimarios.

Puesto que hay lagunas a nivel Internacional y a nivel interno para la aplicación del principio de justicia Universal, el equipo dirigido por Baltasar Garzón ha preparado unos principios de aplicación (a modo de borrador) para regular en cierta forma como debería ser la regulación para una completa aplicación a nivel internacional y nacional del principio de justicia Universal. Estos principios son llamados los Principios de Madrid-Buenos Aires de Jurisdicción Universal.

De sus conclusiones destacan: La ampliación a delitos económicos y ambientales graves, y además en el principio 7 recoge la aplicación de la justicia universal al ámbito civil, independiente de la Penal, y así en cierta forma los familiares

¹⁴⁰⁷ Así lo expresa el mismo ponente del auto del TS que resuelve el caso Mauthausen, JORGE BARREIRO, en el artículo de opinión “ El principio de justicia universal: de la justicia como valor a la justicia como mercancía”, publicado en el nº 58 de la revista digital, El Notario del Siglo XXI. Que se puede consultar en el siguiente enlace: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/3928-el-principio-de-justicia-universal-de-la-justicia-como-valor-a-la-justicia-como-mercancia>.

pueden verse resarcidos¹⁴⁰⁸, así como los principios de legalidad internacional, ne bis in ídem y la aplicación del sistema de justicia transicional en determinados casos y que se puedan celebrar las vistas en ausencia del infractor y por tanto condenarles.

BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS EN RED UTILIZADOS:

ABAD ABALOS. M., ARTÍCULO “ LA PERSECUCIÓN RESTRINGIDA DE LOS DELITOS QUE LESIONAN VALORES ESENCIALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: ¿SIGUE EXISTIENDO LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA?. En Revista Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 15, enero 2012, ISSN 1698-7950, pp. 65-90.

BAUTISTA HERNÁEZ, A. “¿CRISIS DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL? AVANCES Y RETROCESOS EN LA APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES TRAS LA REFORMA DE 2009” Área de Derecho Internacional Público Universidad de Málaga. Pag 77 y ss. publicado por la UMA, I Congreso Nacional de jóvenes investigadores en ciencias jurídicas. Investigaciones en Ciencias Jurídicas: Desafíos actuales del Derecho. 11 y 12 de Julio de 2013. Coordinado por Ángel Valencia Saiz.

BENITO BERMEJO. Libro “ FRANCISCO BOIX: EL FOTOGRAFO DE MAUTHAUSEN” , 2002. Editorial RBA Libros.

.<https://www.dailymail.co.uk/news/article-3480258/German-car-giant-BMW-apologises-wartime-past-admitting-profound-regret-supplying-Nazis-vehicles-using-slave-labourers.html>

Equipo Nizkor se puede consultar en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/querella.html>

GARZÓN , B. libro “En el punto de mira” Editorial Planeta 2016, 1ª Edic. Octubre de 2016- GIL Y GIL , A. “ El genocidio y otros crímenes internacionales”,

¹⁴⁰⁸ Se puede consultar estos principios de Justicia Universal de Madrid-Buenos Aires en la página web www.baltasargarzon.org, y en el siguiente enlace: <http://baltasargarzon.org/jurisdicion-universal/nosotros/principios-madrid-buenos-aires-de-jurisdicion-universal/>.

1999 . Centro de Estudios Tomas y Valiente. Uned Alzira-Valencia. Colección Interciencias

GOLDENSOHN, L. " Las Entrevistas de Núremberg" de Editorial Taurus, 2004.

HERNANDEZ DE MIGUEL C. " Los últimos españoles de Mauthausen" Editorial: Ediciones B, Barcelona. 2015.

JORGE BARREIRO A., Artículo de opinión " El principio de justicia universal: de la justicia como valor a la justicia como mercancía", publicado en el nº 58 de la revista digital, El Notario del Siglo XXI.

OVERY, R. " Interrogatorios . El Tercer Reich en el banquillo" de 1ª Edic. Octubre de 2003. Tusquets Editores S.A.

PRESTON, P. El Holocausto Español. Edit. Debate 2017.

SANTOS, F." Exiliados y emigrados : 1939-1999", <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbc3v4> . Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2003, Edición digital basada en la de Madrid, Fundación Españoles en el Mundo, 1999-

SHINNERER, E. Derecho y legislación alemana. de la Universidad de Berlín. Publicado en 1938 por Terramare office en 1938.

La problemática del debido proceso para el enjuiciamiento del crimen de guerra

Carmen García de la Escosura Vázquez

Universidad Carlos III de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Los conflictos armados han formado parte de la sociedad¹⁴⁰⁹, prácticamente, desde que ésta se conformó. De hecho, se siguen produciendo. Tanto es así que, si analizásemos la realidad bélica mundial, nos alertaríamos al comprobar que los conflictos armados de Afganistán, Irak, o Siria, son sólo meros ejemplos mediáticos conocidos; aunque -paradójicamente- existan otros más cercanos, en Europa, como el de Ucrania.

Por ello, y a pesar de los esfuerzos de la comunidad internacional en erradicarlos¹⁴¹⁰, no podemos hablar de los conflictos armados sólo como un problema del pasado, sino también del presente. Ante esta situación, la única posibilidad de amainar el resultado lesivo de las *hostilidades* será exigir a los combatientes el cumplimiento de las normas¹⁴¹¹, convencionales y consuetudinarias, que regulan los conflictos armados. Enjuiciando y condenando a aquellos que las quebranten.

Así las cosas, surge la necesidad de reflexionar acerca del enjuiciamiento *debido* de los criminales de guerra y las posibles consecuencias jurídicas que, de no llevarse a cabo correctamente, se deriven.

¹⁴⁰⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Tomo I. CSIC. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid, 1995.

¹⁴¹⁰ No sólo se prohíbe el uso de la fuerza (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas), sino que, además, se exige la resolución pacífica de controversias (art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas). Vid. CASADO RAIGÓN, R.: *Derecho internacional*. Tercera edición. Tecnos. Madrid, 2017.

¹⁴¹¹ "La guerra tiene un límite". CONDE LUQUE, R.: *Derecho internacional público*. Athenaica (Ediciones Universitarias). Sevilla, 2015.

2. LOS CONFLICTOS ARMADOS

En Derecho internacional clásico, el conflicto armado era empleado como un método lícito de resolución de conflictos cuyo fin podía consistir, bien, en alcanzar un objetivo de interés internacional, o, bien, en imponer la voluntad de una de las partes en conflicto (fuese grupo, o Estado soberano). En cualquiera de los casos, esto no implica que -en aquel período- no existieran normas¹⁴¹², al menos consuetudinarias, de regulación de las hostilidades¹⁴¹³.

Pero, como era previsible, el recurso al conflicto armado como mecanismo de *autotutela* provocó la destrucción desproporcionada de sociedades. Lo que generó la codificación de normas de limitación y regulación¹⁴¹⁴ de la *guerra*, entre las que destacaron las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, con el propósito de exigir su cumplimiento.

Posteriormente, con la creación de la Carta de las Naciones Unidas¹⁴¹⁵ se predijo, erróneamente, el fin de las hostilidades ya que en su art. 2.4 se prohibió expresamente el uso de la fuerza. A partir de este momento, para la resolución de conflictos habrían de emplearse medios pacíficos (art. 33.1 de la Carta de las Naciones Unidas), reduciendo la posibilidad de recurrir a los conflictos armados en situaciones tasadas: seguridad colectiva, legítima defensa, o las llamadas *guerras de liberación nacional*.

A pesar de ello, lo cierto es que los conflictos armados no sólo se siguen produciendo, sino que ponerles fin parece, aún, una utopía. Por este motivo, durante el transcurso de las hostilidades se exige el cumplimiento de unos límites establecidos en las diversas normas de regulación de los conflictos con la

¹⁴¹² “Las leyes de la guerra son tan antiguas como la guerra misma, y la guerra tan antigua como la vida en la Tierra”. PICTET, J.: *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*. TM Editores. Bogotá, 1998.

¹⁴¹³ A modo de ejemplo, podemos recordar que en la Grecia de las ciudades era necesario enviar un ultimátum antes de proceder a la declaración de la guerra.

¹⁴¹⁴ Esto es, los conflictos armados son lícitos en tanto en cuanto se cumpla con la normativa que los regula.

¹⁴¹⁵ Fue firmada el 26 de junio de 1945 por los representantes de 50 países, a los que se sumó Polonia (por no haber contado con representación con anterioridad). A pesar de ello, las Naciones Unidas no comienzan a existir oficialmente hasta el 24 de octubre de ese mismo año, momento de la ratificación de la Carta por China, Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y la mayoría de los demás países signatarios.

intención de evitar, o al menos suavizar, las injusticias, los horrores, y los excesos, que en ellos se cometen.

3. CRIMEN DE GUERRA

El crimen de guerra no puede entenderse sin hacer referencia al Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁴¹⁶, en cuyo art. 8¹⁴¹⁷ establece un listado¹⁴¹⁸ de conductas prohibidas en el marco de los conflictos armados, ya sean nacionales o internacionales. Ahora bien, como sabemos, el hecho de que se trate de un Estatuto implica que requerirá, salvo excepciones puntuales¹⁴¹⁹, de la ratificación de los Estados para poder ser aplicado.

Así las cosas, cabe plantearse ¿qué ocurre con aquellos Estados que no han aceptado el Estatuto de Roma? ¿no puede cometerse en ellos, ni por sus nacionales, ningún tipo de infracción durante las hostilidades?

En este sentido, cabe recordar que, aunque es cierto que los conflictos armados no han sido totalmente erradicados, siguen tratándose de una situación excepcional que ha de ser tratada como tal. De ahí que, durante el desarrollo de las hostilidades, se emplee un Derecho, distinto al *de tiempo de paz*, que entra en juego para limitar el uso de la fuerza en un momento en el que el Estado (o los Estados)¹⁴²⁰ no puede(n), por la situación de conflicto en la que se encuentra(n), proteger debidamente a su población. Y cuya función no es otra que imponer¹⁴²¹, como último recurso, cierta racionalidad al desarrollo del conflicto armado de manera que: de un lado, los daños a los Derechos humanos queden amainados pese a las circunstancias extremas en las que se encuentran, y, de otro lado, evitar la afección de los daños a personas¹⁴²² y bienes protegidos.

¹⁴¹⁶ Cuya entrada en vigor data del 1 de julio de 2002.

¹⁴¹⁷ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F.: "Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en RAMÓN CHORNET, C. (coord.): *El Derecho Internacional Humanitario ante los conflictos armados*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

¹⁴¹⁸ Extenso y exhaustivo, que en su mayoría constituyen vulneraciones de Derechos Humanos.

¹⁴¹⁹ Art. 13 del ECPI, en relación con el art. 12 del mismo texto legal.

¹⁴²⁰ Según se trate de un conflicto armado internacional o de un conflicto armado no internacional.

¹⁴²¹ Siendo de obligado cumplimiento para las partes en conflicto.

¹⁴²² Que se encuentran fuera de las hostilidades. Éstas pierden su *inmunidad* cuando realizan actos no neutrales (por ejemplo: tomar las armas).

Este Derecho es el conocido como Derecho Internacional Humanitario¹⁴²³ que, a su vez se encuentra compuesto por un vasto cuerpo de normas convencionales y consuetudinarias que pueden dividirse en dos vertientes que, en la práctica, se superponen: (a) El conocido Derecho de la Haya que recoge tanto los Derechos y obligaciones de los combatientes en la conducción de los conflictos armados, como las limitaciones a los usos y medios empleados para generar daños al enemigo¹⁴²⁴. Y (b) el Derecho de Ginebra¹⁴²⁵ que, habiendo sido aprobado por casi la totalidad de la comunidad internacional, protege a las víctimas de la guerra (ya sea población civil o combatientes que han dejado las armas).

Teniendo en cuenta lo anterior, retomamos la pregunta que planteábamos ¿qué ocurre con aquellos Estados que no han ratificado el Estatuto de Roma? ¿a qué normativa se someten durante el desarrollo de los conflictos armados? Así las cosas pueden plantearse diversas situaciones:

- En primer lugar, podría darse la aceptación expresa o tácita del Estado beligerante a la competencia de la Corte y, en consecuencia, a la aplicación de su Estatuto.
- En segundo lugar, existen ciertas normas en Derecho internacional que constituyen lo que conocemos como *ius cogens*¹⁴²⁶ y, en materia de guerra,

¹⁴²³ Que, a pesar de cobrar mayor auge a partir del s. XIX, lo cierto es que no es un derecho novedoso, sino que, más bien, ha sido fruto de prácticas que fueron consideradas como reglas consuetudinarias y que, posteriormente, han sido codificadas en forma de convenios internacionales y leyes nacionales.

Vid. CASANOVAS, O. y RODRIGO, A. J.: *Compendio de Derecho Internacional Público*. Séptima edición. Tecnos. Madrid, 2018.

¹⁴²⁴ Las limitaciones respecto a los usos y medios de la guerra se han ido desarrollando históricamente. A modo de ejemplo señalaremos la Convención sobre armas de las Naciones Unidas de 1980, que fue revisada en 1996, donde se restringía el uso de minas anti-personas y de armas incendiarias. En 1997, con la Convención de Otawa se prohibió definitivamente el uso, la producción, el almacenamiento y la transferencia de esas minas anti-personas, tanto es así que se obligó a la destrucción de los stocks existentes en ese momento.

¹⁴²⁵ Compuesto por cuatro Convenios: Convenio (I) para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Convenio (II) para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convenio (III) relativo al trato de los prisioneros de guerra, y Convenio (IV) para la protección de las personas civiles en tiempo de guerra. Y, además, por dos Protocolos adicionales: Protocolo adicional (I) relativo a la protección a las víctimas de los conflictos armados internacionales, y Protocolo adicional (II) relativo a la protección a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

¹⁴²⁶ Normas que, correspondiendo a exigencias morales y jurídicas indispensables para la comunidad internacional, vinculan a todos los Estados con independencia de su aceptación -o

encontramos que “se considera que forman parte del Derecho penal consuetudinario tanto las infracciones del Derecho de la Haya como las violaciones graves de los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común a todos ellos”¹⁴²⁷.

- Y, en tercer lugar, el Derecho internacional humanitario es exigible para las partes en conflicto. Por tanto, ha de exigirse a los Estados beligerantes el cumplimiento de las *normas de la guerra*.

4. LA PROBLEMÁTICA DEL DEBIDO PROCESO EN EL ENJUICIAMIENTO DE LOS CRIMINALES DE GUERRA

Como se ha dicho, los conflictos armados continúan produciéndose. Por este motivo, aun existiendo actuaciones lícitas durante el desarrollo de las hostilidades (algunas de las cuales se encuentran prohibidas *en tiempos de paz*¹⁴²⁸), son otras muchas las conductas prohibidas.

Así las cosas, ha de valorarse la posibilidad de que los combatientes cometan ciertas (o muchas) vulneraciones de esa normativa internacional limitativa de los conflictos armados. En caso de que esto suceda, el sujeto¹⁴²⁹ que haya sobrepasado los límites habrá de ser *debidamente* enjuiciado, teniendo en cuenta la relevancia de estos crímenes y, además, su imprescriptibilidad¹⁴³⁰.

Por este motivo, debemos adentrarnos en la problemática del enjuiciamiento para este tipo de criminales que, sistemáticamente, podemos resumirlo en lo siguiente:

no- de las mismas, lo que implica que despliegan efectos *erga omnes*. Vid. MARTÍN ARRIBAS, J. J.: *Derecho internacional. Bases y tendencias actuales*. Entimema. Madrid, 2007.

¹⁴²⁷ LIÑÁN LAFUENTE, A.: “Los crímenes de guerra”, en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (dirs): *Derecho Penal Internacional*. Dykinson, S.L. Madrid, 2016.

¹⁴²⁸ Por ejemplo: se permite matar *lícitamente* siempre y cuando se trate del enemigo armado (ya que, de no estarlo, o rendirse, se encontraría dentro del ámbito de protección de la normativa internacional).

¹⁴²⁹ Las conductas infractoras en el ámbito penal internacional tienen como consecuencia la imposición de una pena al individuo, con independencia de la responsabilidad que pueda derivarse, en su caso, sobre el Estado responsable.

¹⁴³⁰ La convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad fue adoptada el 26 de noviembre de 1968, aunque no entró en vigor hasta dos años más tarde, en concreto: el 11 de noviembre de 1970.

4.1 Tribunal competente

El art. 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”, entre ellos: el crimen de guerra. Ahora bien, partir la competencia absoluta de la Corte para el enjuiciamiento de los criminales de guerra sería un error, por varios motivos:

- El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. Por lo que, en el art. 11 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se establece que la Corte tendrá competencia de los crímenes cometidos después de esa fecha.
- Se requiere que el Estatuto haya sido ratificado por los Estados partes del conflicto¹⁴³¹. Y que, además, el Estado en cuestión no hubiera declarado, en virtud de lo previsto en el artículo 124 del Estatuto de Roma, no aceptar durante el periodo de siete años -contados a partir de la fecha en que el Estatuto entra en vigor en relación con él- la jurisdicción de la Corte respecto a los crímenes de guerra cuando se denuncie la comisión de uno de ellos por sus nacionales o en su territorio. En cuyo caso se pospondría esa competencia.
- Aun cumpliendo todo lo anterior, hemos de tener en cuenta que la Corte Penal Internacional tiene “*carácter complementario*” a las jurisdicciones nacionales. En este sentido, los Estados miembros, y no miembros, del Estatuto de la Corte Penal Internacional se encuentran en el mismo punto de partida. La única diferencia entre ellos es que, respecto a los primeros, la Corte podría intervenir¹⁴³² en los casos en que los Estados no ejerzan su competencia o no estén en condiciones de hacerlo.

Por tanto, ¿cuál es el Tribunal competente? Podemos valorar las siguientes posibilidades:

- 1º. Considerar el principio de territorialidad como conexión principal. Aunque, si analizamos casos históricos como *la justicia de vencedores* emitida en los Juicios de

¹⁴³¹ Salvo excepciones anteriormente mencionadas.

¹⁴³² Esta jurisdicción puede ser activada por el Fiscal de la Corte, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y por los Estados Parte del Estatuto de la Corte.

Núremberg, quizás eliminemos esta opción ya que no fue -precisamente- un ejemplo de garantías procesales¹⁴³³.

- 2º. Considerar la conexión de la nacionalidad. Esto nos lleva a su vez a dos opciones:
 - a. Una que nos vincula con los Tribunales del Estado de la nacionalidad de la víctima¹⁴³⁴. En este caso, podemos encontrarnos con que el criminal será sometido a diversos enjuiciamientos (cada uno de ellos con garantías diferentes), sin tener un conocimiento real de qué Tribunal tiene preferencia en el enjuiciamiento o en la ejecución de la pena.
 - b. Y otros que nos vincula con los Tribunales del Estado de la nacionalidad del autor del crimen de guerra. Que, aunque obviamente supondría la unificación del proceso, puede provocar la impunidad de delitos o la imposición de penas irrisorias que justifiquen el enjuiciamiento.
- 3º. Principio de justicia universal. En este caso lo que se plantea es la aplicación extraterritorial de la ley penal por un Estado ante unos hechos delictivos ocurridos más allá de sus fronteras. Ante la posibilidad de que los criminales de guerra acudiesen a ser juzgados por la jurisdicción que pudiera aplicarle los mayores beneficios, la doctrina no es unánime en determinar si para este tipo de persecuciones universales (por afectar a la comunidad internacional en su conjunto) se debe exigir, también en estos casos, algún tipo de conexión.

4.2 LEY APLICABLE Y GARANTÍAS PROCESALES

El hecho de que no haya un único Tribunal encargado del enjuiciamiento de los criminales de guerra, provoca el desconocimiento del proceso al que han de someterse y, en consecuencia, la ley que ha de aplicarse y las garantías procesales exigibles.

En este sentido, tenemos que plantear

¹⁴³³ GIMENO SENDRA, V.: "La experiencia de los "juicios de Núemberg" y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional". *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-13, tomo 1, 1998.

¹⁴³⁴ A modo de ejemplo, en España se vivió el *intento de enjuiciamiento* de los criminales de guerra que provocaron la muerte del periodista español José Couso durante la guerra de Irak. Aunque, finalmente, la causa fue archivada.

4.2.1 *La Ley aplicable*

Lo único que sabemos de forma incuestionable es que el *ius cogens* será exigible independientemente de quién conozca del proceso.

Por lo demás, dependerá del Estado en cuestión que conozca. A partir de ese momento podremos conocer a qué Tratados internacionales esté vinculado, qué Derecho internacional regional puede emplear, o, incluso, lo que se determina su propia legislación nacional.

En la práctica esto supone resoluciones judiciales variadas, que pueden traducirse desde en penas irrisorias hasta, incluso, en condenas a muerte¹⁴³⁵.

4.2.2 *Las garantías procesales*

No conocer el Tribunal competente ni ley aplicable puede llevarnos a una aplicación dispar de las garantías procesales, ya que ni siquiera conocemos cuáles pueden ser consideradas como *básicas* para ser aplicadas y respetadas -en cualquier caso- por todos los Estados: ¿el principio de legalidad? ¿el *ne bis in idem*? ¿la segunda instancia? ¿el derecho de defensa?

5. UN NUEVO CRIMEN DE GUERRA: EL DELITO CONTRA EL PROCESO DEBIDO EN EL MARCO DEL CRIMEN DE GUERRA

Actualmente no contamos en Derecho penal internacional con un instrumento escrito que determine la unificación de criterio respecto al enjuiciamiento de los criminales de guerra¹⁴³⁶. Lo que, como hemos visto, afecta al Tribunal competente, a la ley aplicable y las garantías de un proceso que no sabemos si ha de tener algún tipo de excepcionalidad.

¹⁴³⁵ Vid. SALADO OSUNA, A.: *La pena de muerte en Derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*. Tecnos. Madrid, 1999.

¹⁴³⁶ "La desarmonía legislativa y de tradición judicial de los Estados conduce a una discriminación de trato de los acusados". REMIRO BROTONS, A.: "Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial", en BACIGALUPO ZAPATER, E.: *El Derecho Penal Internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001.

Ahora bien, debido a la trascendencia que tiene este tipo de crímenes para la comunidad internacional en su conjunto, ha de exigirse a los Estados que conozcan de su enjuiciamiento. Con ello se evitará no sólo la impunidad de sus autores, sino también la contribución a su prevención¹⁴³⁷.

La importancia de resolver esas cuestiones, ya que estamos ante una norma penal en blanco, nos llevará a prevenir la comisión de un nuevo crimen de guerra en tanto en cuando el *delito contra el proceso debido* se encuentra recogido en diversos textos legales:

- En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se encuentra configurado¹⁴³⁸ como una violación grave de los Convenios de Ginebra, en concreto en los artículos 8.2.a)vi)¹⁴³⁹ y 8.2.c)iv)¹⁴⁴⁰.
- Y, si ya en el Estatuto de Roma se recogía como una violación de los Convenios de Ginebra, es evidente que, también, en este texto legal ha de recogerse este tipo de vulneraciones. Así las cosas, podemos encontrar:
 - En relación con el artículo 8.2.a)vi) del Estatuto de la Corte Penal Internacional encontramos los artículos 130 del III Convenio de Ginebra¹⁴⁴¹ y el 147 del IV Convenio de Ginebra¹⁴⁴².
 - Y, en relación con el artículo 8.2.c)iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional encontraríamos el artículo 3.1.d) común a todos los Convenios de Ginebra¹⁴⁴³ y la Regla 100 del EDIHC¹⁴⁴⁴.

Por tanto, la persecución y exigencia del enjuiciamiento debido a los criminales de guerra no es algo que depende -exclusivamente- de la aceptación o no de un Estatuto¹⁴⁴⁵, sino es una cuestión aceptada por la gran mayoría de la

¹⁴³⁷ En este sentido, el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

¹⁴³⁸ Junto con sus correspondientes especificaciones establecidas en los elementos de los crímenes. En los arts. 8.2.a)vi) y 8.2.c)iv).

¹⁴³⁹ Artículo 8.a).vi) del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente”.

¹⁴⁴⁰ Artículo 8.c)iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”.

¹⁴⁴¹ En relación con el artículo 129 del mismo cuerpo legal.

¹⁴⁴² En relación con el artículo 146 del mismo texto normativo.

¹⁴⁴³ Que hace referencia a los conflictos armados de índole no internacional.

¹⁴⁴⁴ Estudio sobre Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, CICR, Ed. 2007.

¹⁴⁴⁵ En este caso, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

comunidad internacional¹⁴⁴⁶. Por este motivo, el establecimiento de un proceso justo se hace cada vez más necesario a fin de que no se cometa otro crimen de guerra.

CONCLUSIONES

1º Al no existir un proceso estandarizado y unificado para enjuiciar a los criminales de guerra, puede ocurrir que, de no hacerlo *legalmente*, se cometa otro crimen de guerra.

2º El delito contra el *debido* proceso no es exigible sólo a los Estados que han aceptado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino -también- a toda la comunidad internacional ya que se encuentra recogido en los Convenios de Ginebra de 1949.

3º Dicho delito habrá de ser debidamente enjuiciado y condenado, ya que es una responsabilidad adquirida los Estados. En este sentido, los artículos 131 del III Convenio de Ginebra y 149 del IV Convenio de Ginebra.

4º En este caso, cabe analizar a quién corresponde la responsabilidad respecto a ese nuevo crimen. Puesto que cabe cuestionar que, más allá de la responsabilidad civil que corresponda, la responsabilidad criminal pueda exigirse a nivel estatal. Por ello, no existe un conocimiento real sobre si ha de recaer sobre alguna de las figuras de la administración de justicia por permitir el conocimiento y enjuiciamiento de determinados crímenes, o de organismos superiores que -según el Estado- pueda influir en la aceptación o resolución de determinados procesos judiciales.

5º Para evitar esta situación, se requerirá del establecimiento de unos criterios comunes que especifiquen de manera inequívoca la conexión exigida para que un Tribunal pueda ejercer la jurisdicción en esta materia, así como prever la ley aplicable, y -en consecuencia- las garantías procesales exigidas en cualquier caso y sin cuya salvaguarda puede considerarse que se vulnera el proceso *debido*. De

¹⁴⁴⁶ Debido a la gran aceptación por parte de la comunidad internacional de los Convenios de Ginebra.

esta forma, se prevendrá también el posible *turismo judicial* realizado por aquellos criminales que hayan de ser enjuiciados, que busquen que conozca aquel Tribunal que vaya a ser más benevolente por aplicar la ley más beneficiosa.

7º Así las cosas, se requerirá de un proceso *ex novo* o de la implantación de un cambio cultural-jurídico en determinados Estados, ya que, al intentar transponer las reglas propias de la Corte, nos encontramos con que algunos de ellos no se encuentran preparados a nivel estratégico para este tipo de enjuiciamientos. Ya que, por ejemplo, no en todos los Estados el Fiscal es la figura encargada de la instrucción.

BIBLIOGRAFÍA

CASADO RAIGÓN, R.: *Derecho internacional*. Tercera edición. Tecnos. Madrid, 2017.

CASANOVAS, O. y RODRIGO, A. J.: *Compendio de Derecho Internacional Público*. Séptima edición. Tecnos. Madrid, 2018.

CONDE LUQUE, R.: *Derecho internacional público*. Athenaica (Ediciones Universitarias). Sevilla, 2015.

GIMENO SENDRA, V.: "La experiencia de los "juicios de Núemberg" y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional". *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-13, tomo 1, 1998.

LIÑÁN LAFUENTE, A.: "Los crímenes de guerra", en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (dirs): *Derecho Penal Internacional*. Dykinson, S.L. Madrid, 2016.

MARTÍN ARRIBAS, J. J.: *Derecho internacional. Bases y tendencias actuales*. Entimema. Madrid, 2007.

PICTET, J.: *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*. TM Editores. Bogotá, 1998.

PIGNATELLI Y MECA, F.: "Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en RAMÓN CHORNET, C. (coord.): *El Derecho Internacional Humanitario ante los conflictos armados*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Tomo I. CSIC. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid, 1995.

REMIRO BROTONS, A.: “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial”, en BACIGALUPO ZAPATER, E.: *El Derecho Penal Internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001.

SALADO OSUNA, A.: *La pena de muerte en Derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*. Tecnos. Madrid, 1999.

El Acuerdo de Paz en Colombia ¿Un nuevo modelo para la resolución de conflictos en el derecho internacional?

Edgar Castro Lasso

Doctorando en Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

«El sol de la paz brilla, por fin, en el cielo de Colombia.
¡Que su luz ilumine al mundo entero¹⁴⁴⁷!».

A modo de contexto

La resolución de los conflictos armados se encuentra entre los mayores desafíos en la geopolítica del siglo XXI.

La Segunda Guerra Mundial verdaderamente mostró al mundo el poder destructivo que puede tener sobre la humanidad y el mundo natural.

Durante la Guerra Fría, hubo episodios en que hoy se reconocen tener una clara dimensión medioambiental o relacionada a los recursos naturales

En especial los conflictos sobre los recursos naturales y el medio ambiente se encuentran entre los mayores desafíos, estos conflictos presentan serias amenazas para la seguridad humana tanto a nivel internacional como local. Sin embargo, los recursos naturales y el medio ambiente pueden servir como un vehículo para la paz si se gestionan de manera sostenible y equitativa. La consolidación de la paz ambiental ha surgido como una nueva frontera en los estudios interdisciplinarios, ofrece un marco conceptual y operacional para comprender el potencial de consolidación de la paz de los recursos naturales en todo el ciclo de vida del conflicto al tiempo que se mitigan los riesgos potenciales.

¹⁴⁴⁷ Juan Manuel Santos , Premio Nobel de la Paz

De hecho, casi todos los conflictos armados en curso o concluidos en los últimos 10 años han tenido una importante relación con recursos naturales - y por más de 60 años, cerca de la mitad de todos los conflictos armados han sido estimulados o financiados por recursos naturales.

Y en Colombia: ¿Cómo los recursos naturales y el ambiente apoyan la consolidación de la paz y reconstrucción?

El conflicto colombiano es complejo y es realmente difícil de resumir de manera directa, ya que pasó por muchas fases e involucró un rango de diferentes actores. El conflicto comenzó a mediados de los 1960 como una guerra de guerrillas de baja intensidad entre grupos armados rebeldes y el gobierno colombiano (Villamizar 2017).

Desde tiempos coloniales, los derechos de propiedad han sido desequilibrados e inestables y la necesidad de la reforma agraria ha sido un constante tema de discusión desde el comienzo del siglo XIX. Todos los intentos de implementar una reforma agraria efectiva han fallado.

El 24 de noviembre de 2016, se firmó en el Teatro Colón de Bogotá El Acuerdo Final¹⁴⁴⁸ para la Terminación del Conflicto con las FARC-EP, constituye, sin duda, un hito en la historia de Colombia que pone fin a más de cincuenta y dos años de guerra con esta organización armada ilegal –la más grande y antigua del hemisferio occidental– y que señala el punto de partida de más de treinta y cuatro años de esfuerzos para alcanzar dicho objetivo mediante el diálogo, liderados con diversos énfasis e intensidad por los últimos siete presidentes de Colombia.

El Instituto Kroc¹⁴⁴⁹ de Estudios Internacionales de Paz, de la Universidad de Notre Dame, en Estados Unidos, concluye –luego de un estudio detallado de los treinta y cuatro acuerdos firmados en el mundo en las últimas tres décadas para poner fin a conflictos armados– que el acuerdo de paz en Colombia es el más completo e integral de todos

¹⁴⁴⁸ Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP. -- Bogotá: Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2018.12 v.

¹⁴⁴⁹ <https://kroc.nd.edu/>

Se establecen enfoques basados en diálogos, los derechos humanos, pruebas de sensibilidad al conflicto, mediación ambiental, sistemas de cadena de custodia y transparencia a niveles internacionales y transnacionales, -y quizás lo más importante - construir instituciones para la resolución de conflictos proactivamente y anticipatoriamente.

Marco histórico

Se venía de una guerra dura y continuada, que se había exacerbado en los últimos años, y de varios intentos de procesos de paz y diálogo fallidos, comenzando por el que realizó el Gobierno de Belisario Betancur a comienzos de los ochenta; el de Virgilio Barco de los noventa y la guerrilla del M-19; pasando por los diálogos de Caracas y Tlaxcala durante el Gobierno de César Gaviria, hasta el más ambicioso –y por lo mismo más doloroso por su fracaso– que adelantó el Presidente Andrés Pastrana.

Sin embargo se destacan las políticas de los gobiernos y la respuesta de los insurgentes que han producido estrategias distintas para la resolución de conflictos, el gobierno de Betancur y el desarrollado conjuntamente con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército Popular (FARC-EP); y como resultado de las negociaciones entre el gobierno de Barco y la guerrilla del M-19.

Tras el paso del tiempo y a pesar de los muchos reveses, también ha habido estrategias de progresos que podrían llegar a construir otro modelo de resolución de conflictos que incorpora nuevos elementos como un papel más activo de la sociedad civil, la participación de la comunidad internacional y los efectos mismos del postconflicto.

Estrategias de los gobiernos de Colombia en la resolución de conflictos

El estudio de los diversos conflictos armados internos que se han terminado en el mundo se muestra que la mayoría de ellos, si no todos, concluyeron en una mesa de negociaciones y no en el campo de batalla. Es irracional pretender que el final de un conflicto, y mucho menos uno entre personas de una misma nación, sea la exterminación o el sometimiento absoluto de la contraparte.

Los gobiernos de Belisario Betancur-Virgilio Barco- Cesar Gaviria- Ernesto Andrés Samper-Pastrana

La estrategia Betancur y el grupo guerrillero FARC-EP de resolución de conflictos se caracterizó por una “agenda amplia” de reformas estructurales sociales y políticas y se enmarcó en 1984 en el Acuerdo de la Uribe, teniendo presente la aceptación del gobierno Betancur de las “causas objetivas” del conflicto armado interno como la desigualdad social y la exclusión política, y en el reconocimiento de los guerrilleros como interlocutores válidos en las negociaciones. Este gobierno omitió la institucionalización de la política de paz, y fracasó en omitir actores políticos y sociales como las fuerzas armadas, la iglesia católica, y las élites empresariales locales. No obstante su aporte fue establecer tres pilares para futuros gobiernos: diálogos con la guerrilla, reformas políticas y rehabilitación social y económica.

El presidente de Barco fue elegido como reacción al fracaso de la estrategia de Betancur. Barco revirtió las prioridades de su predecesor, subrayó que las reformas sociales y políticas deberían ocurrir independientemente de las negociaciones con los guerrilleros y gestionó para institucionalizar la política de paz.

La nueva política de paz de Barco se desarrolló conjuntamente con el Movimiento M-19, se pusieron de acuerdo en el objetivo de la negociación, enfoque en garantías que le permitieran a los guerrilleros desarmarse y transformarse en movimientos legales democráticos, al igual que en las condiciones de reincorporación de los excombatientes a la sociedad civil, que se produjo en 1990. Se puede destacar que fue una agenda “limitada” en comparación con la “amplia” agenda discutida entre el gobierno de Betancur y las FARC-EP.”

Las estrategias de Betancur y Barco fueron punto de partida para los gobiernos de Gaviria, Samper y Pastrana.

El gobierno de Gaviria enfatizó por su política de “guerra integral” admitiendo que durante la primera mitad de su mandato, por un lado, la estrategia Barco-M19 se negociaba e implementaba con el Ejército de Liberación Nacional (ELN), Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) y el Quintín Lame, y por otro

lado, se acordaba en Caracas una agenda parecida a la estrategia Betancur-FARC-EP con la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar.

Ante la crisis política del gobierno Samper que evito progresos en los diálogos de paz, la política de paz regreso conceptualmente a la amplia agenda Betancur-FARC-EP, igualmente siguió el proceso de institucionalización de la estrategia Barco-M19, exaltando nuevos elementos incluían la ratificación del II Protocolo de la Convención de Ginebra y el reconocimiento de un nuevo papel de la sociedad internacional y la comunidad internacional.

El gobierno de Pastrana combino las estrategias anteriores y adiciono algunos nuevos. La reunión de Pastrana antes de posesionarse con Manuel Marulanda (en la zona de distensión del Caguán) enfatizó en la diplomacia presidencial directa sin dejar de lado la oficina del alto comisionado de paz. En 1999 la Agenda Común para el Cambio, firmada por el gobierno y FARC-EP, se inspira en la estrategia Betancur-FARC-EP, aunque muchas de las políticas y de los manejos de la administración a temas específicos reflejan otra cosa. Los acuerdos en el procedimiento reconocen una evolución con respecto a las experiencias previas de las FSRC-EP, y las Audiencias Públicas y el Comité Temático abrieron oportunidades de participación de la sociedad civil. Las Fuerzas Armadas no obstaculizaron el proceso en términos generales.

En suma, aunque el gobierno Pastrana no lograra completamente que otras ramas de su gobierno tuvieran un papel protagónico, uso hábilmente la preocupación internacional sobre los efectos de la guerra para lograr el apoyo y crear conciencia del proceso de paz en el mundo. Si bien el progreso del proceso de paz pudiera medirse en su dimensión más amplia, incluyendo la conciencia ciudadanía, no cabe duda en que en el gobierno de Pastrana se han exaltado las condiciones políticas, el apoyo social y la posibilidad de la cooperación internacional. No obstante, nunca hubo una estrategia coherente para el proceso de negociación, y los diálogos no produjeron ningún progreso en los temas sustantivos.

El gobierno de Álvaro Uribe Vélez

Pone de presente su política de mano dura y política de “seguridad democrática”. No obstante el gobierno y la guerrilla intercambian condiciones poco probables como prerrequisito para los diálogos: las FARC-EP exigen la desmilitarización de los departamentos y el gobierno insiste por el cese del fuego unilateral, liberación inmediata de los secuestrados por la guerrilla y una limitación de la agenda a las condiciones de desarme y reinserción, haciendo eco de una versión más restringido de la agenda limitada de la estrategia Barco-M19. Con relación al ELN también el gobierno Uribe ha ratificado la intermediación de Cuba.

Resaltando que el mayor cambio de la política de Uribe fue el trato a los grupos Paramilitares. El gobierno de Uribe obtuvo del Congreso aprobación de una polémica reforma en que el status político ya no es requisito para llevar a cabo los diálogos de paz. En ese contexto y bajo la participación de la iglesia católica, se establece contacto con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y el 15 de junio de 2003 se firmó el Acuerdo de Santa Fe de Ralito. En ese orden de ideas, surgen cuestionamientos sobre el alcance del desarme de los paramilitares, su papel en el narcotráfico, y su posible conversión en “soldados campesinos” tras su desmovilización. También cuestiones serias sobre la verdad, justicia y reparación por los crímenes cometidos, al igual que el grado de responsabilidad del Estado en la creación y desarrollo del paramilitarismo.

En el contexto de la violencia, la guerra continúa con algún cambio en su manifestación. Hay indicios crecientes que el conflicto puede desplazarse a la ciudad a través de actos de terrorismo, secuestro, desplazamiento forzado interno, FARC-EP y el ELN expedieron un comunicado de lucha conjunta.

El gobierno de Juan Manuel Santos

¿Un nuevo modelo de resolución de conflictos?

Antes de intentar una respuesta vale la pena recordar aquí dos ideas de Thomas Schelling¹⁴⁵⁰, la primera es la idea, bien conocida, de que ningún conflicto es un

¹⁴⁵⁰ Es el gran teórico del comportamiento estratégico

puro conflicto o confrontación, sino, más bien, una combinación de intereses que pueden motivar tanto la confrontación como la cooperación; la segunda idea es un complemento de la primera: por esa razón —por lo que puede haber soluciones de cooperación con las que todos ganan—, «ganar» en un conflicto no significa tanto derrotar al adversario, sino ganar de acuerdo con los propios sistemas de valores.

Una negociación puede ser, entonces, la mejor manera de ganar en un conflicto, en la medida en que alinea los intereses de cooperación de las partes y las motiva a terminar la guerra, y permite, además, construir una solución en la que gane toda la sociedad y ganen las víctimas en particular, las del pasado y las potenciales del futuro. Esto es lo que significa, creo yo, ganar «de acuerdo con nuestro propio sistema de valores».

Eso, en todo caso, fue lo que se trató de hacer en La Mesa de la Habana: llegar a un Acuerdo que le pusiera fin al conflicto y que le abriera las puertas a una etapa de transición para implementar un acuerdo que cerrara el conflicto histórico y beneficiara a toda la sociedad.

Santos asume su gobierno en agosto de 2010, se pensaba que lo más obvio era que continuara con la dinámica de confrontación armada permanente, minando poco a poco la capacidad ofensiva de la guerrilla. Era la solución más popular, pero también la que llevaría a una década o dos décadas más de guerra, de muertos, de atentados, de víctimas, de dolor y de muerte, por no poner freno civilizadamente a una guerra absurda.

Lo cierto es que se continua enfrentando a la guerrilla por la vía militar, causándole importantes bajas —nada menos que su máximo comandante y su jefe militar, más medio centenar de cabecillas de frente—, mas no se podía renunciar al camino más impopular, pero más humano, más difícil, pero más necesario: intentar una solución dialogada.

Por supuesto, el esfuerzo del diálogo requirió de unas condiciones previas para que sea exitoso —y así se aprendió de los intentos fallidos del pasado y de otros procesos de paz en el mundo—: debía haber una correlación de fuerzas que lleve a la guerrilla a la certeza de que su objetivo no lo podrán alcanzar jamás por las

armas, debía haber una voluntad real de las partes para terminar el conflicto y se debía buscar el eco internacional y, en especial, el apoyo regional. En las guerras asimétricas de hoy es imposible pensar en una victoria o en una solución negociada justa si no se cuenta con la participación y el apoyo de la región.

La primera condición se tenía ya, luego de diez años de fortalecimiento y profesionalización de nuestras Fuerzas Armadas; la segunda condición –la voluntad real de negociación– se debía poner a prueba, y así se hizo durante las fases secreta y de exploración, y la tercera condición –el apoyo regional– fue algo que se consiguió en los primeros días y meses del mandato.

Así comenzó un proceso de paz con las FARC-EP que, no fue uno más, sino que fue el proceso definitivo que las llevó a dejar las armas, a aceptar el sometimiento a una justicia transicional –que también tendrá potestad para juzgar a los agentes del Estado por crímenes cometidos con ocasión del conflicto– y a convertirse, como es hoy, en un partido político que juega con las reglas de la democracia y la constitución¹⁴⁵¹.

Este proceso de paz–que incluyó dos años de acercamientos secretos y conversaciones exploratorias, y algo más de cuatro años de diálogos en la mesa de la Habana y negociaciones públicas– es un proceso sui generis por varios motivos, entre los que se destaca tres:

1. Es el único proceso de paz en el mundo que se ha hecho poniendo en el centro del debate los derechos de las víctimas.
2. Es la primera vez que un Gobierno y un grupo armado ilegal –en un acuerdo de paz y no como resultado de posteriores imposiciones– crean un sistema de rendición de cuentas ante un tribunal nacional por la comisión de crímenes internacionales y otros delitos graves, y se someten a ese sistema, garantizando la no impunidad.

1451

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

3. También es la primera vez en que una guerrilla acepta dejar sus armas para luego someterse a la justicia, en un acto de confianza en el Estado y sus instituciones.

Estas condiciones particulares, y el hecho de que ha sido el único exitoso en el mundo en mucho tiempo, hacen del proceso de paz un objeto de estudio y de análisis no solo para nuestros historiadores y expertos en ciencias sociales, sino para la comunidad internacional que busca ejemplos y modelos que aporten luces para la solución de decenas de conflictos que aún persisten en el mundo.

Se subraya que en todo acuerdo siempre hay concesiones, ha traído el mejor resultado de todos: el fin de un largo conflicto armado que produjo más de doscientos setenta mil muertos y más de ocho millones de víctimas y desplazados.

A la pregunta: ¿por qué esta vez sí fue posible llegar a un Acuerdo? Hay dos formas, complementarias, de ver el problema. La primera es: ¿qué condiciones cambiaron que hicieron posible las negociaciones? Esto es lo que los estudiosos suelen llamar el momento propicio o «maduro». No sobra señalar que el cambio que más se suele mencionar –el cambio en el equilibrio militar– fue, sin duda, una condición necesaria para que se dieran las negociaciones, más no suficiente.

Muchos astros se tenían que alinear, como dijo Helmut Kohl¹⁴⁵² de la reunificación alemana. Además, prácticamente ninguna guerrilla se rinde. El conflicto habría podido prolongarse en las zonas rurales de Colombia por décadas sin ningún problema.

Por un lado, es que la existencia de condiciones favorables en ningún caso garantiza un resultado. La historia está repleta de momentos propicios que se dejaron pasar *porque no se construyó una solución*.

Por otro lado, mirar el problema: entender un proceso de paz como la construcción de un espacio que permita cambiar la mezcla de intereses, de

¹⁴⁵² “La unidad de Europa no es una obsesión de algunas personas o países a expensas de otros. **Una Europa unida es la lección de la variada y dolorosa historia de nuestro continente.** No podemos olvidar nunca que no hay alternativa. Europa es una cuestión de guerra y paz.”

manera que la cooperación prevalezca sobre la confrontación. Esa es la esencia, en mi opinión, de la paz —y quizá de la estrategia en general—: construir espacios que encaucen la realidad y hagan que las cosas fluyan en una cierta dirección, abriendo posibilidades de cambio y transformación.

Las medidas o estrategias —que en palabras de Schelling las llamaría «movidas estratégicas»— que, permitieron establecer una lógica de cooperación y llegar a un Acuerdo:

1. En el contexto actual de Colombia, había una ventana de oportunidad para la paz y, sobre todo, reconocer la existencia del conflicto armado interno, es decir, se siguió una estrategia de prudencia, lo que significa ir paso a paso y hacer las cosas de manera incremental, construyendo sobre resultados concretos. Como es sabido que la mejor manera de asegurar la cooperación entre adversarios es construir resultados gradualmente en el largo plazo, lo que, a su vez, construye confianza, porque demuestra seriedad,

A finales de 2010, el gobierno de Santos reconoció públicamente, mediante un proyecto de ley —la Ley de Víctimas¹⁴⁵³—, que había en Colombia un conflicto armado interno.

2. Se construyó un entorno y una participación internacional adecuada. En 2010, Colombia estaba completamente aislada en el continente. Con la ayuda de la Canciller, María Ángela Holguín, el Presidente Santos consiguió normalizar las relaciones con los vecinos y obtener el apoyo de toda la región.

Los primeros y los principales países de apoyo fueron Cuba y Noruega, a quienes se les invitó a hacer de «garantes» de la negociación, con Cuba como anfitrión (asistían a todas las reuniones, pero no intervenían; en momentos de crisis facilitaban soluciones por fuera de la Mesa).

Un papel no mucho menos importante desempeñó el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

¹⁴⁵³ <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/ley-de-victimas>

Por otra parte, se contó con un grupo de asesores internacionales —Jonathan Powell, William Ury, Shlomo Ben Ami, Joaquín Villalobos y Dudley Ankersen— con mucha experiencia en negociaciones de paz.

Más adelante, en la Fase Pública, invitamos a Chile y a Venezuela a que hicieran de «acompañantes» del Proceso, visitándonos en La Habana.

El Presidente Barack Obama apoyó fuertemente el Proceso. Su Gobierno no interfirió de manera alguna y cuando, a fines de 2014, y se consideró un papel más activo de Estados Unidos era conveniente, el Secretario de Estado John Kerry —quien en todo momento mostró un gran compromiso— despachó rápidamente a La Habana a Bernie Aronson como enviado especial.

Por último, hay que resaltar el papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹⁴⁵⁴, que en medio de los mayores desacuerdos y tensiones internacionales, a solicitud de Colombia, votó por unanimidad dos resoluciones para crear y poner en marcha una misión política especial que verificara el cese al fuego (posteriormente votaría tres resoluciones más, también por unanimidad); y del Departamento de Asuntos Políticos (DPA), que diseñó esa misión ciñéndose estrictamente a lo que se pidió.

3. En suma—y quizá el paso crucial— fue insistir en sostener primero conversaciones secretas y llegar a un acuerdo marco antes de iniciar cualquier proceso de paz público. Después de un año y medio de usar canales secretos y de enviar y recibir mensajes a través de los buenos oficios de Henry Acosta Patiño, se inició las conversaciones secretas en La Habana el 24 de febrero de 2012 (MDC 2012).

4. Se creó un relato o «narrativa», como se dice hoy en día, que le diera un sentido de dirección al proceso de paz y que estableciera claros límites a la negociación, sin dejar de abrir un espacio dentro del cual ambas partes pudieran vivir. La nueva narrativa se llamó «el fin del conflicto». Desde el comienzo este Proceso, a

¹⁴⁵⁴<http://nacionesunidas.org.co/blog/2018/07/25/comunicado-tercer-informe-del-secretario-general-al-consejo-de-seguridad-sobre-la-mision-de-verificacion-de-la-onu-en-colombia/>

diferencia de los anteriores con las FARC-EP, tenía por objetivo ponerle fin al conflicto armado.

5. Se establece una metodología capaz de «contener» el proceso. No hay que olvidar que las Negociaciones en La Habana «Mesa de conversaciones para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia» (MTC-PED) entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) no tuvieron un mediador, algo poco usual. No había un diplomático de las Naciones Unidas redactando el Acuerdo en el perfecto lenguaje de la ONU. Se discutió prácticamente cada palabra que se acordó con las FARC-EP y, sin embargo, se logró redactar conjuntamente las trescientas páginas del Acuerdo. Eso solo fue posible porque desde la fase secreta de negociación se había establecido un método de trabajo, que luego en la fase pública se desarrolló y amplió para incluir diferentes espacios.

6. Se organizó un equipo negociador con credibilidad para los colombianos y, por supuesto, capacidad para negociar.

7. Se subraya, las víctimas del conflicto en el centro del acuerdo de paz.

8. Se crea un modelo de implementación basado en la participación. Más allá del desarrollo rural, de los mecanismos para fortalecer la misma participación, del desarrollo alternativo o de las medidas del Sistema Integral para las Víctimas, todo el Acuerdo está atravesado por una lógica de participación ciudadana.

El modelo no busca solo poner en práctica el principio de que la terminación del conflicto es una cosa y otra la construcción de la paz con toda la sociedad, sino también asegurar que las medidas pasen por el filtro del debate ciudadano y construyan sobre lo mucho que ya se ha hecho en los territorios

9. Se ofreció a las FARC-EP garantías para el desarmarse, más allá del acompañamiento del mecanismo tripartito encabezado por las Naciones Unidas.

Las garantías consistían, por un lado, en garantías para su transición a la vida política: diez curules en el Congreso de la República (de doscientas ochenta), aseguradas por una reforma constitucional para el caso –como, en efecto,

ocurrió— de que no superaran el umbral en las elecciones, así como un apoyo especial para el nuevo partido político.

Por otro lado, garantías de seguridad. Cientos de hombres de las FARC-EP han sido capacitados por la Unidad Nacional de Protección para ser parte de los esquemas de seguridad de sus dirigentes políticos y cientos de esquemas han sido puestos a su disposición. Otra cosa es la situación de los excombatientes en los territorios más apartados.

También, garantías jurídicas. Se estableció, por reforma constitucional, un mecanismo de *fast track*¹⁴⁵⁵ para aprobar las leyes y reformas más importantes para la implementación, en particular, la reforma constitucional que creó el Sistema Integral y la ley de amnistía para el delito político.

Y, en cuarto lugar, garantías socioeconómicas para la reincorporación. El Gobierno se comprometió en el Acuerdo a entregar un paquete de apoyo a los hombres y mujeres de las FARC-EP, que están recibiendo actualmente, incluyendo un apoyo especial a sus proyectos de vida. Pero es necesario avanzar en el apoyo a proyectos productivos asociativos o colectivos en zonas rurales, que incluyan, también, a las comunidades aledañas y promuevan la reconciliación.

10. Se sometió el Acuerdo a votación. El 2 de octubre de 2016 los colombianos votaron un plebiscito sobre el mismo, por un margen de 0,3% (60 000 votos de 13,5 millones) ganó el NO.

La respuesta del Gobierno fue la que corresponde en democracia: reconocer el resultado y sentarse a discutir las modificaciones, las FARC-EP aceptaron cincuenta y ocho. Los dos puntos que no era posible modificar —cerrarle la puerta a la participación política de las FARC-EP y hacer más severas las condiciones de reclusión— son las dos cosas que hacían imposible esta o

¹⁴⁵⁵ La vía rápida, es un mecanismo contemplado en el acto legislativo número 1 de 2016, que reduce el número de debates -en el Congreso- que se requieren para la aprobación de leyes y reformas constitucionales. En este caso, de todas las que se necesitan para aterrizar el acuerdo de paz que el Gobierno firmó con las FARC-EP.

cualquiera negociación de paz. Ninguna guerrilla firma un acuerdo para no participar en política.

El nuevo Acuerdo Final fue firmado el 24 de noviembre de 2016 (MDC 2016) y ratificado por el Congreso unos días más tarde. Dos meses después, las FARC-EP comenzaron a trasladar sus combatientes a veintiséis zonas de concentración para iniciar el proceso de desarme, bajo la supervisión de las Naciones Unidas

A manera de conclusión:

Después de tres procesos de paz fallidos – en La Uribe, en Tlaxcala y, por último, en el Caguán – otro fracaso cerraría las puertas en el futuro a cualquier intento de negociación, el gobierno de Santos cristaliza un Acuerdo Final.

La estrategia del gobierno Santos subraya, que los grupos armados ilegales que invoquen razones políticas y que hoy hablen otra vez de diálogo y negociación, es el punto de partida para iniciar cualquier conversación que busque en últimas la erradicación de la violencia y la construcción de una sociedad más próspera, equitativa y justa

En suma, la dificultad –paradójicamente– de lograr un acuerdo de paz en democracia, si bien es cierto, en el marco de la democracia que es un sistema – el mejor sistema – de resolución de conflictos, eso es lo que logró el Acuerdo: ampliar la democracia en el territorio nacional y garantizar derechos.

Si bien el conflicto armado tiene importancia en las dimensiones políticas y socioeconómicas CHCV (2015), uno de los impulsores claves ha sido la cuestión de la tenencia de la tierra y la alta desigualdad en posesión de la tierra. Desde los tiempos coloniales, los derechos de propiedad han sido desequilibrados e inestables y la necesidad de la reforma agraria ha sido un constante tema de discusión desde el comienzo del siglo XIX. Todos los intentos de implementar una reforma agraria efectiva han fallado.

Bibliografía

Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP. -- Bogotá: Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2018.12 v.

CHCV (2015): Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia, Bogotá, Imprenta Nacional.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2017): « Res/2377. «Que aprueba las recomendaciones, los aspectos operacionales y el mandato de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia». Disponible en https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/resolucion_2377_1.pdf [Fecha de consulta: 13-09-2018].

CP (2013): Constitución Política de Colombia: Códigos Básicos, Bogotá, Legis
Informe de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. La Habana. Oficina del Alto Comisionado de la Paz. 2015.

MDC (2012): Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Gobierno Nacional de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia–Ejército del Pueblo, La Habana, Cuba.

MDC (2016): Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Gobierno Nacional de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia–Ejército del Pueblo, Bogotá, Colombia.

Schelling, Thomas C. The strategy of conflict. Harvard University Press, de Cambridge. Editorial Tecno, S. A. Madrid. 1964

Villamizar, D (2017): Las Guerrillas en Colombia. Una historia desde los orígenes. House Grupo Editorial.

El interés nacional frente a los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario en Ecuador

Diana Rengel

En Ecuador existen dos pueblos indígenas en aislamiento, los Tagaeri y los Taromenane, que viven en el Parque Nacional Yasuní. Debido a su vulnerabilidad, estos pueblos indígenas tienen garantías especiales en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos para precautelar su subsistencia.

El artículo 407 de la Constitución establece que “Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles...”, pero existe una salvedad a esta prohibición la “declaratoria de interés nacional” por parte de la Asamblea Nacional.

En 2013, a petición del Presidente de la República, la Asamblea Nacional emitió la Declaratoria de Interés Nacional de la Explotación de los Bloques 31 y 43 dentro del Parque Nacional Yasuní, haciendo una interpretación del término jurídico indeterminado “interés nacional” que vulnera derechos y garantías fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento.

Lo que pretendo es analizar el concepto de interés nacional que fundamenta esta declaratoria, para lo cual es necesario en primer lugar hacer una breve caracterización del Parque Nacional Yasuní. A continuación haré referencia a los pueblos indígenas aislados y sus derechos. Posteriormente analizaré los conceptos interés nacional y Buen Vivir. Para concluir con el estudio de Declaratoria de Interés Nacional.

El Parque Nacional Yasuní

El Parque Nacional Yasuní es el área natural protegida más grande del Ecuador continental. Creado mediante Acuerdo Ministerial No. 0322 el 20 de noviembre de 1976, su extensión es de 982 000 hectáreas y se encuentra situado en la

Amazonía ecuatoriana entre las provincias de Orellana y Pastaza entre los ríos Napo y Curaray. Está calificado científicamente como Refugio de Pleistoceno “importante por su gran tamaño, abundante diversidad, centro de especiación, dispersión de seres vivos y altísimo endemismo.” (Rivadeneira págs. 233 - 242)

Reconocido por la UNESCO en 1989 como Reserva Mundial de la Biosfera, lo que conlleva a que el manejo parque debe estar sujeto a las estrategias de Sevilla, en las que se determina que en toda reserva de la Biosfera las únicas actividades que se pueden desarrollar, para garantizar el equilibrio y la no contaminación, son: (...) *actividades cooperativas compatibles con prácticas ecológicas racionales, como la educación relativa al medio ambiente, la recreación, el turismo ecológico y la investigación aplicada básica*”.

Pese a que en las áreas naturales protegidas no debería permitirse la explotación de recursos naturales renovables y no renovables ya que es contraria a la “*protección y mantenimiento de la diversidad biológica y de los recursos naturales y culturales asociados...*” que fundamenta su creación, actualmente existen seis bloques petroleros dentro del Parque Nacional Yasuní. El bloque 15 (Indillana), el bloque 12 (Edén Yuturi-Pañacocha) y el bloque 31 (Apaika Nenke), operados por Petroamazonas; bloques 67 (Tivacuno) y 16 (Iro) operados por Repsol, y finalmente el bloque 14 (Nantu), operado por la empresa petrolera estatal china PetroOriental.

El Parque Nacional Yasuní ha sido el hogar ancestral del Pueblo Waorani¹⁴⁵⁶ que permaneció en aislamiento hasta la década de los sesenta del siglo pasado cuando misioneros del Instituto Lingüístico de Verano (secta protestante norteamericana) estableció contacto con esta nacionalidad para despejar la zona y permitir el ingreso de empresas petroleras en su territorios.

¹⁴⁵⁶ Los Waorani se autodenominan “wao”, que significa la gente. Son un pueblo indígena en contacto inicial. El término inicial no debe entenderse por el tiempo transcurrido desde su contacto sino por el poco grado de contacto e interacción que han tenido con las sociedades no indígenas.

Varios clanes de guerreros Waorani decidieron evitar el contacto forzado y se ocultaron internándose en la selva, estos clanes son los que hoy conocemos como pueblos indígenas en aislamiento¹⁴⁵⁷ Tagaeri y Taromenane.

Tagaeri significa en lengua wao tedeo “la gente de Tagae”. Tagae fue un guerrero que junto a su gente se separaron e internaron en las zonas donde habían vivido décadas atrás. Los descendiente de Tagae renunciaron al contacto y se propusieron mantener su territorio contra la irrupción de petroleros, otros indígenas y colonos. (Cabodevilla, 119)

Los Taromenane, definidos por los Waroani como “otra pero igual”, se presume que son un grupo de Waorani que se separaron a inicios del siglo XX cuando la mayoría de los clanes wao había dejado su territorio tradicional. Cabodevilla señala que los Taromenane se diferencian lingüísticamente del grupo Tagaeri - Waorani por las terminaciones de las palabras. (pág. 120)

Para Colleoni y Proaño el aislamiento de estos pueblos lejos de ser un fenómeno casual y contingente es el resultado de procesos sociales a través de los cuales manifiestan su voluntad de mantenerse alejados de la colonización y la extracción de recursos en sus territorios. (pág. 170)

Estos pueblos se caracterizan por su agresividad, ante la intromisiones de gente extraña en su territorio, por lo que la guerra entre clanes y foráneos es central para el mantenimiento de su identidad como grupo y su territorialidad.

Ante la evidencia de asentamientos, en febrero de 1999 se creó la Zona Intangible Tagaeri - Taromenane¹⁴⁵⁸. Declaratoria que pretendía que en esta área quede “vedada a perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva”. En enero de 2007 que se dio la delimitación de la Zona Intangible en 758 051 hectáreas, lo cual es considerado como una “ medida de protección mínima, a sabiendas de que no se

¹⁴⁵⁷ La Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento preparadas por parte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos OACNUDH

declaran que “... en algunos países se los conoce como, inter alia, pueblos libres, no contactados, ocultos, invisibles, en aislamiento voluntario. A pesar de las formulaciones diferentes, todas ellas hacen referencia al mismo concepto [...] aislamiento como estrategia de supervivencia y no de voluntariedad.”

¹⁴⁵⁸ Decreto Ejecutivo No. 552 de 2 de febrero de 1999

tiene la certeza en cuanto a la ubicación y la extensión del territorio por el cual transitan y perviven estos pueblos”. (Política Nacional de Pueblos en Aislamiento Voluntario)

Se tiene conocimiento que parte de su territorio, es decir, su espacio de asentamiento, desplazamiento y sobrevivencia se encuentra fuera de la zona intangible, dentro de los límites de los bloque petroleros 16, 17, 14, Campo Armadillo, Campo Tiwino, Campo Cononaco, dentro del Parque Nacional Yasuní, dentro del territorio legalizado de los Waorani y en zonas de asentamiento de población colona

La situación de los pueblos aislados se ha agravado en los últimos años ante la presión sobre el territorio causada por la extracción ilegal de madera, la legal de petróleo y la expansión de la frontera agrícola. La intromisión de extraños en su territorio altera su entorno natural del cual depende su subsistencia.

Como expone Cabodevilla pese a existir datos recolectados por los trabajadores comunitarios de petroleras, por el ejército y datos antropológicos, al Estado ecuatoriano no le interesa/conviene sistematizar la información que existe sobre los pueblos aislados (saber quiénes, cuantos y como son). Tener información oficial sobre los pueblos indígenas conllevaría a “modificar sustancialmente los linderos de las concesiones petroleras en curso”. (pág. 128)

Situación Jurídica de los Pueblos Indígenas Aislados (PIA) en Ecuador

Los pueblos indígenas aislados gozan de derechos establecidos a nivel internacional y nacional.

Los dos instrumentos internacionales más relevantes sobre pueblos indígenas son el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, ambos son compatibles y se refuerzan mutuamente.

El Convenio 169 de la OIT es hasta hoy el instrumento jurídico internacional

vinculante más completo que existe en materia de protección a los pueblos indígenas y tribales. Lo más importante del Convenio es que reconoce derechos colectivos a los pueblos, como tales, y no como derechos colectivos de personas individuales que son indígenas. Estos derechos colectivos incluyen el derecho a la propiedad sobre las tierras tradicionales (artículo 14), el derecho a ser consultados como grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas (artículo 6) y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres (artículo 8) .

La Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, pese a no ser un tratado legalmente vinculante, se considera que su contenido representa el consenso internacional sobre los derechos reconocidos a los pueblos indígenas¹⁴⁵⁹. La Declaración parte del principio de igual dignidad de los pueblos. Los pueblos indígenas considerados en igualdad de derechos que todos los pueblos, tienen derecho a existir física y culturalmente, de ahí que la Declaración proscriba el genocidio y la asimilación forzada como forma de exterminio cultural. La Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas de determinar libremente su condición política y forma de desarrollo, y participar en la definición de las políticas estatales.

Además a partir de 2012 existen las Directrices de protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay, que es un instrumento que ayuda a contextualizar el derecho internacional de los derechos humanos para proteger a los pueblos aislados y en contacto inicial ante su situación de extrema vulnerabilidad y el elevado riesgo de desaparición al que están expuestos.

A nivel internacional existe desde 2006 Medidas Cautelares a favor de los pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane encaminadas a que el Estado ecuatoriano adopte *“medidas efectivas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos Tagaeri y Taromenane, en especial, (...) las medidas*

¹⁴⁵⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S.James Anaya, A/HRC/9/9 de 11 de agosto de 2008.

necesarias para proteger el territorio en el que habitan, incluyendo las acciones requeridas para impedir el ingreso a terceros”

El Estado ecuatoriano implementó en 2008 El Plan de Medidas Cautelares¹⁴⁶⁰ para dar cumplimiento a la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Las medidas adoptadas contemplan la vigilancia militar de las carreteras por donde se traficaba madera, control de las personas que se dirigen a la zona intangible y contratación de guardabosques indígenas.

En la actual Constitución de la República de 2008 además de las demandas del movimiento indígenas, se incorpora el desarrollo que los derechos colectivos habían adquirido en la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas que profundiza el contenido del Convenio 169.

Respecto a los pueblos indígenas aislados, el artículo 11 numeral 2 de la Constitución establece que *“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...)”* Es decir, que los pueblos indígenas aislados son titulares de los derechos reconocidos a todas las personas y además gozan de los mismos derechos colectivos que los pueblos indígenas ya contactados.

Los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas se encuentran establecidos en el artículo 57 de la Constitución¹⁴⁶¹. El párrafo 2 de este artículo establece derechos específicos a los pueblos indígenas aislados *“Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral, irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna.”*

¹⁴⁶⁰ Colleoni y Proaño son críticos con el Plan, para ellos se trata de un plan de emergencia que no plantea una política sostenida para la protección de los pueblos en aislamiento vinculada a los derechos humanos. No se ha avanzado en el diseño de planes de contingencia de salud en caso de darse contacto, ni en el diseño protocolos de emergencia ante nuevos enfrentamientos entre aislados y extraños que ingresan a su territorio. (pág. 192)

El artículo referido hace alusión a los “territorios” de los pueblos en aislamiento, no hace referencia a la Zona Intangible sino a la posesión que mantienen. Una vez definido la posesión y utilización del territorio, será imperativo que el Estado reconozca y adjudique legalmente territorio a favor de los pueblos Tagaeri y Taromenane para que puedan ejercer este derecho y así impedir (si fuera posible) que se realicen actividades extractivas en su territorio. En el mismo artículo se establece que la violación de los derechos de los pueblos en aislamiento constituye delito de etnocidio, delito que fue tipificado en la Ley Reformatoria al Código Penal en artículo 441, que sanciona con pena de reclusión a quien ocasiona la muerte, lesión grave, someta intencionalmente a condiciones que provoque destrucción física, o que irrespete la autodeterminación y provoque la alteración y destrucción de la cultura de un grupo étnico.

Desde abril de 2007 existe la Política Nacional de Pueblos en situación de aislamiento. Política que se basa en los principios de: intangibilidad, autodeterminación, precaución, igualdad y no contacto. Para que esta política consiga los fines propuestos es indispensable el reconocimiento y legalización de un territorio a los pueblos aislados.

Existe otro margo legal que ampara a los pueblos aislados, el Acuerdo Interministerial 120 que establece un Código de Conducta que observarán las empresas hidrocarburíferas públicas y privadas que realizan actividades áreas de colindantes ala Zona Intangible Tagaeri - Taromenane y su zona de amortiguamiento. Los lineamientos de conducta se basan en: la protección de la salud, la protección del ambiente y asegurar la autonomía de los pueblos en aislamiento voluntario. La inobservancia del Código de Conducta provoca incumplimiento del Plan del Manejo Ambiental y sanciones.

Sin duda se ha dado un avance significativo en la elaboración de normas para la protección de los pueblos en aislamiento, pero resultan ineficaces si no reconoce y adjudica legalmente a los pueblos Tagaeri y Taromenane su territorio ancestral. Las autoridades locales y nacionales se rehúsan a reconocer la territorialidad de estos pueblos y utilizan como argumento “su característica de ser seminómadas”, pero como manifiestan Colleoni y Proaño “Existen evidencias

histórica y etnográficas que sustentan, tanto en el pasado como en el presente, una territorialidad que estos pueblos mantienen.” (pág. 196)

El concepto Interés Nacional y el Buen Vivir

Para comprender el concepto de interés nacional en Ecuador es necesario analizar el concepto de Buen Vivir que fue introducido en la Constitución de 2008.

El Buen Vivir “es un concepto complejo, extraño a las tradiciones ético – religiosas de las que se nutre la civilización occidental¹⁴⁶²”, que se presenta como una alternativa al clásico modelo de desarrollo que se basa en la explotación y extracción de recursos naturales para alcanzar el bienestar económico, social y cultural.

El Buen Vivir es un elemento clave ideológico que orienta el marco constitucional y la formulación de todo tipo de políticas públicas. Es así como en la Constitución se ha establecido que es uno de los deberes del Estado es planificar el desarrollo para acceder al Buen Vivir (artículo 3). Y para alcanzarlo las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, deben gozar efectivamente de sus derechos. (artículo 275)

El Buen Vivir es un concepto con origen en los pueblos indígenas que busca un Estado plurinacional y cuya particularidad más destacada es el reconocimiento de derechos a la naturaleza (artículos 71 - 74).

En algunos puntos de la Constitución encontramos tensión en el concepto del Buen Vivir. A veces existe sentido de armonía con la naturaleza pues se acopla al discurso crítico del crecimiento económico como objetivo nacional. Pero otras veces el Buen Vivir se remite a las políticas públicas que traerían bienestar a la población, reduciendo la pobreza y revirtiendo la desigualdad, sobre la base de la soberanía económica, industrialización de recursos naturales y crecimiento que permitiría al Estado su implementación.

¹⁴⁶² Buen Vivir, PUCE

El discurso utópico del Buen Vivir elaborado desde el Estado, dice mucho y a la vez poco. La imprecisión en su conceptualización en la Constitución y leyes, ha permitido el uso demagógico del término. Un ejemplo es el concepto desarrollado el Plan Nacional del Buen Vivir 2009 – 2013, que define que el Buen Vivir es *“La satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El Buen Vivir supone tener tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno – visto como un ser humano universal y particular a la vez – valora como objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente y sin producir ningún tipo de dominación al otro).”*

Ante la falta de definición, se utiliza al Buen Vivir para legitimar objetivos del gobierno contrarios al discurso conservacionista de la Constitución, un claro ejemplo es el cambio de la matriz productiva que se basa en la explotación de recursos a gran escala con la desarrollo de mega proyectos de extracción de recursos naturales.

El interés nacional es un concepto que se lo utiliza para el análisis político del comportamiento exterior de un Estado, o para orientar la acción política de las elites. En la Constitución, el interés nacional no solo está ligado a cuestiones de defensa y seguridad del Estado, sino que además se utiliza para justificar medidas internas. El interés nacional como categoría de análisis identifica que intereses deben protegerse y garantizar con el mismo ordenamiento jurídico.

El interés nacional es un concepto jurídico indeterminado¹⁴⁶³, Haba distingue tres tipos de conceptos jurídicos indeterminados con referencia a los derechos humanos, el “interés nacional” vendría a formar parte de lo que el llama “conceptos indeterminados restrictivos”, que aparecen insertados en disposiciones que en principio reconocen un derecho humano pero que

¹⁴⁶³ Son conceptos contenidos en las normas de textura abierta, comprenden elementos del supuesto fáctico, cuya característica es la impresión o ambigüedad.

enseguida se agrega que ese reconocimiento es solo en tanto el ejercicio de tal derecho no afecte las exigencias que plantean algunos de aquellos requisitos.

Extrapolando la idea desarrollada por Haba, al artículo 407 de la Constitución que motiva este estudio, podemos ver que existe una evidente contradicción al prohibir en un inicio *“la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas naturales protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal”*, y a continuación declara que *“Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional.”*

Declaratoria que pasa por un control legislativo que según el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa es la Asamblea Nacional quien puede *“declarar de interés nacional la petición de la Presidenta o Presidente de la República en relación con la explotación de recursos no renovables en áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal”*. Es decir, que la Asamblea Nacional es el interprete autorizado del concepto *“interés nacional”* y la encargada de establecer su alcance y restricciones.

Pese a que en el artículo 407 existe la opción de que la Asamblea Nacional convoque a consulta popular - que sería la máxima expresión de democracia y legitimación de los intereses de la sociedad - en el texto de la Declaratoria los se establece que la Declaratoria de Interés Nacional *“no es ni formal ni materialmente una ley (...) sino una resolución de origen parlamentario sobre un asunto particular”*, siendo este argumento que utilizaron los miembros de la Asamblea Nacional para no convocar a una consulta popular, pues no existe obligación constitucional de consultar sobre una resolución de origen parlamentario, pese a que esta decisión afecta derechos fundamentales de los pueblos indígenas que viven en el Yasuní.

Como lo señala Narváez, las decisiones sobre si es que se debería explotar los recursos naturales, y como hacerlo, normalmente encuentran justificación en el interés nacional, lo cual a su vez, por lo general, es interpretado como el interés de la mayoría, dando como resultado que los derechos e interés de los grupos no representados como los pueblos indígenas y otros, a menudo son subordinados

al interés de la mayoría generando situaciones de conflictos muchas veces violentas¹⁴⁶⁴.

Aunque en primera instancia podría pensarse que la Declaratoria de interés nacional solamente afecta a la naturaleza, por cuanto se permite actividades extractivas en áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, se tiene que tener en cuenta que en muchas de en los parques naturales existen pueblos indígenas que están ahí mucho tiempo antes de que se declare la zona como área protegida. Esta situación no contempla el artículo 407 al permitir por excepción la explotación de recursos naturales en áreas naturales protegidas que el territorio de pueblos indígenas.

No se considera la relación especial que los pueblos indígenas guardan con sus tierra, territorios y recursos naturales en términos materiales, sociales, culturales y espirituales. Para Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la protección de esa relación es fundamental para el goce de otros derechos de los pueblos indígenas y por lo tanto amerita medidas especiales de protección que garanticen la supervivencia de los mismo en todo ámbito.”¹⁴⁶⁵

Análisis de la Declaratoria de Interés nacional

El Parque Nacional Yasuní alcanzó visibilidad internacional gracias a la Iniciativa Yasuní - ITT promovida por el gobierno de Rafael Correa en 2007; esta iniciativa perseguía proteger la biodiversidad, los territorios indígenas y contrastar los efectos del cambio climático, dejando bajo tierra el petróleo a cambio de una compensación económica por parte de los países desarrollados.

Al no conseguir el apoyo económico internacional -se pretendía recaudar 3.600 millones de dólares en 13 años- para compensar la no explotación de petróleo, el Presidente de la República solicitó a la Asamblea Nacional que emita la

¹⁴⁶⁴ NARVÁEZ Iván, *Petróleo y poder: el colapso de un lugar singular Yasuní*, Quito, Crearimagen, páginas 219 -224

¹⁴⁶⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009, párrs. 55-57

declaratoria de interés nacional alegando que “el mundo nos ha fallado” y asegurando que “la explotación petrolera con adecuadas técnicas afectará menos del 1 % del Parque”.

Es así que el 3 de octubre de 2013 el pleno de la Asamblea Nacional aprobó la Declaratoria de Interés Nacional para la explotación de los bloques 31 y 43 del Parque Nacional Yasuní. La Declaratoria está desarrollada en seis capítulos en los cuales se explica la decisión de explotar la reserva petroleras ubicadas en el Yasuní ITT y cómo debe darse esta explotación.

Los fundamentos jurídicos que respaldan esta Declaración de interés nacional son: a) La posibilidad extraordinaria que garantiza la Constitución para la explotación de recursos naturales en áreas naturales protegidas. b) La legitimidad de la explotación de los recursos naturales en áreas y territorios de comunidades indígenas. c) Los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario y su debida protección.

Uno de los propósitos que persigue esta Declaratoria de Interés Nacional es la aceleración del proceso de desarrollo del Ecuador. La planificación del desarrollo nacional es deber del Estado, como también lo es que dicha planificación sirva para los objetivos de erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, con una finalidad última: alcanzar el buen vivir.

El Estado tenía la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas a través de la consulta previa, libre e informada. Ya que los bloques petroleros que se autorizaron su explotación están dentro de la “Reserva Étnica Waorani” creada en 1990. El derecho a la consulta previa no puede ser ejercido por los pueblos aislados de la forma “normal”, su deseo de permanecer aislados es la manera en que manifiestan su voluntad de que no se realice explotación de recursos naturales en su territorio.

En la Declaratoria se establece “no explotar los recursos naturales en las zonas declaradas como intangibles a favor de los pueblos Tagaeri-Taromenane”. Son dos los campos petroleros que se encuentran en la zona intangible el campo Ishpingo con 48.4 millones de barriles de petróleo en el campo Obe con 6.6

millones de barriles. Pero el artículo 407 contempla la posibilidad de que en caso de interés nacional también pueda realizar explotación de petróleo en zonas intangibles. El tiempo nos demostrará si otro jefe de gobierno que requiera liquidez acuda nuevamente ante la Asamblea Nacional para que se autorice la explotación petrolera de estos campos que se encuentran en la Zona Intangible.

Bibliografía

Anaya S. James, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas A/HRC/9/9*, 2008.

Asamblea Nacional del Ecuador, *Explotación Petrolera del Bloque 31 y 43 dentro del Parque Yasuní*, Quito, 2013

Cavodevilla, Miguel A . *Pueblo ocultos EN Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonía y el Gran Chaco*. (páginas 118 -130), Copenhague, 2007

Colleoni Paola y Proaño David. *Los pueblos en Asilamiento de la Amazonía Ecuatoriana EN Pueblos indígenas en asilamiento voluntario y contacto inicial*. (páginas 170 -201) IWGIA, 2012

Consejo Nacional de Planificación, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo, 2009

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane. Medidas Cautelares MC-91/06*, Washington D.C, 2006

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II, 30 de 2009

Haba Enrique, *Conceptos Indeterminados, Derechos Humanos y Seguridad Nacional*, EN, Revista de Filosofía Universidad de Costa Rica XXII, 1983 (páginas 3-30)

Herrero de Castro, Rubén, *El Concepto de Interés Nacional*, Dialnet, páginas 19 -38

Gobierno Nacional República del Ecuador, *Política Nacional de los pueblos en situación de aislamiento voluntario*, 2007

Narváez Iván. *Petróleo y poder: el colapso de un lugar singular Yasuní*, Quito, Crearimagen, 2009

Naciones Unidas Oficina del Alto Comisionado, *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Folleto Informativo 9/Rev. 2, 2013

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento*

Pontificia Universidad Católica del Ecuador Centro de Derechos Humanos, *El Buen Vivir y su Tutela Jurídica en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana*

Presidencia de la República del Ecuador, *Decreto 2187 para la institución de la Zona Intangible*, Quito, 2007

Rivadeneira R. Cristina, *Parque Nacional Yasuní* EN Guía de Patrimonio de Áreas Naturales Protegidas del Ecuador: ECOFUND, FAN, DarwinNET, IGM. Quito. 2007

Rocha P. Milton, *Interés nacional en el constitucionalismo del Buen Vivir*, Repositorio Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016

Silva P. Carolina. *¿Qué es el buen vivir en la Constitución?* EN La Constitución del 2008 en el contexto andino Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, (páginas 111 - 154), Quito, 2008

**El derecho al medio ambiente como un derecho autónomo en la
Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos No OC-23/17, de 15 de noviembre del 2017**

Digno Montalván Zambrano *

Universidad Carlos III de Madrid

“La incorporación de la naturaleza al derecho constitucional en carácter de sujeto de derechos abre un nuevo capítulo en la historia del derecho, respecto del cual nuestra imaginación es pobre, porque nos movemos aún dentro del paradigma que niega derechos a todo lo no humano.”

Eugenio Zaffaroni. La Pachamama y el humano.

Un largo camino se ha recorrido desde la consagración de lo que el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Eugenio Raúl Zaffaroni denomina en su libro titulado *la Pachamama y el humano* como el “despropósito de René Descartes”, esto es, la concepción de que los animales eran máquinas, cosas desposeídas de toda alma que no podían ser penadas ni existe ninguna obligación a su respecto. Bajo esta idea se construye una visión antropocéntrica por la cual el humano es el señor absoluto de la naturaleza no humana y su misión progresista y racional consiste en dominarla¹⁴⁶⁶. Este postulado sería posteriormente puesto en duda por el pensamiento filosófico iluminista y liberal de los siglos XVIII y XIX, el cual al no aceptar la consideración cartesiana de que los animales eran máquinas formuló en respuesta dos teorías contrapuestas: el contractualismo kantiano y el utilitarismo de Bentham.

En primer lugar, el contractualismo de Immanuel Kant limitó la ética y el derecho a las relaciones entre humanos, pero reconoció a los animales derechos

* La realización de este trabajo ha tenido lugar en el marco tanto del proyecto de investigación *Jueces en Democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (DER2016-79805-P, AEI/FEDER, UE) del *Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia* (GIDYJ) de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹⁴⁶⁶ Zaffaroni, E. pp. 34-35.

en forma indirecta, es decir, admitía obligaciones humanas hacia ellos como resultado de la propia dignidad humana. De esta forma, como lo indica Zaffaroni, frente al señorío absoluto de Descartes, Kant propone un dominio limitado en función de la propia racionalidad del humano¹⁴⁶⁷. Esta postura resulta coherente si tenemos en cuenta que dentro de las perspectivas procedimentales que siguen la tradición del contrato social las preguntas sobre ¿quién formula los principios? y ¿para quién se formulan los principios? tienen necesaria y estructuralmente la misma respuesta. Las partes que crean el contrato social formulan principios por lo que esas mismas personas se comprometen a vivir juntas. En este marco, al considerar Kant que los animales carecen de conciencia propia y, por tanto, de la capacidad de reciprocidad moral, les niega de forma rotunda la posibilidad de que puedan tener dignidad o valor intrínseco. Bajo esta visión los animales no pueden ser sujetos primarios de justicia porque no pueden formular contratos, haciendo que su valor sea solo derivado e instrumental¹⁴⁶⁸. Por lo anterior, si bien la teoría de Kant representa un avance importante frente a la teoría cartesiana, esta mantiene un eje antropocéntrico en su reflexión. Como lo expone Ansuátegui Roig, “el hecho de que los derechos humanos estén vinculados al reconocimiento del valor moral de los individuos es ciertamente expresión de una determinada concepción de la moral, que podríamos considerar en términos generales antropocéntrica”¹⁴⁶⁹. Esto ubica al planteamiento kantiano como el precursor de la ecología ambientalista la cual considera al humano como el único titular de los derechos y que, si bien puede reconocer obligaciones respecto de la naturaleza, no asigna a ésta el carácter de titular de derechos¹⁴⁷⁰.

Por el contrario, el utilitarismo de Jeremy Bentham, al tener una percepción orientada a los resultados y no a los procedimientos, rechaza el fundir las preguntas sobre ¿quién formula los principios? y ¿para quién se formulan los principios? Esto hace posible que dentro de este enfoque se pueda establecer perfectamente la idea de que los seres humanos creen principios de justicia

¹⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 39.

¹⁴⁶⁸ Nussbaum, M., p. 331.

¹⁴⁶⁹ Roig, A., pp. 21-22.

¹⁴⁷⁰ Zaffaroni, E.: 69.

directamente para un grupo más amplio de seres¹⁴⁷¹. Así, Bentham con su búsqueda de la mayor felicidad para todos y por tanto inclinado a evitar el dolor en los seres sensibles, reconoció que los animales -seres sensibles- eran merecedores de respeto y del reconocimiento de sus derechos. Bentham soñaba con llegar a considerar a los animales sujetos de derechos¹⁴⁷², convirtiéndose de este modo en uno de los precursores de la ecología profunda.

La ecología profunda se distancia del ambientalismo pues reconoce personería a la naturaleza, esto es, le otorga la calidad titular de derechos propios con independencia del humano¹⁴⁷³. Uno de sus grandes exponentes es la hipótesis Gaia de James Lovelock, la cual revoluciona el concepto de evolución al sostener que para Darwin el más apto habría sido el más fecundo y no el más fuerte en el sentido físico, de ahí que no cabe en la evolución privilegiar la competencia, sino la cooperación. Bajo esta hipótesis somos, en palabras de Zaffaroni, “el producto de millones de años de complejización simbiótica, de enormes procesos de microcooperación, de millones y millones de pequeñísimas quimeras, lo que poco o nada tiene que ver con la brutal lucha sangrienta en la que sobrevive el más cruel y despiadado”¹⁴⁷⁴.

Esta idea de la cooperación también la podemos encontrar en el enfoque de las capacidades elaborado por Martha Nussbaum. Este sostiene que la cooperación no es una cuestión reservada a personas similarmente “normales” que se reúnen para celebrar un contrato, sino un concepto con múltiples facetas y que incluye numerosas formas distintas de dependencia y de interdependencia. En estos términos la cooperación social “debería consistir en vivir dignamente y juntos en un mundo en el que múltiples especies tratan de florecer”¹⁴⁷⁵. Como lo establece la misma Nussbaum, este enfoque se diferencia del contractualismo pues implica obligaciones de justicia directas hacia los animales. “No hace que éstas deriven de los deberes que tenemos para con nuestros congéneres humanos

¹⁴⁷¹ Nussbaum, M., p. 334.

¹⁴⁷² Zaffaroni, E., p. 38.

¹⁴⁷³ *Ibidem*, p. 69.

¹⁴⁷⁴ *Ibidem*, pp. 79-80.

¹⁴⁷⁵ Nussbaum, M., p. 346.

ni las interpreta como posteriores a éstos. Trata a los animales como sujetos y agentes y no como simples objetos de compasión”¹⁴⁷⁶.

El enfoque de las capacidades se diferencia de la ética derivada de Gaia pues para Nussbaum solo los seres sintientes serían los poseedores de derechos¹⁴⁷⁷, lo cual deja fuera de ese ideal de justicia a otros entes naturales inertes como los ríos, cuya protección si se deriva del planteamiento ético efectuado por James Lovelock. La hipótesis de Gaia reconoce entonces obligaciones éticas respecto de la naturaleza, que se derivan de la circunstancia de participar conjuntamente en un todo vivo, de cuya salud dependemos todos, humanos y no humanos. Por lo anterior, a diferencia del enfoque de las capacidades de Nussbaum y del utilitarismo de Bentham, la ética de Gaia no limita los derechos a los animales sino que los reconoce también para las plantas, los seres microscópicos e incluso a la materia inerte¹⁴⁷⁸.

En el mundo andino Gaia se traduce en Pachamama cuya ética también impone la cooperación. Se parte de que en todo lo que existe hay un impulso que explica su comportamiento, incluso en lo que parece materia inerte. Todo el espacio cósmico es viviente y está movido por una energía que conduce a relaciones de cooperación recíproca entre todos los integrantes. La Pachamama todo lo da, pero también exige reciprocidad, no impide la caza, la pesca y la tala, pero si la depredación, como buena reguladora de la vida de todos los que estamos en ella¹⁴⁷⁹.

Estas posturas filosóficas considero han marcado a nivel global la evolución de la relación entre el humano y la naturaleza y, en particular, han influenciado la interpretación que desde el derecho internacional de los derechos humanos se ha hecho al tema medio ambiental. Así, podemos relacionar la idea inicial de derecho al desarrollo como dominación indiscriminada de los recursos naturales a favor de la humanidad dentro de una postura cartesiana; a la incorporación de la sostenibilidad como su complemento, con la idea kantiana

¹⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 347.

¹⁴⁷⁷ Nussbaum, M., pp. 352-60.

¹⁴⁷⁸ Zaffaroni, E., p. 84.

¹⁴⁷⁹ *Ibidem*, pp. 117-22.

de la importancia de la conservación ambiental para la dignidad humana y; al giro biocéntrico no solo del constitucionalismo latinoamericano sino además, en mi consideración, del sistema interamericano de protección de derechos, con la ética derivada de la Pachamama originaria de los pueblos indígenas de la América andina.

A continuación trataré de dar cuenta de estas influencias en el sistema interamericano a partir del análisis del antropocentrismo presente en la consideración del derecho al medio ambiente como instrumental y, por otro lado, del biocentrismo que impulsa la categorización del mismo como “autónomo” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El derecho al medio ambiente sano como derecho instrumental

La multiplicidad de posiciones que se depositan dentro del derecho al medio ambiente ha provocado que dentro de la dogmática de los derechos humanos resulte especialmente complejo determinar sus facultades y, por ende, su categorización. Por ello, autores como Alexy lo consideran un “derecho fundamental como un todo”. En palabras del referido autor “quien propone el establecimiento de un derecho fundamental al medio ambiente, o su adscripción interpretativa a las disposiciones de derecho fundamental existentes puede, por ejemplo, incluir en este conjunto o haz de posiciones, un derecho a que el estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañen el ambiente (derecho de protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado emprenda medidas fácticas, tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica)¹⁴⁸⁰.”

De este modo, la fundamentación del derecho humano al medio ambiente es un tema de amplio debate del cual no es ajeno el sistema interamericano de derechos humanos. La reciente Opinión Consultiva N° OC-23/17 (en adelante

¹⁴⁸⁰ Alexy, R., p. 392.

OC-23/17) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), de fecha 15 de noviembre del 2017, sobre medio ambiente y Derechos Humanos, es un claro ejemplo de lo dicho. En esta opinión se da respuesta, entre otras, a la consulta formulada por la República de Colombia sobre las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal. Se constituye de esta forma en un hito importante en la protección del medio ambiente en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, pues mediante ella la Corte IDH desarrolla por primera vez, de manera extendida, el contenido del derecho al medio ambiente sano consagrado de forma expresa en el artículo 11 del Protocolo sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y que, como se establece en el numeral 57 de la opinión consultiva, también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana.

Bajo este parámetro interpretativo la Corte IDH ha considerado a la protección del medio ambiente como elemento *sine qua non* para el disfrute de otros derechos humanos, tales como el derecho a la vida o a la integridad física. Este enfoque inicial se enmarca en lo que varios autores e inclusive la misma Corte denominan como un enfoque instrumental de la protección del medio ambiente para la garantía de los derechos humanos y, en la vertiente inversa, un enfoque instrumental de los derechos humanos para la protección del medio ambiente. Así, la Corte ha clasificado los derechos especialmente vinculados al medio ambiente en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento. Estas dos formas de entender la protección del medio ambiente en el derecho internacional de los derechos humanos, ambas con un eje antropocéntrico, desarrollan el contenido principal de la opinión consultiva, el cual pasaré a detallar brevemente.

Desde el enfoque instrumentalista de la protección del medio ambiente para la garantía de los derechos humanos la Corte IDH ha considerado que entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales se encuentran los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, propiedad, el derecho a no ser desplazado forzosamente y otros relacionados de forma indirecta como el derecho a la paz¹⁴⁸¹. En particular, es especialmente fructífera la jurisprudencia de la Corte sobre protección ambiental en casos de derechos territoriales de pueblos indígenas en los que ha reconocido la estrecha vinculación entre estos y el derecho a una vida digna. De este modo, ha resaltado que la falta de acceso a los territorios y los recursos naturales correspondientes puede exponer a las comunidades indígenas a condiciones de vida de mayor vulnerabilidad ante enfermedades, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma¹⁴⁸².

En la OC-23/17 la Corte detalla el contenido y alcance general de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal en relación con afectaciones producidas por daños al medio ambiente. Siguiendo las categorías expuestas por Alexy, dichas obligaciones se pueden clasificar de la siguiente manera¹⁴⁸³:

- a) Como derecho a prestaciones fácticas: los estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos dentro o fuera de su territorio, para lo cual deben¹⁴⁸⁴: 1) regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; 2) realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; 3) establecer un plan de contingencia a efectos de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales y; 4) mitigar el daño ambiental significativo producido, aun cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado.

¹⁴⁸¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, numeral 66.

¹⁴⁸² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, numeral 48.

¹⁴⁸³ *Ibidem*, numeral 242.

¹⁴⁸⁴ Alexy, R., p. 392.

- b) Como derecho de defensa: los estados deben actuar conforme al principio de precaución frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal.
- c) Como derecho de protección: los estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente, para lo cual deben notificar a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos y en casos de emergencias ambientales, así como consultar y negociar, de buena fe, con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos.

Por otro lado, desde un enfoque instrumental de los derechos humanos para la protección del medio ambiente, la Corte IDH establece que existe un grupo de obligaciones que en materia ambiental se identifican como de procedimiento en la medida en que respaldan una mejor formulación de las políticas ambientales. Estas integran la faceta de derecho al procedimiento expuesta por Alexy. En particular, la Corte detalla las obligaciones del Estado sobre los derechos a: 1) el acceso a la información; 2) la participación pública y; 3) el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.

Más allá del importante avance que significa para la protección del medio ambiente las obligaciones expuestas, es relevante a efectos de la orientación del presente trabajo, resaltar que ambas vertientes instrumentales responden a un enfoque antropocéntrico kantiano. Bajo estos modelos el derecho al medio ambiente sano sigue estando concebido principalmente en función de los intereses de las personas. Como lo expresó la Corte IDH en el numeral 59 de la OC-23/17, en su dimensión individual, el derecho al medio ambiente sano constituye un elemento cuya vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida. En esta faceta la

protección de la naturaleza es relevante en tanto y cuanto su degradación afecte un bien jurídico de un ser humano.

Por su parte, en su vertiente colectiva, la Corte sostiene que este derecho constituye un interés universal que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Si leemos esta fundamentación desde los distintos enfoques filosóficos expuestos en el apartado primero veremos que el ubicar a este derecho como una expresión de un interés humano colectivo responde también al postulado antropocéntrico kantiano por el cual ningún ser humano debe destruir la belleza de la naturaleza, pues aun cuando él mismo pueda no seguir necesiéndola, otras personas pueden todavía hacer uso de ella; así, aunque no haya que observar deber alguno hacia las cosas consideradas en sí mismas, hay que tener en cuenta a los demás hombres. De esta postura, como se expuso anteriormente, nace la sostenibilidad como un complemento a la idea del desarrollo en favor de la continuidad exclusiva de la especie humana, ubicando al ser humano como el único sujeto de derechos mientras que la naturaleza solo puede constituir un objeto de los mismos.

El derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo

Si bien los aportes de la OC-23/17 sobre el derecho a un medio ambiente sano se efectúan principalmente por su relación con los derechos a la vida e integridad física, en mi opinión, uno de los puntos que mayor impacto ofrece es el reconocimiento expreso del derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo en el sistema interamericano de protección de derechos.

Así lo indica la Corte IDH en el numeral 25 de la opinión consultiva al establecer que dada la estrecha conexión entre la protección del medio ambiente con el desarrollo sostenible y los derechos humanos, actualmente diversos sistemas de protección de derechos humanos y, en particular, el sistema interamericano de derechos humanos, reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo. En el numeral 62 desarrolla el contenido de este derecho declarando que “a diferencia de otros derechos, este protege los componentes del medio ambiente tales como bosques, ríos, mares y otros como

intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”. Finalmente, precisa que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo busca “proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos”.

De este modo, la Corte parece reconocer un nuevo bien jurídico dentro del sistema interamericano, la naturaleza en sí misma. Siguiendo lo dicho por el profesor Simón Yarza, si el derecho a un medio ambiente sano consistiese únicamente en las condiciones necesarias para asegurar bienes fundamentales como la vida, la integridad física o la propiedad, la pretendida sustantividad propia del derecho desaparecería y su reconocimiento sería solo testimonial. Por ello, “un derecho al medio ambiente que no sea un mero corolario de otros derechos ya reconocidos habría de tener por objeto ora nuevos bienes jurídicos individuales, ora el medio ambiente como bien colectivo (la protección del entorno o de la naturaleza como tales)¹⁴⁸⁵.

En este marco, el desarrollo del derecho al medio ambiente como derecho autónomo podría constituir un esfuerzo por sustantivar este derecho desde un enfoque biocéntrico cercano a la ética de la Pachamama. Si bien en la opinión consultiva no se desarrollan las obligaciones que nacen de este nuevo derecho autónomo, considero que tomando como referencia las puntualizaciones que se hacen respecto del mismo se pueden obtener ciertos rasgos que nos permiten dar cuenta de porque esta construcción parece alejarse de la titularidad antropocéntrica individual o colectiva del derecho al medio ambiente.

Se podría creer, por ejemplo, que la consagración del derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo es una respuesta a la dimensión humana colectiva de este derecho. La preservación de los componentes del medio ambiente podría ser un mecanismo para evitar un proceso de degradación

¹⁴⁸⁵ Simón Yarza y Gómez Montoro, p. 64.

ambiental que ponga en riesgo a toda la humanidad. Sin embargo, considero que la Corte IDH va un paso más allá al definir este derecho, pues, como reza en el antes citado numeral 62 de la OC-23/17, lo que busca es proteger a la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este caso, a diferencia de la dimensión humana-colectiva de este derecho, la Corte pone el acento en la protección que ofrece para los demás organismo no humanos. Así, el objetivo no es ya conservar la humanidad sino a todos los organismos que conviven con ella.

Esta particularidad ubica al desarrollo jurisprudencial efectuado por la Corte IDH más cercano a las reivindicaciones del modelo biocéntrico de acuerdo con el cual la naturaleza posee fines y valores en sí misma, pudiéndose predicar una dignidad de ella. La definición que da la Corte sobre la vertiente autónoma de este derecho reconoce que existen algunos perjuicios ambientales que no solamente afectan a los seres humanos, sino también a otros habitantes del planeta. En este contexto, parece que la Corte ha buscado dar un paso más comprendiendo que, como lo expresa Zaffaroni, la naturaleza, el planeta, la Tierra, la Pachamama, es otro ente con el que podemos dialogar y, más aún, con el que debemos dialogar ¹⁴⁸⁶.

Esta precisión nos permite identificar también las distancias entre el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, que en nuestra opinión deriva de la incorporación de la ética de la Pachamama, de otras posturas del ecologismo profundo como la del enfoque de las capacidades de Nussbaum. Como se expuso anteriormente, Nussbaum limita el reconocimiento de derechos para aquellas especies sensibles, pues solo de estas se puede identificar el dolor causado por el ser humano como una barrera para el libre desarrollo de sus capacidades naturales. Por el contrario, una postura biocéntrica inspirada en la Pachamama reconoce la titularidad de derechos no solo para entes sensibles, sino para todo

¹⁴⁸⁶ Zaffaroni, E., p. 125.

el entorno, incluido entes que podríamos llamar inertes. De esta forma, la ética de la Pachamama “busca reconocer que debemos actuar respetando a otros seres con derechos y cuyo reconocimiento es condición de nuestra propia supervivencia como especie interdependiente de otras y de otros entes terrenos en su existencia, es un fortalecimiento de la capacidad de escucharnos entre nosotros y de escuchar lo que nos dicen todos los demás entes del planeta”¹⁴⁸⁷.

Considero relevante la referencia al trabajo académico del juez Eugenio Zaffaroni, pues da cuenta de que en el debate llevado en el seno de la Corte IDH existía plena conciencia de los efectos del reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo¹⁴⁸⁸, idea que se ve reforzada si examinamos el voto particular concurrente del Juez Humberto Sierra Porto en el cual da a conocer su discrepancia justamente respecto de la decisión de la mayoría en este punto. Parece entonces que la Corte se aleja de los esquemas filosóficos occidentales y se nutre de la cosmovisión de los pueblos indígenas de la América andina para fundamentar un nuevo derecho que revoluciona la idea de dignidad humana incorporando una comprensión holística de su concepto.

La pregunta es entonces ¿cual es el contenido del derecho al medio ambiente derivado de la ética de la Pachamama? y ¿se podrían trasladar las garantías de procedimiento dadas a la versión antropocéntrica de este derecho a este nuevo enfoque biocéntrico? Al respecto resulta interesante revisar el debate doctrinal citado por el profesor Navarro Mendizábal. Para un sector de la doctrina si no es posible proteger el derecho a un medio ambiente abstracto y mal definido, se puede muy bien dar el derecho a cada uno de actuar cuando su medio ambiente es objeto de discusión mediante los derechos de información, participación y tutela judicial. El contenido del derecho al medio ambiente así planteado es ante todo procedimental y no sustantivo. Por otro lado, otro sector de la doctrina, entre los que destaca a Loperena Rota, presenta como un absurdo que nos conformemos con que se nos reconozcan a los ciudadanos dichos derechos de participación, esto implicaría irrespetar las reglas de lógica jurídica

¹⁴⁸⁷ Zaffaroni, E., p. 134.

negando la sustantividad de un derecho y proponiendo su tutela. Si no hay derecho sustantivo, ¿a que se orienta la participación o la tutela judicial? Como lo menciona el profesor Navarro, desde una perspectiva teórica, cabe reconocer un derecho y no disponer de un sistema adecuado de protección, pero nunca al revés¹⁴⁸⁹. En línea con la segunda postura, considero que la garantía de un derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo derivado de la ética de la Pachamama exige la elaboración de un contenido sustancial del mismo. En dicha tarea, el concepto desarrollado por la Corte Interamericana de daño ambiental significativo nos puede arrojar algunas luces.

En el numeral 120 de la OC-23/17 la Corte IDH establece que para que surjan obligaciones positivas hacia el Estado debe existir una relación de causalidad entre la afectación a la vida o a la integridad y el daño significativo causado al medio ambiente. Conforme lo expone la Corte IDH, cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal debe ser considerado como un daño significativo. La existencia de un daño significativo en estos términos es algo que deberá determinarse en cada caso concreto, con atención a las circunstancias particulares del mismo. Esto quiere decir, que las obligaciones deben cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, el cual debe ser el apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental. De esta forma, las medidas que un Estado deba adoptar para la conservación de ecosistemas frágiles serán mayores y distintas a las que corresponda adoptar frente al riesgo de daño ambiental de otros componentes del medio ambiente y estas pueden variar con el tiempo, por ejemplo, con base en descubrimientos científicos o nuevas tecnologías¹⁴⁹⁰.

Esta idea del daño significativo ambiental desarrollada como núcleo sustantivo de la versión antropocéntrica del derecho al medio ambiente sano, en mi opinión, podría ser trasladada a la protección de la naturaleza como un bien jurídico en sí mismo. Se afectaría entonces el contenido sustancial de este derecho cuando la intervención humana amenace con obstruir los ciclos vitales de la

¹⁴⁸⁹ Navarro Mendizábal, pp. 79-80.

¹⁴⁹⁰ CorteIDH, Opinión Consultiva OC-23/17, numeral 140.

naturaleza, cuando impida la continuación de los procesos de cooperación existentes entre los organismos que conforman el entorno. Este daño responderá también a la evolución de la ciencia. El desarrollo de la tecnología verde podría hacer que una intervención humana sobre el entorno natural que actualmente se pueda considerar dañina para sus ciclos vitales posteriormente no lo sea. Se crearía además un núcleo esencial de protección para ecosistemas frágiles, ya no en razón de su funcionalidad para el ser humano, sino porque en estos entornos cualquier tipo de intervención puede significar una alteración de sus procesos naturales.

Me parece también relevante referir un aspecto de la teoría de Nussbaum que, salvando la ya mencionada distancia que tiene esta con la ética derivada de la Pachamama, puede complementar la identificación del daño significativo a la naturaleza. Para esta autora, los seres humanos no deben fiarse demasiado de suposiciones indirectas sobre las capacidades animales, por el contrario, deben tratar de observar qué es lo que cada criatura considera importante basándose en lo que ésta hace. Así, para Nussbaum, parte del respeto por otras especies se manifiesta a través de la disposición a observar y estudiar aprendiendo los ritmos internos de una comunidad animal y la noción de valor que su modo de vida expresa¹⁴⁹¹. Este desarrollo puede ser trasladado también a la protección más amplia que provee la ética de la Pachamama aplicando la observación ya no solo con los seres sensibles sino con toda la naturaleza. Dicha observación permitirá un diálogo respetuoso entre especies sobre el cual construir la armonía que protege la Pachamama.

Esta concepción implica por tanto cambios sustanciales en la idea de dignidad humana y, por esta vía, de los sujetos capaces de activar el sistema interamericano de derechos humanos como víctimas. En la Opinión Consultiva N^a OC-22/16, del 26 de febrero del 2016 sobre titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano, la Corte Interamericana estableció que conforme al artículo 1.2 de la Convención los derechos reconocidos en dicho instrumento corresponden a únicamente a personas, es

¹⁴⁹¹ Nussbaum, M., p. 366.

decir, a seres humanos. Lo anterior implica que en el marco de la Convención Americana las personas jurídicas no son titulares de los derechos establecidos en ésta y, por tanto, no pueden presentar peticiones o acceder directamente, en calidad de presuntas víctimas.

A este criterio respondió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2004 al declarar inadmisibile la petición presentada por un ciudadano panameño respecto del Parque Natural Metropolitano en Panamá, dado que la petición no individualizaba víctimas concretas y era excesivamente amplia. El peticionario alegaba que el gobierno había violado el derecho a la propiedad de todos los ciudadanos panameños al permitir la construcción de un proyecto vial que atravesaba una reserva natural protegida. Después de ocho años, la Comisión determinó que, en vista de que no se habían identificado víctimas humanas específicas la petición era inadmisibile¹⁴⁹².

La consagración del derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo promete cambiar esta jurisprudencia pues al identificar a los bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales, se crea un nuevo sujeto de protección de tipo abstracto en el marco del sistema interamericano. Esto significa abrir paso para que una persona jurídica, la naturaleza, pueda ser considerada víctima, cambiando sustancialmente la jurisprudencia en esta materia. Al respecto se pronuncia también el Juez Zaffaroni en su libro *La Pachamama y el humano* indicando que la mera circunstancia de que cualquiera puede accionar en defensa de la naturaleza, sin que sea menester invocar –y menos probar– la condición de damnificado, provocará que diferentes personas, según sus simpatías con los entes naturales no humanos, ejerzan acciones en su defensa¹⁴⁹³.

Por último, el reconocimiento de la naturaleza como víctima para el sistema interamericano le otorga también la posible condición de tercero agredido. Esto, como lo manifiesta Zaffaroni, hace que sean lícitos en defensa de

¹⁴⁹² Shelton, p. 126.

¹⁴⁹³ Zaffaroni, E., p. 141.

la naturaleza actos como las sentadas, colocación de obstáculos al avance de maquinarias de desmonte y otros medios de lucha no violenta¹⁴⁹⁴.

Conclusiones

El cambio al paradigma biocéntrico al que parece inclinarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos sin duda representa un desafío hacia la construcción de una nueva epistemología difícilmente explicable dentro de las construcciones dogmáticas efectuadas a partir del enfoque antropocéntrico. Esta pone en cuestión la conceptualización misma de los derechos humanos como aquellos que se poseen por el hecho de ser persona de ahí que, como lo expresa Zaffaroni, requiera de una nueva jurisprudencia, cuyas consecuencias prácticas son de momento difíciles de prever, pero lo cierto es que no responderá a los criterios que hasta el presente se vienen manejando¹⁴⁹⁵.

Lo anterior, en mi opinión, no constituye un debilitamiento del poder emancipador de la idea de los derechos humanos, por el contrario, abre las puertas hacia una interpretación holística capaz de nutrirse no solo de los postulados clásicos, sino además, de aquellas otras cosmovisiones históricamente relegadas dentro del debate doctrinal, tales como las provenientes de los pueblos de la América andina y en particular, de la ética de la Pachamama. De esta forma se podrá otorgar un mayor grado de protección a la naturaleza, a aquello que es inherente al ser humano no como su piloto sino como un pasajero más. Como lo expresa Boaventura de Sousa, la evolución del derecho en los últimos 50-60 años ha demostrado que el mejor mecanismo jurídico para garantizar la eficacia de los derechos es la existencia de garantías que den forma real a esos derechos; en el caso de la naturaleza esa dignidad y esa sobrevivencia, solo se puede garantizar efectivamente dándole titularidad de derechos¹⁴⁹⁶.

Bibliografía

¹⁴⁹⁴ *Ibíd.*, 142.

¹⁴⁹⁵ Zaffaroni, E., p.144.

¹⁴⁹⁶ De Sousa Santos, B., p. 23.

Alexy, Robert, y Carlos L. Bernal Pulido. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Colección El derecho y la justicia 34. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier. «Los derechos humanos y el medio ambiente: ¿razones para la reelaboración del discurso moral?» En *Desafíos actuales a los Derechos Humanos: El derecho al medio ambiente y sus implicaciones*, 13-32. Dykinson, 2009.

Atienza, Manuel. *El Sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017.

De Sousa Santos, Boaventura. *Derecho y emancipación*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional - Corte Constitucional de Ecuador, 2012.

Navarro Mendizábal, Iñigo. «El derecho a un medio ambiente adecuado , ¿es un derecho?» En *Desafíos actuales a los derechos humanos: el derecho al medio ambiente y sus implicaciones*, 64-91. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: Dykinson, 2009.

Nussbaum, Martha Craven. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, 2007.

Shelton, Dinah. «Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos.» *Anuario de Derechos Humanos*, 2010.

Simón Yarza, Fernando, y Ángel J. Gómez Montoro. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Estudios constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.

El Convenio de Albufeira: veinte años de luces y sombras

Ignacio Álvarez Arcá

Universidad de Málaga

Antecedentes y naturaleza jurídica del Convenio

Antecedentes

España y Portugal comparten cinco cuencas hidrográficas internacionales, concretamente la de los ríos Miño, Limia, Duero, Tajo y Guadiana. Estas cuencas constituyen el 41% de la superficie territorial total de España y el 62% de la de Portugal¹⁴⁹⁷, lo que pone de relieve su importancia territorial, medioambiental, social y económica. Las relaciones de cooperación entre España y Portugal con relación a estas cuencas hidrográficas compartidas se extienden desde finales del siglo XIX hasta la actualidad. Cabe destacar, no obstante, que los tratados que regulaban dichas relaciones no han tenido siempre un enfoque integrado de los recursos hídricos compartidos ni su finalidad ha sido la protección medioambiental. Éstos han evolucionado a la vez que la sociedad internacional y sus conocimientos técnicos, por lo que son un ejemplo paradigmático de la evolución general del Derecho internacional en la materia, así como del Derecho internacional del medio ambiente.

Por ello, afirmamos sin ningún género de dudas que no será hasta la firma y ratificación del Convenio de Albufeira cuando la cuestión medioambiental se introdujo en las relaciones entre España y Portugal. No podemos obviar que la actividad que se llevó a cabo en el seno de Naciones Unidas y la Unión Europea para garantizar el uso equitativo y sostenible de los recursos hídricos compartidos en general, y no sólo las aguas superficiales, fue determinante para alcanzar un nuevo acuerdo.

¹⁴⁹⁷ Centro de Estudios Hidrográficos (CEH), **Libro Blanco del Agua en España**, documento de síntesis, Ministerio de Fomento, 2000, p. 28. Disponible en internet en: http://www.mapama.gob.es/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/sintesis_tcm30-77435.pdf [consultado por última vez el 23/08/2018].

Cuando se intentan buscar las causas que motivaron la negociación y la conclusión del Convenio de Albufeira es necesario distinguir entre aquellas que tienen un origen interno y las que tienen un origen internacional. Entre las primeras se encuentra la elaboración del Anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional de 1993, que preveía un trasvase desde el río Duero y una nueva regulación del trasvase Tajo-Segura. Ésto puso en alerta al gobierno luso, que vio peligrar los caudales que recibía hasta entonces “al advertir la ineficacia de los Convenios de 1964 y 1968 frente al problema de carestía que este aumento de usos consuntivos aguas arriba podría suponer para Portugal”¹⁴⁹⁸. En la Cumbre Ibérica de 1993 se planteó “la conveniencia de celebrar un nuevo acuerdo susceptible de dar respuesta adecuada al doble objetivo central de protección del medio ambiente y de satisfacción de los nuevos usos”¹⁴⁹⁹. La reunión y las bases del acuerdo futuro que se sentaron en aquel momento fueron de gran importancia en tanto que implicaba actualizar un régimen convencional que no estaba adaptado a la normativa internacional y comunitaria y a la ya asentada conciencia medioambiental.

Entre las causas internacionales nos encontramos la elaboración y adopción del Convenio de la UNECE¹⁵⁰⁰, la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación¹⁵⁰¹ y la

¹⁴⁹⁸ Francisco DELGADO PIQUERAS, “La gestión de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas: el Convenio de Albufeira de 1998”, *Revista de Administración Pública*, núm. 158, 2002, p. 306.

¹⁴⁹⁹ Amparo SERENO ROSADO, *Ríos que nos separan, aguas que nos unen: análisis jurídico de los Convenios Hispano-Lusos sobre aguas internacionales*, Fundación Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 99.

¹⁵⁰⁰ Nos referimos al Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos internacionales de 1992. Instrumento al que estaban vinculados tanto España como Portugal. Disponible en internet en: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/publications/WAT_Text/Convention_text_SPA.pdf [consultado por última vez el 23/08/2018].

¹⁵⁰¹ Esta Convención fue elaborada en el seno de la CDI y tiene una clara naturaleza de tratado-marco. El origen de su elaboración se encuentra en la necesidad de fijar ciertos principios ya emergentes en el Derecho internacional en lo relativo a los recursos hídricos compartidos y en la necesidad de paliar las consecuencias de ciertos problemas que afectan a los mismos como la contaminación o la sobreexplotación. Sin embargo, la protección medioambiental, al primar el principio de uso equitativo y razonable frente al principio de prohibición de causar daño sustancial, queda relegada a un segundo plano y supeditada a los intereses de los Estados. La Convención está disponible en internet en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/772/96/PDF/N9777296.pdf?OpenElement> [consultado por última vez el 23/08/2018].

Directiva Marco del Agua¹⁵⁰². Todos estos factores que acaecieron en la década de los noventa hicieron que Portugal activara las negociaciones para la conclusión de un tratado que, de no haber sido concluido de mutuo acuerdo y por propia voluntad en ese momento entre ambos Estados, se habría concluido casi con total seguridad a posteriori compelidos por la entrada en vigor de la Directiva Marco del Agua ¹⁵⁰³.

Naturaleza jurídica del Convenio

El Convenio de Albufeira es un tratado bilateral ratificado por España y Portugal, cuya adopción se produjo en el año 1998, y que entró en vigor en el año 2000¹⁵⁰⁴. El tratado tiene como finalidad “definir el marco de cooperación entre las Partes para la protección de las aguas superficiales y subterráneas y de los ecosistemas acuáticos y terrestres directamente dependientes de ellos y para el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos de las cuencas hidrográficas a que se refiere el artículo 3.1”¹⁵⁰⁵. Los instrumentos de desarrollo, además de los dos anexos al propio Convenio¹⁵⁰⁶, son el Protocolo Adicional al Convenio y el Protocolo de Revisión del Convenio y el Protocolo Adicional, de 4 de abril de

¹⁵⁰² 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. **Diario Oficial n° L 327 de 22/12/2000 p. 0001 - 0073** Disponible en internet en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32000L0060> [consultado por última vez el 23/08/2018].

¹⁵⁰³ Llegamos a esta conclusión porque la Directiva Marco del Agua exige una gestión integrada de los recursos hídricos y unos estándares de cooperación y protección que hasta entonces no habían sido garantizados por ningún otro instrumento normativo.

¹⁵⁰⁴ *BOE núm. 37*, de 12 de febrero de 2000, pp. 6703-6712. Disponible en internet en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2000-2882 [consultado por última vez el 23/08/2018].

Pese a que el Convenio date del año 1998, la fecha de entrada en vigor de éste, tal y como establece el artículo 35 del Convenio, es la de la última notificación cruzada entre las Partes comunicando el cumplimiento de los respectivos procedimientos internos. Esto se produjo el 17 de enero de 2000.

¹⁵⁰⁵ Artículo 2.1 del Convenio. Las cuencas hidrográficas internacionales a las que se refiere son las ya citadas correspondientes a los ríos Limia, Miño, Duero, Tajo y Guadiana.

¹⁵⁰⁶ Estos dos anexos se refieren al intercambio de información que deben llevar a cabo en el seno de las cinco cuencas hidrográficas internacionales y al impacto transfronterizo, entendido éste en el artículo 1.1.d) como: “cualquier efecto adverso significativo sobre el medio ambiente que resulte de una alteración del estado de las aguas transfronterizas causadas en una zona bajo jurisdicción de una de las Partes, por una actividad humana, cuyo origen físico esté situado total o parcialmente en una zona bajo jurisdicción de la otra Parte”.

2008¹⁵⁰⁷. Su gran interés reside en que determinan los regímenes de caudales mínimos para cada una de las cuencas hidrográficas en determinados puntos donde se establecen estaciones de control. De este modo, se garantiza que con dichos niveles se satisfagan las necesidades de ambos Estados, así como se mantenga un caudal mínimo ecológico, entendido este como el imprescindible para garantizar la protección de los ecosistemas acuáticos y terrestres dependientes.

Respecto de su naturaleza jurídica afirmamos, tal y como se concluye de lo anterior, que es un tratado marco que es desarrollado a través de la actividad que llevan a cabo los órganos que el propio Convenio diseña con la finalidad de incluir en el desarrollo normativo los avances de la ciencia y la tecnología. La estructura institucional está integrada por la Conferencia de las Partes -de carácter político- y la Comisión para la Aplicación y Desarrollo del Convenio -de carácter técnico-. La Conferencia de las Partes está compuesta por los representantes que determinen los Gobiernos de España y Portugal y encabezadas por los ministros correspondientes, o las personas en las que éstos deleguen¹⁵⁰⁸. No hay ninguna periodicidad establecida en el Convenio para la celebración de las reuniones y, hasta el momento, se han reunido en tres ocasiones¹⁵⁰⁹. Es, al fin y al cabo, un órgano de impulsión política que va a transformar en obligaciones jurídicas las decisiones adoptadas por el órgano de carácter técnico¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁷ Éste último publicado en *BOE núm. 14*, de 16 de enero de 2010, páginas 3425 a 3432, disponible en internet en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-652 [consultado por última vez el 23/08/2018]. Entró en vigor en el año 2009.

¹⁵⁰⁸ Así lo establece el artículo 21 del Convenio.

¹⁵⁰⁹ La primera reunión tuvo lugar el 27 de julio de 2005, en Lisboa. Las conclusiones están disponibles en internet en: http://cadc-albufeira.eu/imagenes/es/1conferenciadelaspartes_tcm61-424840.pdf [consultado por última vez el 23/08/2018]. La segunda reunión tuvo lugar el 19 de febrero de 2008, en Madrid. Las conclusiones están disponibles en internet en: http://cadc-albufeira.eu/imagenes/es/conclusionesdela2conferenciadelconvenio_completo_vf_tcm61-424821.pdf [consultado por última vez el 23/08/2018]. La tercera reunión tuvo lugar el 20 de julio de 2015, en Porto. Las conclusiones están disponibles en internet en: http://cadc-albufeira.eu/imagenes/es/20150720_3_conclusiones_conf_partes_hispano_portug_tcm61-424831.pdf [consultado por última vez el 23/08/2018].

¹⁵¹⁰ Ya sucedió así con la reforma del Protocolo adicional en lo relativo a la modificación del caudal mínimo en tanto que fue un estudio que se encargó a la Comisión para la Aplicación y Desarrollo del Convenio que, a su vez, remitió a un Grupo de Trabajo. Sólo cuando el estudio

La Comisión para la Aplicación y Desarrollo del Convenio está compuesta por delegaciones nombradas por cada una de las partes y se caracteriza por tener la facultad de crear subcomisiones y grupos de trabajo¹⁵¹¹. Las tareas que se le asignan en el Convenio son muy variadas: realización de estudios; recopilación, procesamiento, intercambio y gestión de información y datos sobre los diferentes aspectos del Convenio; realización de consultas en casos de impacto transfronterizo; la realización de la evaluación ambiental estratégica; la realización de un régimen de caudales permanentes; el reconocimiento de situaciones que ponen en marcha las situaciones de excepción y la aplicación de los procedimientos técnicos y administrativos para la cooperación tanto bajo circunstancias normales como excepcionales y el desarrollo de esos procedimientos, etc.¹⁵¹². Se podría decir que se trata de un órgano que a su vez lleva a cabo las funciones de control y promoción del cumplimiento.

Por último, es importante señalar que en el seno de la Comisión para la Aplicación y Desarrollo del Convenio se decidió que era conveniente constituir un órgano que no estaba previsto en la redacción original del Convenio. Así, en la Xª reunión de la Comisión, se acordó la proposición de la creación del Secretariado Técnico Permanente. Su constitución tuvo lugar tras la celebración de la II Conferencia de las Partes en la que ambos Estados acordaron su creación con una estructura permanente y con ubicación de dos años en cada uno de los países. Sus cometidos son similares a los de la Comisión para la Aplicación y Desarrollo del Convenio.

estuvo terminado, las Partes, en el seno de la segunda Conferencia de las Partes, acordaron su modificación.

¹⁵¹¹ La creación de subcomisiones y grupos de trabajo es algo que se ha llevado a cabo de manera asidua para estudiar cuestiones concretas. Un ejemplo de ello es el Grupo de Trabajo de Información Hidrológica.

¹⁵¹² Ana BARREIRA, "La gestión de las cuencas hispano-portuguesas: El Convenio de Albufeira", *Panel Científico-Técnico de seguimiento de la política de aguas*, Fundación Nueva Cultura del Agua, 2008, p. 6.

Las luces y sombras del Convenio

Las luces del Convenio

El Convenio de Albufeira es un instrumento normativo de referencia en la gestión sostenible de los recursos hídricos compartidos, y ejemplo de innovación en la materia, pese a que su adopción se produjera en el año 1998. Como instrumento convencional, está inspirado e influenciado por la Directiva Marco del Agua, de ahí que presente un objetivo proteccionista respecto del medio ambiente y los ecosistemas dependientes tan ambicioso. En este sentido, hay que señalar que ambos Estados parecieron ser conscientes en su redacción de las carencias hídricas de la Península Ibérica y del reto al que se enfrentan en el medio y largo plazo de escasez, agravado por las cada vez más frecuentes sequías, consecuencia del cambio climático. Si han existido sombras es, esencialmente, consecuencia del comportamiento de los Estados y no de un diseño deficiente del Convenio.

Gran parte del éxito del Convenio lo tiene su vinculación a la Directiva Marco del Agua, pues, en primer lugar, la naturaleza del derecho comunitario obliga a que el contenido del Convenio se adapte a éste y, en segundo lugar, permite que la Unión Europea ejerza una actividad de control indirecta sobre el cumplimiento a través de la Comisión y del Tribunal de Justicia. Como veremos a continuación, ha jugado un papel esencial para evitar que el incumplimiento de España en el año 2017 se extendiera en el tiempo y generara un perjuicio respecto de Portugal y el medio ambiente.

Lo que es innegable, al fin y al cabo, es que el Convenio de Albufeira es el resultado de más de un siglo de cooperación transfronteriza, bastante positiva, entre España y Portugal. Ello no hace sino poner de relieve la importancia que unas buenas relaciones de vecindad tienen para hacer posibles acuerdos tan desarrollados desde el punto de vista de sus obligaciones como de su estructura institucional. La cooperación institucionalizada que se diseña en el Convenio de Albufeira es muy positiva e influye en el cumplimiento de su contenido. La labor de los órganos de carácter técnico, que garantizan un seguimiento del cumplimiento y las necesidades desde una óptica científica y técnica, resulta

esencial para que ambos Estados, a través de la Conferencia de las Partes, tomen las medidas políticas necesarias, así como lleven a cabo las modificaciones del Convenio que se estimen oportunas.

Por otro lado, el Convenio y su contenido se han puesto en valor con la adopción de la Agenda 2030¹⁵¹³ para el desarrollo sostenible y la declaración del Decenio Internacional para la Acción “Agua para el Desarrollo Sostenible” 2018-2028. El Objetivo de Desarrollo Sostenible 6, concretamente el 6.5, establece como fin: “implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda”. Dicha gestión integrada consiste en tratamiento del agua como una unidad que no puede ser fraccionada de forma que en su gestión se conjuguen los intereses económicos, sociales y medioambientales. Pues bien, esa gestión integrada ya se diseña en el Convenio de Albufeira ya que se prevé el uso de los recursos hídricos por los Estados con la limitación de no causar un perjuicio a los ecosistemas marinos y terrestres dependientes, pudiendo exceptuarse la obligación de respetar el caudal mínimo acordado cuando concurren circunstancias excepcionales.

Sin embargo, deben llevarse a cabo adaptaciones del Convenio para adecuar sus disposiciones a ciertos aspectos de la Agenda 2030. Dichas adaptaciones son particulares y referentes a aspectos concretos y deben tener como finalidad tratar la relación de la gestión integrada con otros objetivos establecidos en la Agenda 2030. Así, nos adherimos al planteamiento del profesor SÍNDICO¹⁵¹⁴ que subraya la importancia de no considerar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 como compartimentos estancos. Los objetivos están íntimamente relacionados y no se puede plantear un cumplimiento singular e individualizado de los mismos debido a la interdependencia existente entre ellos. Concretamente, en el caso del Convenio de Albufeira, los vínculos del ODS 6 con los ODS 2 y 13 son muy importantes. El primero porque establece como objetivo “asegurar la

¹⁵¹³ Documento de Naciones Unidas, A/RES/70/1, de 25 de septiembre de 2005, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, disponible en internet en: http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf [consultado por última vez el 04/09/2018].

¹⁵¹⁴ Francesco SÍNDICO, “Transboundary Water Cooperation and the Sustainable Development Goals”, *UNESCO-IHP Advocacy Paper*, Paris, 2016.

sostenibilidad de los sistemas de producción de alimentos”¹⁵¹⁵. El segundo porque insta a los Estados a adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos. ¿Por qué es tan importante el vínculo entre estos dos objetivos y el objetivo 6? Porque “la buena gobernanza de las aguas superficiales y subterráneas puede hacer a los países más resilientes al cambio climático y pueden tener una importancia crítica para la adaptación al cambio climático”¹⁵¹⁶. Si se logra una mayor resiliencia respecto de las consecuencias de los cambios en el clima, para lo cual es necesario mejorar la gestión de los recursos hídricos, será más fácil hacer frente a los fenómenos de la escasez y la sequía.

En general, podemos afirmar sin ningún género de dudas que el Convenio de Albufeira se erige como referente internacional al ser un instrumento que garantiza una cooperación interestatal institucionalizada con el objetivo de gestionar de manera sostenible e integrada los recursos hídricos compartidos.

Los incumplimientos del Convenio

En el veinte aniversario de la firma del Convenio es necesario analizar cuál ha sido el grado de cumplimiento de los Estados concernientes. Ante todo, es necesario destacar que en el periodo de vigencia de éste ninguna de las partes ha declarado o alegado el incumplimiento de la contraparte de manera formal¹⁵¹⁷.

Pese a lo anterior, podemos afirmar que España ha incumplido con sus obligaciones en cuatro ocasiones. El primer incumplimiento se produjo en el año 2002 en la cuenca del río Duero. En esa ocasión España “justificó debidamente su incumplimiento y Portugal declaró estar satisfecho con la justificación presentada”¹⁵¹⁸. El segundo incumplimiento se produjo en el año 2005 en un

¹⁵¹⁵ Objetivo 2.4 que establece: “De aquí a 2030, asegurar la sostenibilidad de los sistemas de producción de alimentos y aplicar prácticas agrícolas resilientes que aumenten la productividad y la producción, contribuyan al mantenimiento de los ecosistemas, fortalezcan la capacidad de adaptación al cambio climático, los fenómenos meteorológicos extremos, las sequías, las inundaciones y otros desastres, y mejoren progresivamente la calidad de la tierra y el suelo”.

¹⁵¹⁶ Francesco SÍNDICO, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵¹⁷ El acta de la XX reunión de la CADIC, que tuvo lugar en noviembre de 2017, no ha sido publicada aún. No obstante, tal y como expresaron la ministra de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, Isabel García Tejerina, y el ministro de Medio Ambiente luso, João Pedro Matos Fernandes, en la rueda de prensa posterior a la reunión, el Convenio estaba siendo cumplido pese a las quejas de numerosas asociaciones ambientalistas que alegaban lo contrario.

¹⁵¹⁸ Amparo SERENO ROSADO, *op. cit.*, p. 139.

periodo de sequía que afectaba a ambos países¹⁵¹⁹. En aquella ocasión, Portugal exigió a España que declarara la existencia de circunstancias excepcionales o que le indemnizara por el incumplimiento de los caudales mínimos que venían establecidos en el Protocolo Adicional al Convenio¹⁵²⁰. Finalmente, España declaró la concurrencia de circunstancias excepcionales y no tuvo que compensar a Portugal por el incumplimiento en el régimen de caudales. Por último, el tercer incumplimiento se produjo en el año 2009 en relación con el río Tajo. Ese año era el primero de aplicación de los nuevos regímenes de caudales introducidos en el año 2008 por el Protocolo de Reforma del Convenio y del Protocolo Adicional motivo por el cual los Estados acordaron determinar que era un periodo transicional y que no debía imponerse una compensación¹⁵²¹.

El incumplimiento más reciente del Convenio data del año 2017, aunque tampoco se llegara a denunciar el incumplimiento de las obligaciones en que incurrió España. El problema se originó como consecuencia de la decisión unilateral de España de construir un almacén de residuos nucleares en la central de Almaraz sin la correspondiente evaluación previa del impacto ambiental transfronterizo. Lo que nos resulta más interesante de este incumplimiento es el modo en el que Portugal lo denunció. En lugar de exigir el cumplimiento de las obligaciones que emanan del Convenio a España o acudir a los mecanismos de solución de controversias del propio Convenio, puso en conocimiento de la Comisión Europea el incumplimiento de la Directiva Marco del Agua¹⁵²². Actuando de este

¹⁵¹⁹ Tal circunstancia obligó a las Partes a constituir en el marco de la V CADC un grupo de trabajo de sequía para hacer frente a tales situaciones.

¹⁵²⁰ Tal petición no se llevó a cabo de manera formal, no obstante, algunos medios de comunicación se hicieron eco de la misma, véase: Rafael MÉNDEZ, “*Portugal reclama a España seis millones de euros por el bajo caudal del Duero*”, El País, 6 de junio de 2005, disponible en internet en: https://elpais.com/diario/2005/06/06/espana/1118008830_850215.html [consultado por última vez el 30/08/2018].

¹⁵²¹ Así se establece en el Acta de la XIII CADC, del año 2010, donde en la página 3 las Partes establecieron: “Se reconoció asimismo que este año debe ser considerado de transición por las ambigüedades que pudieron haber surgido en su interpretación”.

¹⁵²² Portugal recurrió al mecanismo establecido en el artículo 259 TFUE con relación a la Directiva Marco del Agua en lugar de denunciar el incumplimiento de España del Convenio de Albufeira. Se puede entender que tomó esta decisión como medida de presión al involucrar de este modo a la UE y poner así en manos de la Comisión, o del Tribunal de Justicia posteriormente, la posible solución en lugar de recurrir a los mecanismos de arreglo de las controversias contenidos en el Convenio. El artículo 259 establece:

“Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en

modo se garantizaba la posibilidad de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conociera del asunto. Finalmente, esto no fue necesario debido al acuerdo alcanzado entre ambos Estados a instancias del presidente de la Comisión en la cumbre de Malta de 3 de febrero de 2017¹⁵²³.

Lo que estos incumplimientos ponen de relieve es que España siempre ha mostrado cierta preferencia por anteponer su interés nacional al cumplimiento de sus obligaciones internacionales a las que interpretaba en función de aquel, al igual que su compromiso de garantizar el desarrollo sostenible de los recursos hídricos, algo que no puede seguir produciéndose al amparo de la Agenda 2030.

La falta de previsiones para los periodos de sequía y escasez

Algunos estudios señalan que el aumento de las temperaturas puede provocar que en 2090 toda la mitad sur de la península se convierta en una zona desértica¹⁵²⁴. Esta es una realidad que obliga a España y a Portugal a coordinarse para gestionar correctamente los recursos hídricos y a establecer las previsiones necesarias y suficientes para hacer frente a los periodos de sequía y escasez¹⁵²⁵ pues ambos fenómenos son cada vez más frecuentes y se intensificarán como consecuencia del cambio climático. El Convenio de Albufeira no es ajeno a la gravedad de la situación hídrica en la península puesto que recoge en el artículo 19 las obligaciones de España y Portugal en los supuestos de sequía y escasez de

virtud de los Tratados. Antes de que un Estado miembro interponga, contra otro Estado miembro, un recurso fundado en un supuesto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados deberá someter el asunto a la Comisión. La Comisión emitirá un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio. Si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal.”

¹⁵²³ Acuerdo amistoso a propósito del asunto de Almaraz, disponible en internet en: [http://europa.eu/rapid/press-release STATEMENT-17-320_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-320_es.htm) [consultado por última vez el 30/08/2018].

¹⁵²⁴ Joel GUIOT, Wolfgang CRAMER, “Climate change: The 2015 Paris Agreement thresholds and Mediterranean basin ecosystems”, *Science*, octubre de 2016, vol. 354, Issue 6311, pp. 466-467. Disponible en internet en: <http://science.sciencemag.org/content/354/6311/465/tab-pdf> [consultado por última vez el 30/08/2018].

¹⁵²⁵ Los términos “sequía” y “escasez” se refieren a fenómenos independientes, aunque íntimamente relacionados. La sequía es una disminución temporal de la disponibilidad de agua debido a diversos motivos, como puede ser la falta de precipitaciones durante un periodo de tiempo determinado. Por otra parte, el término escasez significa que la demanda de agua supera los recursos hídricos explotables en condiciones sostenibles

recursos, además del régimen de caudales mínimos, con sus excepciones correspondientes, en el Protocolo Adicional.

Tres son las obligaciones que el artículo 19 establece para España y Portugal: coordinar sus actuaciones para prevenir y controlar las situaciones de sequía; establecer mecanismos excepcionales para mitigar los efectos de las mismas; y definir la naturaleza de las excepciones al régimen general. El régimen de caudales está, como se ha indicado *supra*, en el Protocolo Adicional, de modo que se establecen caudales mínimos anuales, trimestrales y semanales a nivel de cuenca hidrográfica y en secciones determinadas donde se encuentran las estaciones de control. Para cada una de las cuencas hidrográficas se prevé la posibilidad de declarar un periodo de excepción en los supuestos de que las precipitaciones de referencia acumuladas desde el inicio del año hidrológico durante el periodo de referencia -sea anual o trimestral- sean inferiores en un porcentaje determinado a la precipitación media acumulada en la cuenca en el mismo periodo inmediatamente anterior. La declaración de concurrencia de circunstancias excepcionales en el régimen de caudales mínimo lleva aparejada una serie de medidas a adoptar por el Estado que declare tal concurrencia, algo que también se establece en la Directiva Marco del Agua.

No obstante, la inclusión de estas previsiones no es suficiente hacer frente a la sequía, íntimamente relacionada con la falta de precipitaciones, y la escasez, derivada de una gestión no sostenible de los recursos hídricos. Este es el motivo por el cual en la XXª reunión plenaria de la Comisión para la Aplicación y Desarrollo del Convenio¹⁵²⁶ ambos Estados han coincidido en la necesidad de tener en cuenta en los trabajos de planificación hidrológica el cambio climático y los efectos que éste tiene sobre los recursos hídricos. Del mismo modo, han encomendado a los Grupos de Trabajo de Información Hidrológica¹⁵²⁷ que impulsen los trabajos de evaluación de las metodologías de cálculo de caudales

¹⁵²⁶ Celebrada en Oporto, el 27 de noviembre de 2017. Aún no está disponible para el público el acta de la reunión. No obstante, sí que existe una nota informativa, disponible en internet en: <http://www.cadc-albufeira.eu/es/actualidad/noticias-din.aspx?tcm=tcm:61-447277-16> (consultado por última vez el 26 de mayo de 2018).

¹⁵²⁷ Junto al Grupo de Trabajo de Planificación Hidrológica ha asumido las funciones del extinto Grupo de Trabajo sobre Régimen de Caudales, Sequías y Situaciones de Emergencia.

y de acceso a los datos de caudal y precipitación, en tiempo real. Todas estas son medidas destinadas a anticiparse a las situaciones de escasez, cada vez más frecuentes en las cuencas hidrográficas compartidas. Sin embargo, será necesario establecer obligaciones concretas para mejorar la gestión de los recursos hídricos de las cuencas hidrográficas internacionales de modo que se reduzca drásticamente el riesgo de escasez.

El trasvase Tajo-Segura

El trasvase Tajo-Segura se produce desde la cabecera del río Tajo, concretamente desde los embalses de Entrepeñas y Buendía. Cuando se planteó, las cantidades de agua cuyo trasvase estaba previsto eran las denominadas como excedentarias y no suponían más de un 40% por ciento de las aportaciones naturales a ambos embalses. Sin embargo, las aportaciones durante los últimos treinta años se han reducido a la mitad, lo que implica que las cantidades a trasvasar suponen, en algunas ocasiones, hasta el 80% de las aportaciones de los embalses¹⁵²⁸. Este fenómeno, unido a la sobreexplotación en el tramo medio y la eutrofización¹⁵²⁹ en el tramo final ha provocado que se ponga en riesgo la sostenibilidad de los recursos hídricos y ecosistemas dependientes del río Tajo.

Los problemas que plantea el trasvase requieren de diferentes soluciones. En primer lugar, es necesario llevar a cabo una mejor gestión de los recursos hídricos en la cuenca receptora. El problema de la escasez en la cuenca del Segura no se soluciona simplemente con el trasvase de recursos hídricos. Éste no ha contribuido a mejorar la situación, sino a un crecimiento descontrolado de la actividad agrícola y turística que ha aumentado las necesidades en la cuenca receptora. Como al mismo tiempo los habitantes de la cuenca cedente han visto cómo se reducían las aportaciones naturales a la cabecera, se han agudizado las diferencias regionales. En segundo lugar, hay que adaptar la regulación a las

¹⁵²⁸ Confederación hidrográfica del Tajo, *Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Tajo. Memoria*, Madrid, 2015, p. 32. Disponible en internet en: http://www.chtajo.es/LaCuenca/Planes/PlanHidrologico/Planif_2015-2021/Documents/PlanTajo/PHT2015-DB-Memoria.pdf [consultado por última vez el 01/09/2018].

¹⁵²⁹ La eutrofización es consecuencia de la contaminación de las aguas de los ríos y embalses. El exceso de nutrientes provoca la proliferación de vegetación y otros organismos que agotan el oxígeno del agua y acaban con toda forma de vida que pueda albergar.

nuevas circunstancias impuestas por el cambio climático y el aumento de las temperaturas. Si se han reducido las aportaciones naturales a la cabeza del río Tajo como consecuencia del cambio climático y las sequías son cada vez más frecuente es necesario que la regulación se adapte para reducir el límite máximo de cantidades a trasvasar y para obligar a una mejor y más eficiente gestión en la cuenca receptora. En tercer lugar, sería interesante realizar, al amparo de la Directiva Marco del Agua, planes hidrológicos conjuntos entre España y Portugal, logrando así que los intereses de España no se puedan anteponer a la gestión integral y sostenible de los recursos hídricos.

Conclusiones

El Convenio de Albufeira demuestra las ventajas que unas relaciones bilaterales sanas y duraderas pueden tener para la cooperación transfronteriza en la gestión de los recursos hídricos compartidos. Este acuerdo bilateral no hubiera sido posible de no ser por las relaciones de vecindad existentes y el rol que desempeñó la Unión Europea a través de la Directiva Marco del Agua. La inclusión de la protección del medio ambiente como objetivo del Convenio permite que afirmemos que éste diseña un sistema de gestión integrada de los recursos hídricos. Por ello, se alinea, pese a ser anterior en el tiempo, con el marco normativo establecido en el Objetivo de Desarrollo del Milenio 6. Simplemente son necesarias algunas modificaciones del contenido para asegurar que la alineación con la Agenda 2030 es completa.

Las sombras del Convenio no se relacionan, a excepción de la necesaria mejora de las previsiones para los periodos de sequía y escasez, con el contenido de éste. Más bien son problemas consecuencia del incumplimiento por parte de los Estados, concretamente de España. La solución pasa por un cambio de paradigma, de modo que la gestión de los recursos hídricos deje de afrontarse desde el ámbito exclusivamente interno para dar lugar a la introducción del paradigma de la sostenibilidad en la toma de decisiones políticas y normativas. Sólo una visión a largo plazo y la plena adhesión y convicción con el hecho de que la gestión sostenible es la única solución para poner fin o limitar los efectos

de los fenómenos de la sequía y la escasez permitirá que el comportamiento estatal se alinee y ajuste plenamente a las obligaciones internacionales. Pese a los aspectos mejorables, el balance tras estos veinte años desde su adopción es bastante positivo; por tanto, con más luces que sombras.

Bibliografía

BARREIRA, A. "La gestión de las cuencas hispano-portuguesas: El Convenio de Albufeira", Panel Científico-Técnico de seguimiento de la política de aguas, Fundación Nueva Cultura del Agua, 2008. Pp. 1-25.

CENTRO DE ESTUDIOS HIDROGRÁFICOS (CEH), Libro Blanco del Agua *en España*, documento de síntesis, Ministerio de Fomento, 2000, p. 28. Disponible en internet en: http://www.mapama.gob.es/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/sintesis_tcm30-77435.pdf

CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, *Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Tajo. Memoria*, Madrid, 2015. Disponible en internet en: http://www.chtajo.es/LaCuenca/Planes/PlanHidrologico/Planif_2015-2021/Documents/PlanTajo/PHT2015-DB-Memoria.pdf

DELGADO PIQUERAS, F. "La gestión de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas: el Convenio de Albufeira de 1998", *Revista de Administración Pública*, no. 158, 2002. Pp. 301-323.

GUIOT, J., CRAMER, W., "Climate change: The 2015 Paris Agreement thresholds and Mediterranean basin ecosystems", *Science*, vol. 354, Issue 6311, 2016. Pp. 465-468.

SERENO ROSADO, A. *Ríos que nos separan, aguas que nos unen: análisis jurídico de los Convenios Hispano-Lusos sobre aguas internacionales*, Fundación Lex Nova, Valladolid, 2011.

SÍNDICO, F. "Transboundary Water Cooperation and the Sustainable Development Goals", UNESCO-IHP Advocacy Paper, Paris, 2016. Pp. 1-40.

Inviolabilidad del domicilio y contaminación acústica: Novedosa interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

M^a Carmen Hernández González

Doctoranda

Universidad de Murcia

Las grandes aglomeraciones humanas de las modernas ciudades han hecho proliferar los ruidos y las molestias debidas a ellos en el ámbito urbano. Tal circunstancia, unida a la existencia de multitud de focos emisores de ruido producido por las actividades antrópicas y la aparición de fenómenos de contaminación acústica debida a las actividades de ocio, han dado lugar a la necesidad de tratar de compatibilizar la actividad industrial, turística, de transporte, hostelera y comercial, con el descanso y tranquilidad de las personas que residen en las proximidades de dichas actividades.

El “ruido ambiental” entendido como el sonido exterior no deseado o nocivo generado por las actividades humanas (según la definición dada por la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2002 sobre evaluación y gestión del ruido ambiental), también constituye, en palabras de la Organización Mundial de la Salud, un factor de riesgo para la salud humana, y destaca que, efectos perjudiciales para la salud producidos por el ruido ambiental, están en conexión con problemas de audición, efectos fisiológicos, inteligibilidad lingüística o interferencias en la comprensión del habla, trastornos del sueño, efectos sobre la salud mental, efectos perjudiciales en el rendimiento y en los comportamientos sociales.

Por ello, en los últimos tiempos se ha elaborado una doctrina sobre “el derecho a vivir en paz” (STS 431/2003, de 29 de abril), que es una correspondencia del principio jurídico anglosajón de “privacy” donde impera la máxima “my home is my castle”, considerando que la contaminación acústica

puede dañar o poner en peligro el derecho de las personas a no ser molestado o perturbado, disfrutando en su ámbito más íntimo de paz y tranquilidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Sentencias como las de los casos *López Ostra v. España* y *Hatton y otros v. Reino Unido*, haciendo una interpretación del art. 8.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, considera que las inmisiones sonoras nocivas que afectan a las personas en su hogar vulneran su derecho fundamental a la vida privada y familiar e inviolabilidad del domicilio y establece los requisitos necesarios para que se entienda que se produce dicha vulneración.

De este modo ha sido el TEDH, el que con sus sentencias en los casos: 1990/4, *Powell y Rayner v. el Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990 (por ruido excesivo debido al tráfico diurno en un aeropuerto cercano a sus hogares); 1994/3, *López Ostra v. España*, de 9 de diciembre de 1994 (por existencia de planta depuradora cercana con emisiones de olores, humos y ruidos que afectan a la salud de los afectados y hacen necesario el cambio de domicilio); 1998/2, *Guerra y otras v. Italia*, de 19 de febrero de 1998 (fábrica química con actividad industrial peligrosa para el medio ambiente cercana a residencias); y 2001/567, *Hatton y otros v. el Reino Unido*, de 2 de octubre de 2001 (ruido por tráfico aéreo nocturno en viviendas cercanas que afectan al sueño y por tanto ocasionan problemas de salud), ha ido estableciendo una línea jurisprudencial que pone en conexión el ruido excesivo con la violación de los derechos fundamentales, a través de su interpretación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El Tribunal de Estrasburgo reconoce que el Convenio no hace una referencia explícita a un derecho a un medio ambiente limpio y tranquilo, pero cuando un individuo se ve directa y gravemente afectado por el ruido u otro tipo de contaminación es posible abordar el problema a la luz del art. 8 (véase, *Hatton y otros v. Reino Unido*). Así pues, considera que la inexistencia de un reconocimiento expreso del derecho a un medio ambiente sano y tranquilo, no impide que se puedan analizar caso por caso las agresiones o injerencias contaminantes, (entre ellas las debidas a ruidos excesivos), para valorar si suponen una violación de los derechos a la vida privada y familiar y al domicilio, protegidos por el citado art.

8, entendidos tales derechos de forma amplia y adaptada a los problemas de la sociedad moderna. En este sentido, se contemplan no sólo las vulneraciones materiales o corporales, sino también las inmateriales o incorporales, tales como ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias” (vid. *Moreno Gómez v. España*). De este modo, el TEDH no ha admitido la existencia de un derecho autónomo a la protección del medio ambiente (considerado más como un interés público o general), sino que considera que el Convenio contiene en esencia derechos subjetivos, y por tanto no confiere una “acción pública” para exigir el cumplimiento de la legalidad en interés de la colectividad, sino que únicamente protege a quienes son víctimas de violaciones de los derechos en él recogidos.

Además es reiterada la alusión del TEDH a que los derechos recogidos en el Convenio de Roma deben ser “concretos y efectivos” y “no teóricos o ilusorios”, por lo que los poderes públicos están obligados a adoptar las medidas positivas necesarias para garantizarlos, y en caso contrario pueden ser los mismos poderes públicos los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por su abstención, tolerancia o pasividad, en cuanto a la adopción de las medidas necesarias para asegurar su contenido.

Asimismo, el Alto Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado ampliamente la doctrina de las obligaciones positivas, de tal modo que los poderes públicos no se encuentran sometidos únicamente a la obligación de no injerencia arbitraria en los derechos individuales, sino que en aras de la aplicación del principio de efectividad, el TEDH ha mantenido que en ocasiones puede existir la obligación de actuar de una determinada forma. En una primera fase el TEDH aplicaba muy pocas obligaciones positivas para los poderes públicos, pero desde los años setenta, de la mano de la aplicación del art. 8 de Convenio, proliferaron las sentencias que imponían a los poderes públicos obligaciones de actuar adoptando medidas razonables y adecuadas para la protección de los derechos garantizados en el CEDH.

En este sentido, particularmente en relación a la contaminación acústica, el TEDH contempló por primera vez una obligación positiva a partir del artículo 8 del Convenio en la sentencia *Powell y Rayner v. Reino Unido*, de 21 de febrero de

1990, reconociendo el deber del Estado de proteger a sus ciudadanos frente a las inmisiones acústicas contaminantes, aunque finalmente la demanda fue desestimada. Más tarde en el caso *López Ostra v. España*, de 9 de diciembre de 1994, recayó sentencia estimatoria de la demanda por la pasividad del Ayuntamiento de Lorca (Murcia) frente a las emanaciones de una depuradora de residuos próxima a la vivienda de la demandante, sucediéndose a partir de este momento las resoluciones que resaltan la obligación de los poderes públicos de obligaciones positivas frente a injerencias privadas en materia ambiental. Otros ejemplos de exigencia de obligaciones positivas, lo constituyen la sentencia en el caso *Guerra v. Italia*, de 19 de febrero de 1998, en el que se condenó a las autoridades italianas por su pasividad en informar a la población sobre los riesgos que corría residiendo junto a una peligrosa fábrica de fertilizantes, y la sentencia *Oluic v. Croacia*, de 20 de mayo de 2010, el que se condena al Estado por su pasividad en actuar contra los ruidos procedentes de un bar que ocupaba parte de la vivienda de la recurrente.

Otro aspecto importante de la jurisprudencia del TEDH en relación con la aplicación del art. 8 de Convenio, viene constituida por la amplitud del bien jurídico protegido por dicho precepto. El apartado primero del referido artículo reconoce a toda persona el derecho al “respeto de su vida privada y familiar” y “de su domicilio”, y el Alto Tribunal interpreta tales derechos en conexión con el concepto de “calidad de vida”. Así pues para apreciar que se vulneran los derechos del art. 8.1 del Convenio, según el TEDH no es preciso que se ponga en grave peligro la salud de las personas, sino que basta con que se vea afectada la calidad de vida ambiental en la esfera privada, concretamente en el domicilio, por perturbar el medio ambiente adecuado en dicho entorno familiar. El Tribunal en su jurisprudencia ha ampliado el concepto del objeto jurídico protegido en el aludido precepto, llegando a identificarlo con el “derecho a desarrollar una vida familiar normal” o el derecho al “libre desarrollo de la personalidad”. El derecho al domicilio, en palabras del Tribunal de Estrasburgo, se concibe “no solamente como el derecho a un simple espacio físico, sino también como el aprovechamiento, en toda tranquilidad del citado espacio”. No obstante la enorme discrecionalidad que ha aplicado el TEDH para apreciar una vulneración

del derecho a la vida privada familiar y al domicilio, al conectarla con el laxo concepto de “calidad de vida ambiental”, también es cierto que el Alto Tribunal ha dictado sentencias estimatorias, normalmente cuando se daba un previo incumplimiento de la legalidad ordinaria por parte de las autoridades públicas, no siendo estimadas las pretensiones que no tuvieran como origen la inobservancia de algún aspecto de la normativa nacional aplicable al caso, por lo que en cierto modo tal circunstancia supone poner coto a la libre aplicación del concepto indeterminado de “calidad de vida ambiental”.

La sentencia del TEDH de 16 de noviembre de 2004 en el caso *Moreno Gómez v. España*, resultó uno de los hitos más importantes en la protección de los derechos tutelados por el art. 8 del Convenio frente al ruido excesivo. Los hechos que dieron lugar al fallo tuvieron su origen en el ruido que sufría la recurrente en su domicilio sito en el Barrio de San José de Valencia, que había sido declarado zona acústicamente saturada por el propio Ayuntamiento por la cantidad de locales de ocio existentes en la zona, incluida una discoteca en el bajo del edificio donde residía la Sra. Moreno. Con carácter previo, la recurrente reclamó al Ayuntamiento la indemnización correspondiente al abono de los gastos por el aislamiento especial que instaló en sus ventanas. Ante el silencio negativo del Ayuntamiento interpuso en primera instancia demanda contencioso-administrativa que fue desestimada, y confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Posteriormente formuló recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar violados sus derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio, debido a la inactividad de los poderes públicos locales. El Pleno del TC español, en sentencia 119/2001, de 24 de mayo, denegó el amparo a la recurrente por considerar insuficientemente acreditada la relación directa entre el ruido en el interior del domicilio, su intensidad y la lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aducidos por la demandante e imputables al Ayuntamiento de Valencia. El TEDH critica en su resolución que el TC exigiese a la recurrente la prueba del daño en el interior del domicilio mediante mediciones en el mismo que probaran la gravedad de la contaminación acústica padecida para amparar el derecho, ya que considera que sólo se debe exigir la

conexión de la vivienda con un ámbito de ruido excesivo en el entorno vial, lo cual está debidamente acreditado esencialmente por ser el propio Ayuntamiento el que declaró como “zona acústicamente saturada”, el área en la que se encuentra su domicilio. De este modo, el TEDH consideró que si existían pruebas objetivas proporcionadas por las autoridades públicas de la superación legal de los niveles de contaminación acústica en la zona urbana en la que se situaba el domicilio de la víctima, ésta no estaba obligada a aportar una prueba individualizada de tal nivel de ruido en interior de la vivienda, de tal modo que dio la razón a la Sra. Moreno Gómez y condenó a España por la vulneración del art. 8 del CEDH.

En la sentencia del caso de *Oluic v. Croacia*, de 20 de mayo de 2010, que tuvo su origen en las molestias de ruido producido por un bar sito en el edificio de la demandante, abierto desde las siete de la mañana hasta las doce de la medianoche, que no adoptó medidas de insonorización suficientes a pesar de los requerimientos de la administración croata, el Tribunal considera que hubo una violación del derecho al respeto de su domicilio y su vida privada regulado en el art. 8 del CEDH y condena a Croacia por no haber adoptado las medidas suficientes para garantizar el citado derecho, dado que la inspección sanitaria cerró el expediente concluyendo que el nivel de ruido emitido por el bar ya no era excesivo. El Tribunal de Estrasburgo basa su decisión en que los informes de los expertos revelaron que el nivel de ruidos que sufría la demandante y su familia en su domicilio era superior al permitido por la legislación interna, la normativa internacional y la de la mayor parte de los países europeos, además tenía informes médicos en los que se indicaba que la hija de la demandante no debía estar expuesta al ruido, y que la demandante tuvo que soportar las molestias sonoras durante muchos años (cerca de unos ocho años), tanto de día como de noche.

Otra resolución, también recaída en el año 2010 referida a la contaminación acústica, tuvo en cuenta un problema asociado al ruido en la actualidad consistente en la aglomeración de jóvenes en parques y puertas de locales de ocio nocturno. Se trata de la Sentencia del caso *Mileva y otros v. Bulgaria*, de 25 de noviembre de 2010 por molestias producidas por un club de ordenadores que

estaba abierto 24 horas todos los días de la semana, sin licencia y que congregaba un gran número de jóvenes tanto dentro como fuera del local. En este caso, estimó que se daba una violación del derecho de los vecinos al respeto a su vida privada y familiar, ya que las autoridades adoptaron una actitud pasiva ante las quejas de los vecinos frente a un local que funcionaba sin licencia. Aunque en el referido caso también se demandó a una oficina y un club de juegos electrónicos, respecto a ellos no se consideró que el ruido producido fuera suficiente para la aplicación del art. 8 de CEDH, ya que los demandantes no presentaron pruebas que demostraran que el nivel de ruido fuera superior a los niveles aceptables o usuales para ese tipo de lugares. En cambio, sí consideró que se había producido una violación del art. 8 del CEDH en relación con el club de ordenadores, porque estimaba que se había probado que funcionaba en horario continuado y que sus clientes hacía mucho ruido causando molestias, tanto fuera como dentro del edificio, afectando al domicilio y vidas privadas de los demandantes, sin que las autoridades hubiesen hecho lo suficiente para proteger el bienestar de los vecinos en sus hogares. Sin embargo, en este supuesto el Tribunal no fundamentó su resolución en mediciones sonométricas que probaran el nivel de ruido, ni en informes médicos sobre el daño que las molestias causaban en la salud de los vecinos, sino que tomó en consideración el aforo del local (en el que había unos 50 ordenadores) y su horario (24 horas) para presumir que el nivel de ruido sería elevado y se ocasionarían molestias de gravedad a los vecinos.

En el supuesto de molestias de ruido ocasionado por el tráfico, en la sentencia de 9 de noviembre de 2010 recaída en el caso *Deés v. Hungría*, el TEDH considera que el demandante ha estado expuesto a un nivel de ruido excesivo durante un largo periodo de tiempo por el alto y grave nivel de ruido de la calle en la que vivía, producido por el tráfico y que le ha impedido el goce pacífico de su domicilio y de su vida privada. En este supuesto la carretera situada debajo de la casa del demandante producía ruidos y vibraciones por la intensidad del tráfico que pasaba por ella para evitar el peaje de una autopista cercana, y aunque la Administración realizó una serie de actuaciones para mitigar las molestias, éstas no fueron suficientes, a juicio del Tribunal. En el presente caso el TEDH recuerda que el Convenio en su art. 8 protege el derecho de los individuos no sólo a un

espacio físico que constituye su domicilio, sino también al goce pacífico del mismo y la protección contra los ruidos y olores, siempre desde una perspectiva razonable. Aunque tiene en cuenta la complejidad de la actuación que se exige a la Administración en los casos de molestias debidas a las infraestructuras y la necesidad de que exista un justo equilibrio entre los intereses de los usuarios de las mismas y los vecinos afectados, considera que las autoridades no han adoptado las medidas suficientes para garantizar el derecho del art. 8 del CEDH.

En enero de 2018 el Tribunal de Estrasburgo en el asunto *Cuenca Zarzoso v. España*, revalida su interpretación del art. 8 de la Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, entendiendo que sería demasiado formalista requerir al perjudicado la prueba del ruido excesivo en el interior de su vivienda para demostrar el nexo de causalidad, y declara el incumplimiento de la Administración por inactividad al no cumplir con su deber positivo de tomar medidas efectivas para asegurar los derechos efectivos, y “no teóricos”, del citado art. 8.1 CEDH.

La sentencia del TEDH en la demanda 23383/12 de 16 de enero de 2018 en el asunto *Cuenca Zarzoso v. España*, tiene como antecedentes de hecho los problemas por ruido procedentes de la concentración de locales de ocio en el barrio residencial de San José de Valencia, que ya en el año 1983 propiciaron que el propio Ayuntamiento de la ciudad adoptara la resolución de no autorizar más establecimientos en la zona. Dicho pronunciamiento nunca se hizo efectivo, y un estudio universitario encargado por el consistorio valenciano en 1993 constató que los niveles de ruido nocturno en la zona eran visiblemente superiores a los autorizados reglamentariamente. El demandante, como Presidente de la Asociación de Vecinos del Barrio de San José interpuso varias demandas en el Ayuntamiento contra las licencias otorgadas en el barrio. En 1996 el Ayuntamiento de Valencia aprobó la Ordenanza Municipal de Ruidos y Vibraciones y declaró el barrio como zona acústicamente saturada. Como los ruidos no disminuían, el demandante instaló doble acristalamiento en sus ventanas y aparatos de aire acondicionado, y presentó reclamación por responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento en base a los artículos 15 (derecho a la vida) y 18.2 (derecho a la inviolabilidad del domicilio) de la

Constitución, solicitando indemnización por los daños materiales y morales ocasionados. Desestimada por silencio administrativo la reclamación, interpuso demanda, a la que se acompañaban los informes médicos y periciales sonométricos, ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, al que se acumuló la denegación posterior de la reclamación por el Consistorio. El TSJ de Valencia desestimó la demanda por entender que no existía nexo causal entre la contaminación acústica y el supuesto daño causado al demandante, ya que no había quedado probado que en el interior del domicilio la contaminación acústica superase los límites establecidos. El demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue inicialmente desestimado, pero a raíz de la sentencia del TEDH de 16 de noviembre de 2004 en el asunto *Moreno Gómez v. España*, el Ministerio Fiscal interpuso recurso contra la decisión del Tribunal para la admisión del amparo por entender que ambos casos eran análogos, tanto respecto a los hechos como en cuanto al objeto y al fondo. Por sentencia de 29 de septiembre de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo alegando que los casos no eran idénticos, que el demandante no había probado que el ruido superaba el nivel permitido en su domicilio, que el Ayuntamiento había adoptado medidas concretas para reducir la contaminación acústica en el vecindario del demandante y que no había quedado probado que sus problemas de salud fuesen directamente provocados por la contaminación acústica. La resolución del TC no se adoptó por unanimidad, sino que hubo tres votos discrepantes que consideraban que se debía de aplicar la jurisprudencia del TEDH sobre la violación del derecho a la vida privada y familiar, y que la exposición continuada a niveles acústicos considerados eludibles e insoportables merecen la protección de los tribunales, teniendo en cuenta que impedía al demandante mantener una vida normal. En este sentido, los tres Magistrados discrepantes consideraban que lo determinante para considerar que se vulneraban tales derechos no dependía de las pruebas aportadas por el demandante sobre la gravedad de la contaminación acústica dentro de su hogar, sino que el elemento decisivo era la situación del domicilio en una zona excesivamente ruidosa, por lo que sería suficiente con que el demandante

probase el excesivo nivel acústico en el exterior, que además según los informes médicos aportados afectaban a la salud del demandante.

El TEDH en las alegaciones sobre el fondo de asunto, realizando continuas alusiones a los fundamentos de la resolución del caso *Moreno Gómez*, remarca los siguientes aspectos:

-La demanda no se refiere a la injerencia por parte de las autoridades públicas con el derecho al respeto al domicilio, sino que trata del incumplimiento en acabar con las infracciones producidas por terceros del derecho invocado por el demandante.

-Partiendo de que el demandante reside en una zona expuesta sin duda a molestias nocturnas, que le afectan en su vida diaria, sobre todo los fines de semana, se debe determinar si las molestias causadas por ruido han alcanzado el nivel mínimo de gravedad requerido para suponer la vulneración del art. 8.

-El Ayuntamiento era plenamente consciente de que el volumen de ruido en este vecindario en concreto superaba los niveles permitidos, ya que lo había declarado como zona acústicamente saturada, lo cual suponía que los residentes estaban expuestos a elevados niveles acústicos que les provocaban molestias graves, continuando la situación después durante años.

-Coincide con los votos discrepantes del TC en que el informe pericial requerido por el Alto Tribunal declaró que existía una relación de causalidad entre el nivel de ruido nocturno y la alteración fisiológica del sueño del demandante y de su familia, así como del síndrome ansioso-depresivo.

-Considera que sería excesivamente formalista, dadas las circunstancias del caso, que se requiriese al demandante para que aportase pruebas respecto al ruido sufrido en su piso, siendo una zona acústicamente saturada, por lo que resulta innecesario para probar la relación de causalidad en este extremo.

-En relación con la reclamación del demandante en concepto de daños materiales (por los gastos ocasionados por la instalación de doble acristalamiento en las ventanas, y aire acondicionado debido al calor excesivo por tener las ventanas cerradas y otros gastos auxiliares a tales instalaciones) y daños morales

(por la falta de sueño y angustia sufridos, así como el impacto en su salud acreditada por informes médicos), el Tribunal de Estrasburgo conviene en que no es una solicitud abusiva ni desproporcionada, y que deben satisfacerse porque hay un vínculo de causalidad entre tales daños y la vulneración del Convenio, que debe ser compensado, fijando su cuantía en 7.000 euros.

- Aunque la entidad local tomó medidas de carácter general (aprobación de una Ordenanza de ruido y declaración de zona acústicamente saturada) y más concretas, como la orden de instalar un limitador sonoro en el pub situado en la planta baja del domicilio del demandante, tales medidas (que pudieran parecer en principio apropiadas), a juicio del TEDH fueron totalmente insuficientes para proteger los derechos del afectado, reiterando que la existencia de un procedimiento sancionador no es suficiente si no se aplica de manera eficaz y oportuna.

La decisión del TEDH de no exigir la prueba del nivel de ruido en el interior de la vivienda del afectado por entender que era excesivamente formalista, máxime en casos como éste en los que se ha probado la existencia de una elevada contaminación acústica en la zona producida por los locales de ocio durante un largo periodo de tiempo (hasta 24 años han transcurrido desde el inicio de las molestias), es sin duda un importante triunfo en la lucha de las víctimas de ruidos porque se protejan sus derechos a desarrollar libremente su vida privada en el entorno familiar libre de injerencias acústicas indeseadas y molestas. La sentencia viene a reforzar las posiciones en defensa de los derechos a la intimidad familiar y personal que llevan demandando desde muy largo plazo las personas afectadas por la contaminación acústica consustancial al desarrollo de las más diversas actividades en las modernas urbes.

Supone pues derribar los obstáculos o barreras que pueden encontrarse las víctimas de contaminación acústica para probar la incidencia e intensidad de las injerencias sonoras en el desenvolvimiento de su vida diaria, y el nexo de causalidad entre la exposición continuada y duradera a elevados niveles de ruido y la violación de su derecho a “vivir en paz” en su domicilio, mediante la inversión de la carga de la prueba.

No obstante, la aplicación práctica de los fundamentos en que se basa el fallo del TEDH no está exenta de dudas y problemas que se plantean para los poderes públicos (muy especialmente en el ámbito local) que, como hemos visto “ut supra” tienen la obligación positiva de ser garantes de los derechos de sus ciudadanos a tener una vida privada y familiar en un ambiente acústico adecuado, siendo tales derechos no sólo “teóricos” o “ilusorios”, sino plenamente exigibles y reales.

Aunque la propia resolución habla de que hay que estudiar pormenorizadamente cada asunto para determinar si se producen en el caso concreto los requisitos necesarios para que se considere que se ha producido una vulneración de los derechos consagrados en el art. 8.1 de la Convención de Roma, con lo que parece que se intenta por parte del TEDH impedir la aplicación indiscriminada y general de los presupuestos del fallo a todos los supuestos de contaminación acústica, sin embargo su fallo supone una puerta abierta a su utilización como presupuesto y fundamento de un sinfín de demandas exigiendo responsabilidades patrimoniales a las entidades locales por parte de los vecinos que residan en zonas con problemas acústicos, sobre todo cuando han sido declarados formalmente como zonas de protección acústica especial por lo elevados niveles de ruido que se producen en las mismas. En ese caso, las Administraciones, sobre todo las locales, se verían desbordadas e incapaces sus arcas de asumir las consecuencias económicas de tales reclamaciones.

Por todo lado, hay que resaltar en la resolución aludida, la elevación del nivel de exigencia hacia los poderes públicos por parte del TEDH, que ha pasado desde una primera interdicción de injerencias que perturben los derechos a la vida privada y familiar de los afectados, pasando por una obligación activa de protección de tales derechos incluso frente a la actuación privada de terceros, a este último estadio en el que se habla de que no sólo deben adoptarse medidas positivas, sino que las mismas deben ser suficientes y eficaces para la protección real, práctica y efectiva de los derechos en cuestión. Un alto nivel de exigencia este último que puede, por un lado disuadir a los poderes públicos de adoptar medidas normativas frente a los ruidos y muy especialmente de declaración de zonas acústicamente saturadas, a fin de evitar que posteriormente los residentes

en las zonas afectadas reclamen en masa el cumplimiento efectivo de las mismas y, en caso de que éste no se produzca, la exigencia de responsabilidad patrimonial por el incumplimiento; y por otro lado, puede poner contra las cuerdas a las Administraciones que se ven imposibilitadas para solucionar de forma satisfactoria problemas de contaminación acústica de las ciudades actuales en los que resulta harto difícil, por la complejidad de los fenómenos que encierran, la adopción de medidas eficaces y reales para la protección de los derechos a una vida privada y familiar de calidad medioambiental. Pensemos, a modo de ejemplo en los ruidos producidos por las aglomeraciones de personas en las calles céntricas de las ciudades por motivos de ocio nocturno, lo que vulgarmente se conoce como “botellón”, o en el ruido de grandes infraestructuras viarias, ferroviarias o aéreas necesarias para que el desarrollo de la actividad comercial y económica de las poblaciones, pero que la contaminación acústica que producen, aunque puede ser mitigada por medidas limitativas o de protección, aún no se pueden eliminar completamente. En tales supuestos habría que estudiar cuál sería el nivel de exigencia de actuación de los poderes públicos para encontrar “el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y el de la sociedad en su conjunto” (Vid. *Moreno Gómez v. España*).

Otra dificultad que tiene el fallo de la sentencia del TEDH consiste en el problema de su aplicación en España por la doctrina discrepante del Tribunal Constitucional español en la apreciación de la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 y 2 de la Constitución Española de 1978 en relación con la contaminación acústica. Partiendo de la premisa de que el TC está obligado en virtud del art. 10.2 de la Constitución, a interpretar las normas sobre derechos fundamentales y libertades de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, sin embargo, como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional en el caso *Moreno Gómez v. España* no admitió la demanda de amparo, y en el caso *Cuenca Zarzoso v. España*, el recurso de amparo fue inadmitido en un primer momento y posteriormente admitido por recurso del Ministerio Fiscal que apreciaba analogía entre ambos asuntos, siendo finalmente desestimado. La Sentencia del Tribunal Constitucional 150/2011, de 29 de

septiembre, consideró que entre ambos casos no existía relación de analogía, y fundamentó la desestimación del recurso en que no había quedado acreditado por ningún indicio ni medio la existencia, nivel y repercusión del ruido externo en el interior del domicilio, ya que éstos puede variar en función de las condiciones constructivas de cada vivienda. Además consideró que no se ha acreditado el nexo causal entre la alegada afectación a su salud y derecho a su vida privada y familiar por parte del demandado y la actuación activa o pasiva de los poderes públicos. Está pues por verificar si a la luz de esta nueva sentencia del TEDH en el caso *Cuenca Zarzoso v. España*, el Tribunal Constitucional español está dispuesto a modificar, para adecuarse a dicha jurisprudencia, la doctrina discrepante que ha mantenido hasta el momento presente.

A modo de conclusión, hay que señalar que a pesar de los problemas y dudas que plantea la, en ocasiones, errática jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de las personas a llevar una vida privada y familiar en su domicilio, exenta de injerencias contaminantes por ruidos, resulta esperanzadora la tendencia de la doctrina del Alto Tribunal a hacer realidad el “sueño” de muchas víctimas de contaminación acústica de poder respirar tranquilidad en su entorno domiciliario más íntimo, como “islas de paz” ajenas a las estridencias de las ciudades actuales.

Referencias

1. ALENZA, JF, (2013). *El Derecho contra el ruido*. Madrid, España: Librería La Jurídica SL
2. GARCIA, N. (2012). Contaminación acústica y derechos fundamentales. Protección y discrepancias en su tutela judicial. *Foro, Nueva época*, 15 (1), 109-134.
3. SIMON, F (2016). La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo. *Revista Persona y Derecho*, 63, 87-110.
4. WORLD HEALTH ORGANIZATION, Guidelines for Community Noise (<http://who.int/pbd/deafness/activities/MLS/en>)

Menores extranjeros no acompañados: Situación actual, instrumentos jurídicos, necesidades y soluciones

Siham Zebda¹⁵³⁰

Universidad de Cádiz

1. INTRODUCCIÓN

Hasta la fecha actual en España se encuentran más de 10.000 Menores extranjeros no acompañados (MENAS) tutelados, más de 4000 de ellos están en Andalucía, son los últimos datos facilitados por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social en septiembre de este año. Los datos relativos a los Menores Extranjeros no Acompañados, siempre fueron inexactos, hasta este septiembre, tras la reunión de ese ministerio con las Comunidades Autónomas, tras el aumento disparatado de la llegada de los MENAS.

No obstante, ese fenómeno no ha parado de crecer desde que dio sus comienzos en 1996, pero siempre se trató como un fenómeno puntual con un principio y un fin, por eso, no se ha establecido nunca una política bien eficaz para este colectivo, siempre se ha atendido más a una necesidad de control de flujos migratorios que a la protección del menor no acompañado, primando en esos casos su condición de extranjero sobre la de su minoría de edad y su situación de desamparo, aunque esta cuestión es contraria a lo que está establecido en la normativa nacional, en la constitución española y en la Convención sobre los Derechos del Niño que ratificó España en 1989 que exige el trato de los menores extranjeros no acompañados en las mismas condiciones que los nacionales.

¹⁵³⁰ El presente trabajo forma parte de las líneas de trabajo del Grupo de Investigación «Centro de Estudios Internacionales y Europeos del Área del Estrecho» -SEJ 572-, del Plan Andaluz de Investigación, del que es Investigador Responsable el Dr. Alejandro del Valle Gálvez, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz. Igual forma parte del Proyecto I+D+I “España, Seguridad y Fronteras Exteriores Europeas en el Área del Estrecho” del Ministerio de Economía y Competitividad, con referencia DER2015-68174-R. con IP Alejandro del Valle Gálvez y Inmaculada González García de la Universidad de Cádiz.

A comienzos del siglo XXI el aumento del número de llegadas y su disparate en los últimos años, ha puesto a este colectivo en el foco de los medios de comunicación, de los políticos y del Gobierno y justo últimamente, se ha demostrado interés por este colectivo tras las incesables denuncias de las ONGs que trabajan con estos menores.

Pero aun así, la situación sigue tan dramática desde la detección del menor hasta su salida del centro tras el cumplimiento de la mayoría de edad.

2. Instrumentos jurídicos

Antes de ver los instrumentos jurídicos relacionados con los menores extranjeros no acompañados es necesario definir el estatuto de los MENA: el artículo 1 de su Resolución del Consejo de la Unión Europea del 26 de julio de 1997 y del que se basa en general el Estado español, define a los Menores Extranjeros No Acompañados como: “ todos los nacionales de países terceros menores de 18 años que entran en el territorio de los Estados miembros sin estar acompañados de un adulto que sea responsable de ellos por la ley o el hábito, y mientras no estén efectivamente bajo cargo de tal persona (...) (así como) menores nacionales de países terceros que fueron dejados solos después de entrar en el territorio del Estado miembro”¹⁵³¹

A raíz de esta definición y según la normativa nacional e internacional, los menores extranjeros no acompañados tienen derecho a la protección del Estado español en las mismas condiciones que los menores españoles.

Esto está recogido en la Constitución española que determinó un nuevo marco jurídico y político de la protección de la infancia¹⁵³² y el reconocimiento a los menores de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art.39.4 CE). La Constitución española en cuanto a los menores no hace ninguna diferencia entre menores españoles y extranjeros, puesto que los

¹⁵³¹ Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03).

¹⁵³² DURÁN RUIZ, F, “Protección jurídica del menor inmigrantes acompañado y no acompañado en Andalucía” En: MOLINA HERMOSILLA, O (Dir.) *Tratamiento normativo y social de los menores inmigrantes*, Universidad de Jaén.

textos internacionales impiden cualquier tipo de discriminación en este sentido¹⁵³³.

En el 20 de noviembre de 1989, España ratificó la Convención Internacional sobre Derechos del Niño que es el núcleo de la protección de los derechos de los menores extranjeros no acompañados considerado como niño independientemente de su situación legal. Esta ratificación convierte este acuerdo en una obligación y un compromiso por parte de España para cumplir sus artículos.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor¹⁵³⁴, adoptada por España viene a configurar un elenco de derechos fundamentales del niño, fijando una relación de medidas dirigidas a la protección del menor, las cuales procede adoptar de forma independiente de su nacionalidad. De esta forma, el mero hecho de la presencia del menor en territorio español ha resultar suficiente para activar el dispositivo protector que incorpora la ley¹⁵³⁵.

Las Comunidades Autónomas según el artículo 148.1.20 de la Constitución española, gozan de un carácter exclusivo en materia social. En este sentido, en Andalucía, le corresponde a la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, a través de sus ocho delegaciones provinciales, la asunción de la tutela de los MENA.

Después de ver los instrumentos jurídicos aplicables a los MENAS, pasamos a verificar el procedimiento establecido por la Junta de Andalucía desde la detección de un menor extranjero no acompañado hasta el cumplimiento de mayoría de edad.

¹⁵³³ Ibid.

¹⁵³⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 15, de 17/01/1996, modificada...

¹⁵³⁵ SÁNCHEZ-PÉREZ, J, "Derechos humanos y Estatuto jurídico del menor extranjero no acompañado", *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 2017

3. SITUACIÓN DE LOS MENAS DESDE SU LOCALIZACIÓN HASTA LA MAYORÍA DE EDAD

Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localizan a un menor no acompañado se deben entregar a los servicios competentes en protección de los menores, aunque no siempre es así porque se tarda un tiempo en entregarlos a los servicios de protección de menores. pueden ocurrir dos situaciones, la primera en la que el menor está identificado como tal, sin ninguna duda, en este caso, el menor se ingresa en el sistema de protección de menores bajo la tutela de la Junta de Andalucía y se ingresa en un centro de menores. La segunda situación y la más controvertida es la duda sobre la edad del niño y es cuando éste tiene que pasar por la prueba de determinación de edad. Esto está establecido en artículo 35 de la Ley de Extranjería, apartados 1 y 2, que establece lo siguiente:

«1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.»

A través de este artículo vemos que la edad del extranjero indocumentado es determinante para decidir sobre su futuro y también en el reparto. en caso de ser mayor de edad el extranjero queda bajo la responsabilidad de la Administración Estatal que es la competente en materia de extranjería, y si es menor de edad queda a cargo de la Administración Autonómica competente en materia de menores, que en nuestra Comunidad Autónoma es la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social¹⁵³⁶.

¹⁵³⁶ CHAMIZO DE LA RUBIA, J, "Entrada y tutela", en: Save the Children (Ed.) *La Protección Jurídica y Social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*.

Por otro lado, el artículo 35 de extranjería establece que el Ministerio Fiscal es el responsable en determinar la edad del menor extranjero.

La cuestión de la determinación de edad es muy controvertida, primero porque hubo muchos casos en los que el menor está puesto a la determinación de edad aunque su apariencia física demuestra su minoría, por otra parte, hay muchos casos en los que el menor demuestra su minoría de edad a través de un documento de su país que demuestra su edad, pero no se toma en consideración dicho documento, en tercer lugar, la técnica de identificación de edad no es exacta y en muchas ocasiones ha dejado desprotegidos a muchos niños considerándolos adultos.

Es una práctica muy común últimamente en el tratamiento de esos menores considerados inmigrantes indocumentados que se llevan a la determinación de edad, aunque presentan documentos, la policía no comprueba ni siquiera su falsedad, y de esta manera se pasa por lo alto el interés del menor, tal y como está establecido en el artículo 3.1 de la Convención sobre Derechos del Niño “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La determinación de la edad se lleva a cabo a través de pruebas médicas. En Andalucía, la técnica más utilizada se basa en el análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano izquierda (pruebas oseométricas) y su comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades¹⁵³⁷. Hay que subrayar, que estas pruebas no determinan la edad exacta del niño sino indica una aproximación de dos años.

Las pruebas de determinación de edad, reciben mucha crítica por parte de las ONG's porque desprotege en muchas ocasiones a menores vulnerables y se le trata como adulto. Además se han presentado casos en los que el Ministerio Fiscal

¹⁵³⁷ Ibid

rechaza realizar una segunda prueba de determinación de edad, aunque el menor lo documenta a través de una pasaporte, o acta de nacimiento o tarjeta de identidad de su país. Por eso, las ONGs como Fundación Raíces exigen una “evaluación multidimensional y multidisciplinar mediante métodos científicos, seguros, adaptados al niño, al género y justos, que respeten la sensibilidad de los niños y las niñas, evitando todo riesgo de violación de la dignidad humana y del principio del interés superior del niño”. Esta crítica viene a causa de que en muchas ocasiones se hace la prueba de genitales en la determinación de edad.

Una vez el menor ingresado en el centro de menores, tiene derecho según el artículo 196 del Reglamento de Extranjería a tramitar la autorización de residencia transcurridos 9 meses desde su puesta en disposición, lo que causa en muchas ocasiones la salida de los menores de los centros sin permiso de residencia porque cumple los 18 años antes de transcurrir 9 meses y a partir de allí se considera como adulto inmigrante indocumentado.

En los centros de menores los MENAS tienen derecho a a la atención, alojamiento, a la escolarización, a la asistencia médica, a la libertad de expresión, a la asistencia letrada y a la información, a la residencia, al trabajo, etc¹⁵³⁸.

No obstante, La Junta de Andalucía no se encuentra preparada para cumplir con los derechos de los MENAS que están en sus centros en la actualidad y bajo su tutela.

Ante esta situación, los centros de menores se encuentran saturados, todos ocupados por encima de las plazas que tienen asignadas, en muchos centros los menores no disponen de camas para alojarse. Igualmente existe la falta de personal y de formación de los profesionales que trabajan con los menores, se han detectado deficiencias en la capacidad de los educadores de llevar a cabo su trabajo como debería ser por falta de formación intercultural y de medicación, además del desconocimiento del idioma de comunicación.

A falta de los centros de menores de acogida inmediata se han creado 300 centros provisionales y de carácter temporal denominados “Centros de Emergencias”,

¹⁵³⁸ AA.VV. Ni ilegales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España, UNICEF informe 2009.

hasta el 31 de marzo de 2018¹⁵³⁹ entre Almería, Cádiz y Granada¹⁵⁴⁰. No obstante, estos centros están muy criticados por las ONG's debido a la situación de desprotección en la que se encuentran los menores dentro de estos nuevos centros, como la cuestión de la escolarización, los permisos de residencia, etc.

Por otra parte, los centros se han convertido en guettos donde solo residen menores extranjeros no acompañados, esto dificulta la integración de esos menores.

4. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Ahora bien, llegados a este punto, después de ver algunas de las importantes problemáticas relacionadas con los menores extranjeros no acompañados, analizando los informes preparados por las principales ONGs que trabajan con los MENAS¹⁵⁴¹, exponemos las siguientes propuestas; en primer lugar, desde la detección del menor se debe entregar en la mayor brevedad posible a los servicios competentes, independientemente de la duda sobre su edad. En segundo lugar, las pruebas de determinación de edad se deben realizar a través de unas pruebas de carácter multidimensional y multidisciplinar respetando la dignidad del menor y prohibir la prueba de genitales porque afecta a la psicología del menor. En tercer lugar, se deben crear más centros permanentes de menores y en los cuales no se pasa de las plazas ofertadas para que no haya una saturación, además los profesionales como los educadores deben tener una formación cultural, intercultural, de mediación para poder atender a esos niños que vienen de una cultura, idioma, tradiciones totalmente distintos. Por otra parte, hay que velar por la educación de los niños principalmente en el aprendizaje del idioma.

Por otro lado, es necesario modificar la Ley d Extranjería en cuanto a los plazos, tanto de los 9 meses a un mes para documentar al menor, como la ampliación de

¹⁵³⁹ Se crearon nuevos centros este verano a causa de la llegada de MENAS, como por ejemplo un antiguo hotel que se habilitó como Centro de Menores temporal en Jerez de la Frontera con una capacidad de 70 plazas.

¹⁵⁴⁰ Andalucía Acoge, "Infancia Tutelada y Juventud Extutelada. Problemáticas detectadas y propuestas de mejora", Informe, 2018

¹⁵⁴¹ En especial referencia a Andalucía Acoge, Voluntarios por Otro Mundo, Fundación Raíces, etc.

tres meses a más para la obtención de la residencia una vez cumplida la mayoría de edad.

Es necesaria la ampliación de los recursos para atender a los MENAS, en este sentido el Estado destinará 40 millones de euros a las comunidades autónomas que tienen bajo su tutela a los menores. Esto se ha especificado en una reunión del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, en este mes de septiembre, con los representantes de las comunidades autónomas para evaluar la situación de los MENA.

Esta iniciativa de gran importancia viene tras las importantes llegadas de Menores extranjeros no acompañados a las costas españolas y principalmente andaluzas y a Ceuta y Melilla.

Los resultados de esta iniciativa han venido en un momento crucial en el que algunas comunidades autónomas se enfrentan a la gestión de la llegada de los MENAS y uno de las soluciones fue la acogida solidaria permite la posibilidad de que las comunidades autónomas acojan solidariamente a menores de otras comunidades. Otra de las medidas es la destinación de 40 millones de euros a las comunidades que acogen a MENAS y el reparto equitativo de este presupuesto.

BIBLIOGRAFÍA

-Andalucía Acoge, "Infancia Tutelada y Juventud Extutelada. Problemáticas detectadas y propuestas de mejora", Informe, 2018

- AA.VV. Ni ilegales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España, UNICEF informe 2009.

AGUELO NAVARRO, P., "Un enfoque jurídico sobre los menores extranjeros", AA.VV. Infancia, juventud y migraciones: una mirada para la cooperación internacional, 2011, págs. 41 a 80.

-CHAMIZO DE LA RUBIA, J, "Entrada y tutela", en: Save the Children (Ed.) *La Protección Jurídica y Social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*.

-JAVIER DURÁN RUIZ, F.J, "Protección jurídica del menor inmigrantes acompañado y no acompañado en Andalucía" En: MOLINA HERMOSILLA, O (Dir.) *Tratamiento normativo y social de los menores inmigrantes*, Universidad de Jaén.

-JAVIER DURÁN RUIZ, F.J.: "Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección", *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, junio 2007, págs. 1 a 41.

-GARCÍA CANO, S., Posición y protección del menor inmigrante en la actual legislación de extranjería, AA.VV. *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Dir. Fernández Le Gal, A. Córdoba, 2005.

-SÁNCHEZ-PÉREZ, J, "Derechos humanos y Estatuto jurídico del menor extranjero no acompañado", *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 2017

La protección de los usuarios de las redes sociales. Una mirada desde el derecho internacional privado

Antonio Merchán Murillo

Doctor en Derecho

Prof. de Derecho Internacional Privado

Univ. Pablo de Olavide

I. Introducción

La cotidianidad en el uso de las redes sociales por los usuarios ha provocado que exporten sus usos y costumbres desde el mundo físico al mundo virtual, en el que se diseñan técnicas o estrategias para captar usuarios ofreciéndoles nuevas herramientas y soluciones de socialización, que a su vez va a servir para actualizar estrategias de marketing, con vistas a empresas que busquen fidelizar a los clientes, presente o futuros, pasando con ello de usuarios a consumidores.

La globalización, la virtualización de las comunicaciones y la información ha permitido que las redes sociales convencionales sean más accesibles a todo el mundo, permitiendo a los usuarios comunicarse de una manera global y dinámica. Esta manera de comunicarse se ha generalizado, hasta el punto en el que las empresas tienen la necesidad de incorporarse a las redes sociales en sus procesos de comunicación a modo de estrategia comercial y publicitaria.

Asimismo, puede enfatizarse que el acceso, por ejemplo, a Facebook o a cualesquiera plataformas de redes sociales, incluidas las comunidades en línea, se ha vuelto cada vez más importante para el ejercicio de la libertad de expresión, libertad de asociación y participación plena en la democracia, de tal forma que aparentemente, permanecer fuera de línea hoy día no parece una opción.

Observado lo anterior, tengamos presente que por internet circulan cantidades masivas de datos, convirtiéndose éstos en una forma moderna de riqueza en el mundo digital. Si bien esto facilita enormemente el intercambio de información,

también presenta algunos problemas, para fines personales tanto para usuarios como consumidores, relacionando a este último con la posición de una persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

II. Redes sociales como modelo de cloud computing.

El Cloud Computing puede pensarse como un modelo de aprovisionamiento rápido de recursos de tecnología de la información que potencia la prestación de servicios, negocio y tecnología de la información, facilitando el trabajo del usuario final y del prestador del servicio¹⁵⁴². Describe un nuevo modelo para complementar, consumir y proveer servicios basados en protocolos de Internet, y que por lo general consiste en el aprovisionamiento de recursos escalables dinámicamente.

No cabe duda de que el advenimiento de la computación en la nube es un resultado directo de las transformaciones tecnológicas, que las empresas necesitan como forma para reducir los costes informáticos, así como, para asumir nuevas prácticas empresariales, formas de impulsar la productividad, el crecimiento y el empleo. De esta forma, puede decirse que las empresas ven en la computación en nube la solución a muchos problemas, económicos o de infraestructuras tecnológicas.

La computación nube representa una gran innovación que tiende a maximizar el uso de Internet, confluyendo con cuestiones relacionadas con big data, Internet of Things, Inteligencia artificial, etc. Esto se ve en su capacidad y funcionalidad

¹⁵⁴² SALGADO, C.; PERALTA, M.; RIESCO, D.; MONTEJANO, G.: "Calidad de Procesos de Negocio en la Nube", *Workshop de Investigadores en Ciencias de la Computación, WICC 2014 XVI*, pp. 586-1158.

como herramienta disponible e ilimitada para almacenar y acceder a datos sin importar la ubicación¹⁵⁴³.

Físicamente, el conjunto de los recursos de equipos informáticos es suministrado por varios servidores y redes situados en diferentes lugares. El usuario al que se le haya acordado acceso podrá utilizar la capacidad procesadora de los servidores para utilizar una aplicación, almacenar datos o realizar cualquier otra tarea informática.

El Cloud Computing, evidentemente, está relacionado con el auge de las redes sociales y la necesidad imperiosa de las empresas de mantenerse competitiva, lo que le ha llevado a utilizar los distintos canales de comunicación que la red social le ofrece e intente aprovecharlos al máximo. El buen nombre y desempeño de las comunicaciones y el estatus de la marca depende del aprovechamiento de las características de las redes sociales y que el negocio en su totalidad o en parte se encuentre en la nube.

A este respecto conviene recordar como la mayor parte de los ingresos de las redes sociales proviene de la publicidad que se difunde en las páginas web¹⁵⁴⁴, por ejemplo, en el caso de Facebook por qué los usuarios crean y a las que acceden

A lo anterior, debe sumarse las cuestiones resultantes del big data¹⁵⁴⁵ de las redes sociales. En principio podría pensarse en que van a servir para hacer más eficiente las comunicaciones y las relaciones de los usuarios a través de esquemas analíticos. Sin embargo, debe pensarse en que el rápido desarrollo del big data trae consigo, además, cambios revolucionarios en nuestra vida cotidiana y en los negocios globales. De hecho, los big data de las redes sociales se han convertido en componentes esenciales, distribuidos por ellas mismas, para dar servicios de publicidad, dar a conocer influencers o hallazgos de blogueros, recomendaciones personalizadas, etc. De esta forma, a través de un método de análisis de

¹⁵⁴³ CNUDMI/UNICITRAL: *Labor prevista y posible labor futura: parte cuarta Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube"*, Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014, p. 2.

¹⁵⁴⁴ Dictamen 5/2009, de 12 de junio de 2009, sobre las redes sociales en línea, del Grupo de Trabajo Artículo 29, p. 5.

¹⁵⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA (2018): *Inteligencia artificial para Europa {SWD(2018) 137 final}, COM(2018) 237 final*, Bruselas, 25 de abril de 2018, p. 2.

tendencias, utilizado por la propia red, a partir de big data de datos personales, se encuentra con el perfil adecuado y servir la publicidad, a través de la recopilación automatizada de datos. Partiendo de lo anterior, se observa una preocupación fundamental, la posible transferencia de datos personales de un país a otro. Si bien, en principio, los datos no se van a compartir, es obvio que en algunos casos se produce.

En el Financial Times¹⁵⁴⁶, ya en 2013, publicó una investigación realizada por Evidon, un grupo de análisis web y privacidad descubrió que las 20 aplicaciones sobre salud más descargadas transmiten información a una red de casi 70 compañías. Hablamos de información relacionada con la salud, transmitida a empresas, que hacen un seguimiento de la información sobre el uso del teléfono móvil por parte de los ciudadanos. Las compañías dicen que no venden información sobre sus usuarios y que cualquier información del usuario que se transmita no es personalmente identificable. Este hecho nos lleva al concepto de seudonimización, tratado en el artículo 4,5 RGPD, distinguiéndose que es un dato personal de un dato no personal. No obstante, se vuelven cada día más accesibles y los mecanismos de proceso y análisis de estos son cada día más potentes y exactos¹⁵⁴⁷, y a través del Blockchain cualquier dispositivo en el que usamos la red social pueden abrirse a la reidentificación e ingeniería inversa de identidad, quedando patente, por tanto, transferencia de datos personales de un país a otro.

Dicho esto, somos consciente de que la reglamentación de la circulación internacional de datos personales informatizados, la determinación de los Tribunales competentes, dependiendo de la reclamación que se entable y de la Ley aplicable al tratamiento automatizado de datos personales bascula entre dos intereses en presencia: a) la liberalización de la circulación de datos automatizados, que favorece las relaciones económicas y el comercio

¹⁵⁴⁶ FINANCIAL TIMES: Health apps run into privacy snags, enero, 2013. Disponible en: <https://www.ft.com/content/b709cf4a-12dd-11e3-a05e-00144feabdc0> (última visita: 10/09/2018).

¹⁵⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Liberar el potencial de la computación en nube en Europa* ({SWD (2012) 271 final}) COM (2012) 529 final, Bruselas, 27 de septiembre de 2012, p. 8.

internacional; b) la protección del derecho a la intimidad de las personas. La determinación de la Ley aplicable a los supuestos internacionales de tratamiento automatizado de datos personales está llamada a conjugar, con equilibrio, ambos intereses¹⁵⁴⁸.

III. El usuario como sujeto de derecho de la red social

1. Protección de los datos personales

Los avances de la humanidad en los campos científicos y tecnológicos siempre han planteado retos al derecho. Tienen efectos directos en la estructura política y económica de la sociedad que, de acuerdo con su grado de incidencia en el tráfico jurídico, en la distribución de bienes y servicios y en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, demandan diferentes respuestas del ordenamiento jurídico.

De esta forma, en la existencia de una nueva red mundial de comunicaciones y vías de circulación de la información accesible, fácil y directa al ciudadano para múltiples propósitos. El legislador no puede optar por expedir normas contrarias a su carácter, a veces, más notorio: su internacionalidad¹⁵⁴⁹.

En este nuevo escenario tecnológico, en desarrollo constante, la protección de los derechos de las personas cobra un significado crucial, pues se trata de garantías esenciales para generar confianza. En Internet puede haber realidad virtual, pero eso no significa que los derechos también lo sean: se trata de garantías expresas que deben quedar reconocidas en el ciberespacio. Nadie puede sostener que los usuarios, por tratarse de Internet, pueden sufrir mengua de sus derechos¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁸ ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: Ley aplicable en Europa*, ed. Thomsom Reuters Aranzadi, 2009, pp. 156 - 161.

¹⁵⁴⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos personales en Derecho internacional privado", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992-I, vol. XLIV, pp. 417-442.

¹⁵⁵⁰ ESLAVA RODRÍGUEZ, M.: "el locus delicti commissi en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet", *Informática y Derecho*, 34, 20014, pp. 15-38.

Este aspecto nos lleva a la protección de datos, que siempre será aplicable con independencia de los datos que se generen¹⁵⁵¹; pues, como sabemos la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Tal protección viene regulada por el Reglamento 2016/679, 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 (RGPD).

Este Reglamento en su artículo 79,2 determina la competencia judicial estableciendo, reglas¹⁵⁵² que se aplican sobre las normas establecidas en el Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), que “las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento”, alternativamente tales acciones “podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos”.

En cuanto a la determinación de la Ley aplicable, el Reglamento fija los casos en los que debe aplicarse por razón del territorio en su artículo 3:

- a) Establecimiento en la UE del responsable o del encargado, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión. El criterio de conexión implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables. La forma jurídica que revistan tales modalidades ya sea una sucursal o una filial con personalidad jurídica, no es el factor determinante al respecto

¹⁵⁵¹ CNUDMI/UNICTRAL: *Aspectos contractuales de la computación en la nube*, Nueva York, 24 a 28 de abril de 2017, p. 7.

¹⁵⁵² CALVO CARAVACA, A-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1003.

(Considerando 22). Como puede observarse el lugar geográfico resulte irrelevante.

- b) Residencia del interesado en la UE, si las actividades de tratamiento se refieren a la oferta de bienes o servicios a dichos interesados, independientemente de que medie pago, por lo que debe determinarse si es evidente que el responsable o el encargado proyecta ofrecer servicios a interesados en uno o varios de los Estados miembros de la Unión, y el control de su comportamiento de dichos interesados en la medida en que este comportamiento tenga lugar en la Unión, debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes.
- c) Cuando sea de aplicación el Derecho de los Estados miembros en virtud del Derecho internacional público, el presente Reglamento debe aplicarse también a todo responsable del tratamiento no establecido en la Unión, como en una misión diplomática u oficina consular de un Estado miembro.

2. Protección de los derechos de personalidad

El Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, en su considerando 16, se refiere a la necesidad, garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente. Este aspecto reviste particular importancia en relación con los litigios relativos a obligaciones no contractuales derivadas de vulneraciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación¹⁵⁵³.

La ausencia de un marco regulador global de las actividades informativas en Internet, unida a la diversidad de normas de Derecho internacional privado

¹⁵⁵³ ESLAVA RODRÍGUEZ, M.: “el locus delicti commissi en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet”, *Informática y Derecho*, 34, 20014, pp. 15-38.

previstas por los Estados, expone a los medios a un marco jurídico fragmentado, pero también potencialmente contradictorio, pues aquello que se encuentra prohibido en un Estado podría, a su vez, estar permitido en otro. Además, una información cualquiera que sea que se vuelque en la red, convierte a los particulares directamente, ya sea voluntaria o involuntariamente, en distribuidores de la información, a través de redes sociales.

Por otra parte, las posibles víctimas de publicaciones lesivas de los derechos de la personalidad se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad cuando el soporte es proporcionado por Internet. El titular del derecho de la personalidad afectado puede ser víctima, por tanto, de vulneraciones potencialmente más intensas, al tiempo que su tutela jurídica, dada la atomización e inseguridad jurídica que sufre, se ve disminuida¹⁵⁵⁴.

Lo anterior, se puso de manifiesto en la STJUE, de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, caso *eDate*, que vino a determinar que la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido¹⁵⁵⁵.

Determinada la competencia conforme a lo anterior, cabe plantear la Ley aplicable. Las leyes españolas que regulan los derechos al honor, intimidad y propia imagen no contienen normas que conflicto de leyes que concreten la Ley

¹⁵⁵⁴ Conclusiones del Abogado General, Cruz Villalón, presentadas el 29 de marzo de 2011, *eDate Advertising GmbH y X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited*, Asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10 (ECLI:EU:C:2011:192), apartados 47 y 48.

¹⁵⁵⁵ STJUE, de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising GmbH y X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited* (ECLI:EU:C:2011:685), apartado 52.

estatal aplicable a estos derechos en los casos internacionales¹⁵⁵⁶. Ante este hecho, han surgido varias tesis sobre cuál debe ser la Ley estatal reguladora de estos derechos¹⁵⁵⁷: a) Sistema del estatuto personal; b) Sistema de responsabilidad civil no contractual; c) Sistema mixto entre los dos anteriores; d) Consideración de las normas relativas a los derechos de la personalidad como normas procesales; e) Sistema del derecho subjetivo; f) Consideración de las normas relativas a los derechos de la personalidad como normas materiales imperativas.

La tesis seguida por la mayoría de la doctrina es la del sistema de responsabilidad no contractual, determinándose como la ley aplicable a los derechos de la personalidad se fija mediante el art.10, 9-I C. C., que conduce a la Ley del país donde se ha producido la vulneración del derecho de la personalidad¹⁵⁵⁸.

Ahora bien, para determinar el país donde se ha producido el daño, habrá de tenerse presente que las vulneraciones de los derechos de la personalidad se van a producir mediante una cadena de ilícitos. De esta forma, si el tratamiento de datos se desarrolla, como es frecuente, en distintas fases, recogida de datos, clasificación de estos, cesión a terceros de los datos, divulgación de estos, etc., cada acción se regirá por la Ley del país en cuyo territorio haya tenido lugar.

3. Derechos de personalidad: ley aplicable y orden público del foro.

Ahora bien, puede resultar acertado ex artículo 10, 9-I CC, la determinación de la Ley aplicable puede resultar compleja ante el progreso técnico y la dimensión internacional de las redes sociales, teniendo en cuenta la deslocalización de las cuestiones relacionadas con ilícitos relacionados con los derechos de la personalidad.

Pensemos en el contexto que hemos citado al inicio en el que la red social, como operador económico infrinja el derecho a la intimidad de las personas frente a la

¹⁵⁵⁶ CALVO CARAVACA, A-L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1363.

¹⁵⁵⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Circulación internacional de datos personales informatizados y la Directiva 95/46/CE", *Actualidad Civil*, núm.23, 2-8 junio 1997, pp. 509-539.

¹⁵⁵⁸ GARAU JUANEDA, L: "Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil", *La responsabilidad internacional. XIII Jornadas Asociación española de profesores de Dcho.internacional y Rel.internacionales*, 1989, Alicante, 1990, pp.403-450.

informática, o pueden alcanzar acuerdos para que otras empresas traten los datos en dichos países y posteriormente los devuelvan al país de origen, a través de los medios que se indicaron más arriba.

El problema se presenta, en torno a las cláusulas contractuales que normalmente asume, en las que se fija la competencia de los Tribunales, conforme a los criterios dichos más arriba, a los que se debe someter el asunto y la elección del Derecho aplicable, en relación con posibles reclamaciones entorno a los derechos de personalidad.

Conforme a lo anterior, resulta necesario examinar si tales cláusulas contractuales pueden ser inaplicables, en relación con las reclamaciones por los daños producidos, respecto a los usuarios, que simplemente comparten fotografías personales con amigos o determinada información sobre su vida privada y atendiendo que tal contrato fue suscrito con la red social es, únicamente, para tales fines. Este hecho nos debe llevar a observar el orden público, como parte del derecho internacional privado.

El orden público sirve para descartar la aplicación de una Ley designada por las normas de conflicto si ello produce una lesión en los principios jurídicos básicos que regulan la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. De esta manera, se trata de evitar la externalidad negativa que podría producir una norma de conflicto a los intereses generales y a la sociedad cuyos tribunales conocen del asunto.

Es evidente que la idea que subyace es la protección de los derechos fundamentales, en especial al derecho al honor y a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE), para lo cual los jueces deberán tener en cuenta que los principio y valores que integran el orden público se encuentran vigentes.

Ante esto resulta interesante plantear si debido al carácter unitario de la fuente del perjuicio ocasionado a los usuarios, al sólo haber un sitio web para acceder a la red (aunque este visible desde distintos sitios), el órgano jurisdiccional español sería competente para ordenar la medida de reparación solicitada, siempre y cuando esa medida esté prevista en el Derecho interno; es decir, fijar el criterio de alternatividad de competencia y el de aplicarse la Ley de donde se ha

producido el daño, conlleva un perjuicio para el usuario, que deberá rectificar o suprimir únicamente en proporción al perjuicio causado en un territorio determinado Estado. Asimismo, como planteo el Abogado General Sr. Michal Bobek, presentadas el 13 de julio de 2017, en relación con el asunto C-194/16, esta cuestión implica un problema de distinta naturaleza: si los 28 foros a los que puede atribuirse la competencia judicial también son competentes para emitir órdenes judiciales, es posible que se dicten y notifiquen varias órdenes redactadas de forma distinta contra el demandado en relación con la misma conducta que debe llevar a cabo o abstenerse de llevar a cabo¹⁵⁵⁹.

Por tanto, en nuestra opinión el Tribunal competente debería fijarse relacionadas con Internet a dos criterios de competencia especial¹⁵⁶⁰: los órganos jurisdiccionales nacionales competentes en virtud de estos dos criterios de competencia serán entonces plenamente competentes para conocer de la acción y cuantificar los daños y perjuicios, así como para ordenar cualquier otra medida de reparación prevista por el Derecho interno, incluidas las órdenes judiciales.

En cuanto a la Ley aplicable a una infracción de los derechos de la personalidad debe subsumirse en el artículo 9,1 C. C. La Ley aplicable a los derechos de la personalidad es la “ley nacional” del sujeto afectado, que le seguiría allí donde se encuentre. Ello garantizaría tanto la permanencia necesaria de las normas que rigen el estatus jurídico de la persona, como la conexión psicológica de la persona con su ambiente cultural. Un sector de la doctrina española se ha manifestado en esta línea¹⁵⁶¹.

IV. El usuario como consumidor en la red social.

Conforme a lo anterior, debe tenerse claro que la naturaleza de una red social, diseñada para fomentar el desarrollo personal y la comunicación, puede generar

¹⁵⁵⁹ Conclusiones del Abogado General, Michal Bobek, presentadas el 13 de julio de 2017, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB, asunto C-194/16 (ECLI:EU:C:2017:554), apartado 129.

¹⁵⁶⁰ RODRÍGUEZ BENOT, A.; CAMPUZANO DÍAZ, B.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a. A.; YBARRA BORES, A.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, 4^a Ed. Tecnos, 2017, p. 279.

¹⁵⁶¹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp.40-41.

de una manera prácticamente inevitable una situación en la que el ámbito profesional de una persona se cuele en la red.

De esta forma, resulta vital obtener una definición de consumidor, siendo esta cualquiera persona física que adquiere bienes y servicios para un uso que pudiera ser ajeno su actividad profesional (artículo 17,1 Reglamento 1215/2012). Ahora bien, en relación a las redes sociales, puede observarse que los usuarios a menudo los contratos que se o perfiles que se crean suelen tener una doble finalidad privada y profesional.

Obsérvese en ese sentido la Sentencia del TJUE, de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, caso Facebook, en el que se viene a indicar que un consumidor lo es en el sentido de que realiza cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. En este sentido, el Tribunal razona que “por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato”.

En virtud de este razonamiento, examina que un usuario de una cuenta de Facebook no pierde la condición de consumidor, cuando un demandante usuario de tales servicios sólo podría invocar la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de tales servicios para el cual celebró inicialmente un contrato no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional.

De esta forma, el TJUE estima que esta interpretación debe prevalecer porque es la única que permite una defensa efectiva de los derechos que tienen los consumidores frente a sus cocontratantes profesionales, incluidos los relativos a la protección de sus datos personales. Al determinarse que el contrato de servicio

como un contrato de consumo, aunque sea de modo mínimo o marginal, se entiende al particular como un consumidor, dentro del ámbito del artículo 17,1 del citado Reglamento por lo que en caso de conflicto podrá demandar en el Estado miembro de su domicilio.

Por otro lado, en lo que respecta la Ley aplicable resultará aplicable el Reglamento 598/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Por ello, habrá de tenerse en cuenta la libertad de elección de la ley aplicable (Artículo 3,1), que evitará controversias entre las partes en torno a la cuál es la Ley del contrato, facilitando la elección del Derecho material más adecuado al interés de las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

Probablemente, el contrato incluirá una cláusula de elección de la ley por la que se regirá y, además, vendrá impuesta por el propio proveedor de servicios, esta cuestión es respetada por el Reglamento a través de su Artículo 3,3 al determinar que “cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”. De esta forma, la Ley aplicable al contrato será limitada por las normas imperativas del país con el que el contrato está objetivamente vinculado (por ejemplo, el RGPD). Esta solución sintoniza con un entorno globalizado, como la red social.

Dicho lo anterior, resulta conveniente indicar la posibilidad de que las partes no hayan realizado cláusula de elección o se tenga por no puesta al considerarse que no es válida, por considerarse abusiva. En este caso, habría que ver ante qué tipo de servicio estamos; pues, los servicios se ofrecen como gratuitos para el consumidor como Hotmail (Droxbox), Gmail (Google Drive) y redes sociales (Facebook, LinkedIn, etc.), lo que nos situaría en el artículo 6, que se aplica a un contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional

empresa. En este caso, se reafirma el artículo 3, respecto a la cláusula de elección. No obstante, si la Ley elegida ofrece una protección inferior al consumidor a la que brindan las leyes imperativas de la Ley del Estado de la residencia habitual del consumidor, la Ley elegida no se aplicará al contrato. En este sentido se ha pronunciado el TJUE, de fecha 28 de julio de 2018, asunto C-191/15¹⁵⁶².

V. El consumidor como profesional en la red social

En las redes sociales todas estas modalidades de uso son, sin duda, expresión de la persona y de su personalidad. En cambio, hoy en día existen profesiones que desdibujan la línea divisoria entre las conexiones privadas y profesionales en la comunicación por Internet, en particular, en las redes sociales.

Algunos usos pueden parecer privados, pero, en realidad, son de carácter totalmente comercial. Los denominados influencers, blogueros o prosumidores (consumidores profesionales) o los gestores de comunidades pueden utilizar sus cuentas personales en las redes sociales como una herramienta fundamental de su trabajo, en función de la interpretación de la STJUE referida anteriormente, asunto asunto C-498/16 caso Facebook.

En este punto, puede resultar útil diferenciar netamente a aquellos sujetos que presten un servicio colaborativo con carácter ocasional, lo que nos situaría en el apartado anterior, de aquellos otros que utilicen las redes sociales como lugar para llevar a cabo una auténtica actividad profesional encubierta¹⁵⁶³, lo que nos situaría en las figuras autónomas del Reglamento Bruselas I, para fijar la competencia judicial internacional, y Roma I, para determinar la Ley aplicable al contrato suscrito.

¹⁵⁶² STJUE, de fecha 28 de julio de 2018, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl*, asunto C-191/15, apartado 59.

¹⁵⁶³ JARNE MUÑOZ, P.: "El prosumidor como figura clave en el desarrollo del derecho del consumo derivado el mercado digital", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 19/2016, pp. 41-51.

VI. Conclusiones

Las personas tienden a utilizar las redes sociales y el uso de las nuevas tecnologías, como la tecnología móvil, para la búsqueda de artículos y oportunidades de compra, servicios, etc. Por ello, las organizaciones tienden a incorporar a sus negocios estos nuevos medios de comunicación, en muchos casos adaptando los servicios que tienen. Esto trae aparejado nuevas situaciones con puntos de conflictos.

De esta forma, surge la necesidad de analizar y profundizar en un marco jurídico adecuado, para que tanto los ciudadanos como las empresas puedan confiar en la tecnología con la que interactúan, disponer de un entorno jurídico predecible y contar con la garantía efectiva de que van a protegerse sus derechos y libertades.

VII. Bibliografía

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: Ley aplicable en Europa*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2009.
- CALVO CARAVACA, A-L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018.
- CNUDMI/UNICTRAL: *Aspectos contractuales de la computación en la nube*, Nueva York, 24 a 28 de abril de 2017.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Circulación internacional de datos personales informatizados y la Directiva 95/46/CE", *Actualidad Civil*, núm.23, 2-8 junio 1997, pp. 509-539.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos personales en Derecho internacional privado", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992-I, vol. XLIV, pp. 417-442

- CNUDMI/UNICITRAL: Labor prevista y posible labor futura: parte cuarta Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática “en la nube”, Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014.
- COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Liberar el potencial de la computación en nube en Europa ({SWD (2012) 271 final}) COM (2012) 529 final, Bruselas, 27 de septiembre de 2012.
- COMISIÓN EUROPEA (2018): Inteligencia artificial para Europa {SWD(2018) 137 final}, COM(2018) 237 final, Bruselas, 25 de abril de 2018.
- ESLAVA RODRÍGUEZ, M.: “el locus delicti commissi en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet”, *Informática y Derecho*, 34, 20014
- GARAU JUANEDA, L: “Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil”, *La responsabilidad internacional. XIII Jornadas Asociación española de profesores de Dcho. internacional y Rel. internacionales*, 1989, Alicante, 1990.
- JARNE MUÑOZ, P.: “El prosumidor como figura clave en el desarrollo del derecho del consumo derivado el mercado digital”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 19/2016, pp. 41-51.
- RODRÍGUEZ BENOT, A.; CAMPUZANO DÍAZ, B.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a. A; YBARRA BORES, A.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, 4^a Ed. Tecnos, 2017.
- SALGADO, C.; PERALTA, M.; RIESCO, D.; MONTEJANO, G.: “Calidad de Procesos de Negocio en la Nube”, Workshop de Investigadores en Ciencias de la Computación, WICC 2014 XVI

Comparación de Contrato Electrónico entre España y China

Longjie Wei

Doctorando de Derecho

UC3M

La Ley de Comercio Electrónico de China (en adelante, LCEC) acabó su promulgación en 28 de agosto de 2018, que intenta afrentar el desarrollo rápido de esta industria nueva y perfeccionar el ordenamiento jurídico en el país. En España, la legislación acerca del comercio electrónico es más maduro que la en China debido a la promulgación de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, Ley 34/2002), la normativas relevantes y la aplicación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (en adelante, UE). En estos dos ordenamientos jurídicos, la contratación se contempla como una parte fundamental de este tipo de comercio, por lo cual en este artículo introduciré el ordenamiento jurídico de comercio electrónico de China y compararé este régimen jurídico con el de España.

1. Comparación de oferta y aceptación

1.1. Comparación de oferta entre España y China

España y China son países perteneciendo al ordenamiento jurídico continental, de modo que ambos países contienen la jurisprudencia y las normas del ordenamiento jurídico civil parecidas. En estos años, gracias a la influencia de los convenios internacionales y la tendencia de la unificación de ordenamiento jurídico en el mundo, las normativas en las dimensiones nuevas presentan más similitudes, en especial el comercio electrónico.

Antes de comparar la contratación electrónica entre España y China, debemos tener en cuenta el artículo 47 de la Ley de Comercio Electrónico de China (en adelante, LCEC), dado que este artículo determina la conexión entre el

ordenamiento jurídico convencional y el contrato electrónico, lo cual, en mi juicio, es una de las disposiciones más fundamental en esta ley. Conforme a su tenor,

“Cuando los contratantes celebren y cumplan el contrato electrónico, deberán obedecer a este capítulo de la LCEC, el Primer Libro de Código Civil de China, la Ley de Contrato de China, la Ley de Firma Electrónica de China, etc.”

De este modo, una vez que no encontremos las normas relacionadas con el contrato electrónico en la LCEC, deberán aplicar las leyes relevantes vigentes en el ordenamiento jurídico civil convencional en el país.

En Primer lugar, sobre la definición de la oferta, no se encuentra ninguna disposición en orden a las ofertas en la LCEC, así que según antedicho artículo 47 de esta ley, debemos aplicar las normativas en el ordenamiento jurídico convencional en aras de definirla. De manera que los requisitos respectivos de oferta electrónica también deberán conformar a toda disposición en el Primer Libro del Código Civil (en adelante, CCC), la Ley de Contrato de China (en adelante, LCC), etc¹⁵⁶⁴. En virtud del artículo 14 de la LCC, las ofertas electrónicas deberán corresponder a estos dos requisitos: primeramente, deberán ser precisas y completas; segundamente, después de aceptar la oferta, su oferente estará sujeto por ella. En el sentido, en China, por más que el concepto se concentre en la integridad y el límite del oferente, esta normativa falta otras regulaciones de las ofertas electrónicas, de manera que en China durante el procedimiento de celebrar un contrato, los oferentes siempre envía una oferta muy precisa a fin de evitar su oferta considerarse como una invitación a oferta.

En España, la definición de la oferta no estipula expresamente en las normativas, sino que se aclara en la Sentencia del TS de 16 diciembre de 2008, lo cual se define como una declaración de voluntad de naturaleza recepticia y suficientemente precisa encaminada a la perfección de un contrato mediante el concurso con la

¹⁵⁶⁴ China está en el proceso de redactar su código civil y sólo ya ha promulgado el Primer Libro de este código sobre los conceptos básicos, de manera que de otros ámbitos, así como el contrato, la propiedad, las responsabilidades, deberemos aplicar las leyes relevantes en vigor en el ordenamiento jurídico de este país.

aceptación del destinatario de aquella¹⁵⁶⁵. De este modo, la oferta es contemplado como una conducta de declaraciones contractuales que disponga de un carácter comunicativo y transitivo.

En el sentido, en China y España, no se encuentra ninguna definición explícitamente en materia de la definición de oferta en sus ordenamientos jurídicos convencionales, de ahí que deban aplicar el uso, las sentencias y las teorías jurídicas relevantes para completar esta laguna jurídica.

En segundo lugar, en China no se encuentra ninguna norma precisa acerca del contenido en la oferta electrónica, no obstante, de acuerdo con la costumbre contractual, los juristas chinos concluyen todo elemento fundamental de oferta electrónica:

- la oferta debe contener una intención determinada de celebrar un contrato;
- la oferta se debe emitir a las personas determinadas que intenten celebrar los contratos respectivos con los oferentes;
- el contenido de la oferta deberá concreto y determinado;
- la oferta deberá emitirse a través de vías electrónicas expresas.

En España, tampoco se dispone de ninguna normativa en la que estipule precisamente los requisitos básicos sobre el contenido de oferta. No obstante, en virtud de varias teorías de los juristas españoles, podemos considerar como válida la oferta efectuada a través de las medidas electrónicas, siempre que reúna las siguientes condiciones: primeramente, la oferta deberá ser completa de modo que el destinatario puede limitarse simplemente a aceptar; segundamente, la oferta deberá ser precisa y cumplir todos los elementos esenciales de contrato que se desean llevar a cabo; terceramente, la oferta deberá contener un plazo razonable de duración¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶⁵ Antonio Vega Vega, Derecho Mercantil Electrónico, Derecho Mercantil, Talleres Editoriales Cometa, S.A., 2015, Madrid, página 189, párrafo 2;

¹⁵⁶⁶ Mariliana Rico Carrillo, C-E Internet y Derecho. Legos Editores, C.A. 1ra. Edición. Junio 2003. Capítulo V, Los Contratos Electrónicos, Parte 1. Los Contratos Informáticos, página 102, párrafo 3.

En tercer lugar, sobre el momento de la emisión y la llegada de oferta, en China, aclaran este contenido en el artículo 26 de la LCC y el artículo 11 de la LFEC. Del momento de la emisión de la oferta, una vez que la oferta electrónica se emita fuera del control del oferente y entre en un sistema informático con un tiempo exacto, se considerará este tiempo como el momento de la emisión de la oferta electrónica. Asimismo, acerca del momento de la llegada de oferta, si el destinatario designa un sistema informático para recibir la oferta electrónica y el sistema presenta el tiempo de ella, dicho tiempo se trata como el momento de la llegada. Si no se puede encontrar antedicho momento, el momento de la llegada se considera como el de la entrada en cualquier sistema informático que pueda transmitir la oferta bien.

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico de España se encuentra la norma sobre la exigencia de contratación en el artículo 27 de la Ley 34/2002, exigiendo que el prestador de servicios debería notificar al destinatario de la contratación mediante las técnicas adecuadas, de forma permanente, fácil y gratuita, y de manera clara, comprensible e inequívoca. No obstante, mentada disposición solamente estipula la obligación de informar al destinatario a través de las medidas razonables, no aclara bien el momento de la llegada de la oferta, lo cual también se trata de una laguna jurídica en el país.

1.2. Comparación de aceptación entre España y China

En primer lugar, sobre la definición de la aceptación, en virtud del ordenamiento jurídico de comercio electrónico en ambos países, no contiene ninguna norma exacta sobre la definición de la aceptación. No obstante, en ambos países, dicha definición se considera igualmente por los juristas, que es la manifestación de consentimiento del destinatario con los términos en que ha sido formulada aquélla y de la manera propuesta o autorizada por el oferente. Es decir, se exige la coincidencia total entre la oferta y la aceptación, la cual se entiende como la teoría de la "regla del espejo". En el sentido, el contenido de la aceptación deben

abarcando el acuerdo totalmente del contenido de la oferta electrónica en ambas formas expresas y tácitas, para que el oferente conociera la aceptación.

En segundo lugar, sobre el momento de la emisión y la llegada de la aceptación, en China, dicha materia se clarifica también en el artículo 26 de LCC y el artículo 11 de la LFEC. Del momento de la emisión de la aceptación, una vez que la aceptación de la oferta se emita fuera del control del oferente y aparezca el tiempo en cualquier sistema informático, contemplaremos este tiempo como el momento de la emisión de la aceptación. Asimismo, del momento de la llegada de la aceptación, si el destinatario designa un sistema informático para recibir la aceptación y este sistema presenta el tiempo de ello, dicho tiempo se trata como el momento de la llegada. Si no podemos encontrar momento, el momento de la llegada de la aceptación se contemplará como el momento de la entrada de esta aceptación en cualquier sistema informático que pueda transmitir la aceptación bien.

En España, el sistema jurídico no se encuentra ninguna disposición con respecto al momento de la llegada de aceptación, tampoco en la LSSICE, de manera que sólo podemos decidir el momento de la emisión por los datos informáticos presentados en las medidas electrónicas, pero el momento de la llegada de la aceptación, en mi opinión, hay de aclararlo en algunas normas, de manera que dicha laguna jurídica deberá ser completada por los legisladores españoles posteriormente.

2. Comparación de perfección del contrato electrónico

2.1. Momento de perfección del contrato electrónico

El momento de la perfección o la celebración del contrato electrónico es bastante importante, dado que dicho momento se trata del inicio de la validez de contrato y también del cumplimiento de las obligaciones fijadas respectivas.

En el ordenamiento jurídico civil convencional de China, en general, el momento de perfección del contrato se trata del momento de la llegada de la aceptación de oferta. Correspondientemente, en la dimensión del comercio electrónico, por

mentada combinación del momento de la emisión y la llegada de la oferta y la aceptación, el momento de celebración de contrato deberá considerarse como el momento de la llegada de aceptación, o sea, el de la emisión de aceptación.

En España, el Código Civil (en adelante CCE) y Código de Comercio (en adelante C.ComE), estipula expresamente la misma norma en orden a la celebración del contrato electrónico. Según lo dispuesto en el artículo 1262 del CCE y el artículo 54 del CCom.E, el momento de perfección de contrato se inicia desde el momento de la presentación del consentimiento sobre la oferta respectiva, de ahí que una vez que el destinatario emita la aceptación, el contrato electrónico se celebraría directamente.

En resumen, en teoría jurídica, en España el momento de perfección del contrato de comercio electrónico es más pronto que el en China; no obstante, en práctica, por causa de la especialidad de las ofertas y aceptaciones electrónicas, el momento de sus emisiones y llegadas se contempla en el mismo momento, así que en veracidad el momento de perfección del contrato electrónico entre China y España es igual.

2.2. Lugar de perfección de contrato electrónico

Salvo del momento de la perfección de contrato electrónico, el lugar de perfección de dicho contrato es también muy importante por cuanto este lugar determina, a veces, el lugar del cumplimiento y asimismo, las leyes aplicables entre los contratantes, en especial en materia del contrato electrónico internacional.

En China, el lugar de perfección de contrato electrónico se estipula expresamente en el artículo 34 de la LCC, estipulado como una norma dispositiva, que permite que los contratantes podrán determinar el lugar de perfección de contrato electrónico libremente en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. No obstante, en la condición de faltar esta determinación, el lugar de actividad principal del oferente será el de la perfección de contrato; si no se encuentra el lugar de actividad principal de este oferente, deberán contemplarse el domicilio del destinatario, o sea, el domicilio del oferente.

No obstante, en España, el lugar de perfección de contrato de comercio electrónico se regula distintamente, lo cual es aclarado detalladamente en el artículo 29 de la Ley 34/2002, en el que se clasifica dos condiciones especiales dispares: si los contratos se refieren al Derecho de Consumo, se presumirán la celebración del contrato electrónico en el lugar en que éste tenga la residencia habitual del consumidor; si los contratos electrónicos se celebran por los empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán esta celebración en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

En el sentido, desde mi punto de vista, la regulación del lugar de perfección de contrato electrónico en China y España es totalmente diferente puesto que en China, se estipula sometiéndose a la regla general en materia del lugar de la celebración de contrato en el Derecho internacional privado convencional; pero en España, se divide por las materias distintas de cada rama del ordenamiento jurídico a fin de proteger las partes débiles.

3. Comparación del lugar de cumplimiento de contrato electrónico

Debido a la distinción del momento de la celebración del contrato electrónico entre China y España en teoría, en mi opinión, debemos tener en cuenta el análisis del lugar de cumplimiento del contrato electrónico, puesto que el lugar de cumplimiento también afecta profundamente las leyes aplicables, en cuando provoquen los litigios.

En China, en materia del lugar del cumplimiento del contrato electrónico, los juristas los clasifican en dos condiciones diferentes: la entrega de los bienes materiales y la de los inmateriales. Por un lado, sobre los bienes materiales, en virtud de lo que estipula en el artículo 62 de la LCC, los contratantes podrán fijar el lugar de realizar esta entrega con respeto al principio de autonomía a la voluntad. No obstante, si las partes de contrato no determinan el lugar de cumplir el contrato electrónico cuando celebran este contrato, según el mismo artículo, deberán aclararlo en los artículos añadidos. Si las partes no acuerdan

este lugar bien, deberán cumplir el contrato según la costumbre y otras cláusulas celebradas en el contrato. Al mismo tiempo, esta ley estipula expresamente dos entregas especiales por los bienes especiales: el dinero y los bienes raíces. Si la entrega se refiere a la transferencia de una suma determinada de dinero, deberá cumplirla en el lugar del aceptador de mentada transferencia y, en el caso de los bienes raíces, deberemos realizar esta entrega en el lugar dónde los sitúan.

Por otro lado, los ordinales siguientes del artículo 62 de la LCC regulan precisamente la entrega sobre los bienes inmateriales. En dicha condición, como la entrega de los bienes materiales, los contratantes pueden determinar cualquier lugar a fin de realizar la entrega. A la vez, en el apartado 3 de dicho artículo se encuentra la regulación en la condición de falta el acuerdo de las partes del contrato. Por eso, una vez que una parte entregue los productos informáticos o servicio informáticos y la otra parte pague, el lugar del pago se contemplará como el de la entrega. Además, si ambas partes se entregan los productos o servicios informáticos mutuamente, el lugar de entregar los productos y el de recibir los servicios se contemplarán como el lugar del pago de contrato electrónico.

No obstante, en España, no existe ninguna norma especial en el ordenamiento jurídico de comercio electrónico sobre el lugar de cumplimiento del contrato electrónico, de manera que debemos ver si han fijado dicha materia entre las partes. Si se ha determinado este lugar, deberemos someternos a este consentimiento. Si no, habrá de acudir al régimen jurídico convencional entre 1170 y 1500 del CCE, de ahí que, en virtud de lo que estipule en las normas relevantes, las partes deberían cumplir las obligaciones donde se las construyan, o sea, el lugar de perfección del contrato. Además, en los casos relacionados con el Derecho de Consumo, deberemos aplicar el artículo 66 de la LGDCU, en la contratación con consumidores, determina que no podrá hacerse obligada la competencia personal del consumidor y usuario para realizar cobros, pagos o trámites similares, etc¹⁵⁶⁷, lo cual se contempla como una situación especial en su ordenamiento jurídico.

¹⁵⁶⁷Antonio Vega Vega, Derecho Mercantil Electrónico, Derecho Mercantil, Talleres Editoriales Cometa, S.A., 2015, Madrid, página 231, párrafo 2;

4. Comparación de responsabilidades de contrato electrónico

En materia de las responsabilidades civiles, al revisar la jurisprudencia de ambos ordenamientos jurídicos, se encuentran muchas similitudes puesto que sus normativas establecidas provienen igualmente del ordenamiento jurídico civil de Francia, de manera que en dicho ámbito, respectivamente, las normas son parecidas en cierto grado.

En China, no como lo que clasifican en España, no se encuentra la clasificación exacta entre las responsabilidades contractuales y extracontractuales. El contenido de las responsabilidades se estipula en el artículo 107 de la LCC, en el que se encuentran las medidas razonables para realizar la indemnización. Correspondientemente, en el ámbito del comercio electrónico, podremos también aplicar las siguientes medidas a fin de asumir las responsabilidades: el cumplimiento continuo y la indemnización. No obstante, desde mi punto de vista, por la peculiaridad del contrato electrónico, las medidas de la asunción de responsabilidad deberán incluir más, así como el cumplimiento continuo, la cesación de uso, el uso continuo, la cesación de visita y la indemnización.

El cumplimiento continuo y la indemnización son parecidos a los regulado en el ordenamiento jurídico civil convencional en China, pero la cesación de uso, el uso continuo y la cesación de visita se tratan como las medidas nuevas de la asunción de responsabilidad en la dimensión del comercio electrónico. La cesación de uso y el uso continuo se utilizan generalmente en el contrato de licencia que es un contrato típico importante estipulado en la LCC. Y dichas medidas se utilizan principalmente en los conflictos jurídicos de los contratos de licencia o en las condiciones de que una parte incumpla sus obligaciones fijadas sobre los contratos parecidos. La cesación de visita se usará en los contratos de licencia de las informaciones, cuando acontezca las circunstancias de violar las cláusulas celebradas en el contrato fundamentalmente. Por ende, en este caso, la

parte relevante podría cesar el derecho de visitar las informaciones relativas e informar a los terceros a auxiliar esta cesación¹⁵⁶⁸.

En España, a lo general, como las clasificaciones en responsabilidades civiles tradicionales, las responsabilidades civiles en orden al contrato electrónico se clasifican en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Sin embargo, en la Ley 34/2002, no se encuentra ningunas disposiciones reguladas en materia de la responsabilidad contractual ni extracontractual, por lo cual debemos referirnos al CCE y C.ComE. Así, si el daño produce en el ámbito de la relación contractual, estaremos ante una responsabilidad civil contractual, y si excede a ésta, será extracontractual. En el sentido, por la diferencia de la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, las medidas de la asunción de responsabilidad en España son distintas.

En el ámbito de responsabilidad contractual, se encuentra la responsabilidad civil concentrada en el incumplimiento del contrato de comercio electrónico, así que las medidas de la asunción de responsabilidad contractual son parecidas a las del contrato tradicional, así como el cumplimiento continuo, los remedios y la indemnización, los cuales, al comparar con las medidas en China, son muy parecidos.

A su vez, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, las medidas de la asunción de responsabilidad extracontractual del contrato electrónico se clasifican en los géneros siguientes: primeramente, las medidas pecuniarias, que incluyen todos los daños resarcibles en medio de dinero, por ejemplo, los daños aparecidos, los lucros cesantes, etc.; segundamente, las medidas de conducta, que son un poco especiales en la dimensión del contrato electrónico. Por ejemplo, cuando se encuentre una conducta de aplicar los datos informáticos sin autorización, el propietario podrían pedir la cesación de uso; y cuando una parte rechace la suministración de los datos informativos, otra parte podría pedir el

¹⁵⁶⁸ *Chengde, Qin*, la Introducción de la Ley de Comercio Electrónico en China, Editorial de Ciencia, Pekín, 2007. Página 74, párrafo 8.

uso continuo. Las conductas, asimismo, engloban la cesación de visita, el continuo de visita, etc¹⁵⁶⁹.

5, Conclusión de comparación de contrato electrónico entre España y China

Al revisar lo que hemos analizado, podemos concluir que el contrato electrónico entre China y España, generalmente, contiene las similitudes y también las distinciones, las cuales se presentan en seguida:

Primeramente, sobre la definición de la oferta y aceptación no se encuentra esta definición ni el contenido jurídico en ambos ordenamientos jurídicos, de manera que en ambos países aplican el uso y las teorías jurídicas a fin de completar dicha laguna jurídica. Asimismo, con respecto al momento de la emisión y la llegada de la oferta y la aceptación, en China, se vincula ambos momentos tal y como el momento presentado de entrar en un sistema tecnológico. Sin embargo, en España, todavía no las regula expresamente, lo cual se trata de una laguna jurídica en su ordenamiento jurídico.

Segundamente, la diferencia más destacada en dicho ámbito entre China y España se trata del momento y el lugar de celebración de contrato. Sobre el momento de perfección de contrato electrónico, en China, el contrato electrónico se celebra desde el momento de la llegada de la aceptación de oferta a su oferente, sin embargo, en España, el momento de su celebración se contempla desde el momento de la presentación del consentimiento de la oferta, o sea, desde la emisión de la aceptación. Por otro lado, sobre el lugar de perfección de contrato de comercio electrónico, en China, permiten que los contratantes pueden determinar el lugar de perfección de contrato libremente. Si ambas partes no lo determinan, el lugar de actividad principal del oferente será el de la perfección de contrato; si no se encuentra ese lugar, deberemos contemplar el domicilio de destinatario como el de la celebración de contrato. En España, el lugar de

1569 Teresa Rodríguez de las Heras Ballel, Ley Aplicable y Jurisdicción Competente en la Contratación Electrónica I: <http://www.emarketservices.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=4423423>

celebración del contrato se considera en dos condiciones distintas: por un lado, si los contratos se pertenecen al Derecho de Consumo, este lugar de celebrar el contrato se presumirán en la residencia habitual del consumidor; por otro lado, si los contratos se fijan entre empresarios o profesionales, en defecto del pacto entre las partes, el lugar de la celebración el contrato electrónico se presumirán en el que se establece el prestador de servicios.

Terceramente, el lugar del cumplimiento de contrato electrónico es muy sencillo puesto que él influye no sólo el cumplimiento de contrato, sino también el tribunal competencia y ley aplicable, una vez que sucedan los conflictos jurídicos. En China, encontramos las normas distintas entre los bienes materiales y los inmateriales. De los bienes materiales, se encuentra la aplicación de las disposiciones tradicionales en las que regula que, en defecto del pacto entre las partes, el lugar acostumbrado de entrega se contemplará como el de esta entrega. Sin embargo, sobre los bienes inmateriales, si se refiere al pago pecuniario, el lugar de realizar el pago se tratará como el de su cumplimiento; si se trata del intercambio mutuamente de los productos o servicios informáticos, el lugar de entregar o intercambiar las mercaderías inmateriales o prestar los servicios será el lugar del cumplimiento. No obstante, en España, sobre el lugar de cumplir los contratos de comercio electrónico aplican las normas en el ordenamiento jurídico convencional respectivo, así que de acuerdo con lo que estipula en el CCE y el C.ComE, a lo general, se realiza el cumplimiento de contrato electrónico en el que las obligaciones se establecen.

Cuartamente, en la dimensión acerca de la asunción de responsabilidad civil, en China, diferenciando de la clasificación precisa en España, no se encuentra esta división sobre las responsabilidades contractuales y excontractuales, No obstante, por la misma fuente jurídica de la responsabilidad civil, las medidas del remedio y la compensación de los incumplimientos son casi iguales.

Referencias:

- 1) Antonio Vega Vega, Derecho Mercantil Electrónico, Derecho Mercantil, Talleres Editoriales Cometa, S.A., 2015, Madrid;

- 2) Aranosa Alcaide de la Fuente, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2009b/556/La%20Oferta%20y%20la%20Aceptacion%20en%20Internet.htm>;
- 3) *Chengde, Qin*, la Introducción de la Ley de Comercio Electrónico en China, Editorial de Ciencia, Pekín, 2007;
- 4) *Chu Zhang, Hualin Tan*, Introducción de Ley de Comercio Electrónico, Editorial de la Universidad de Renimin de China, 2011, Pekín;
- 5) David López Jiménez, Nuevas Coordinadas para el Derecho de Obligaciones, La autodisciplina del Comercio Electrónico, Prólogo de Ángel Serrano de Nicolás, Marcial Pons, Madrid, 2013;
- 6) Fernando Sánchez Calero, Instituciones de Derecho Mercantil, Revisada con la colaboración de *Juan Sánchez-Calero Guilarte*, (ed. Mc Graw Hill, Madrid, 2004), página 32, Capítulo III, Fuentes Del Derecho Mercantil;
- 7) Javier Ibáñez Alonso, Los Usos del Comercio, CES Felipe II (UCM), Diploma de Ciencias Empresariales <http://www.cesfelipesecondo.com/revista/articulos2010/05.pdf>;
- 8) *Jianyu Zhang, Ronghan Zeng*, la Análisis de las Pruebas Electrónicas en la nueva Ley del Procedimiento Civil de República Popular China, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/04/id/939635.shtml>, Página Web Oficial de los Tribunales en China, 2013;
- 9) *Jianzheng Yang, Pingfu Gao, Yixian, Wan*, la Introducción de la Ley de Comercio Electrónico en China, Editorial de Educación Superior, Pekín, 2007;
- 10) *Manuel Broseta Pont, Fernando Martínez Sanz*, Manual De Derecho Mercantil, Vigésima Segunda Edición, Volumen I, Introducción y Estatuto del Empresario Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial Derecho de Sociedades, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.) 2015, Madrid;
- 11) Mariliana Rico Carrillo, Comercio Electrónico en el Internet y Derecho, Legos Editores, C.A, Edición. Junio 2003;

- 12) María Pérez Pereira, Firma Electrónica: Contratos y Responsabilidad Civil, Prólogo Rafael Illescas, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2009;
- 13) Rafael Illescas Ortiz, Derecho de la Contratación Electrónica, Segunda Edición, Thomson Reuters, 2009, Madrid;
- 14) *Shumei Zheng*, El Conflicto Jurídico del Incumplimiento de Contrato y la Responsabilidad Civil en China, Página Web Oficial de China, 21 de febrero de 2016, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/02/id/1217777.shtml>;
- 15) Teresa Rodríguez de la Heras Ballell, El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces), Prólogo de Rafael Illescas, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A. Barcelona, 2006, página 32, párrafo 2;
- 16) Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, Ley aplicable y jurisdicción competente en la contratación electrónica I: <http://www.emarketservices.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=4423423>.

LA FIDUCIA INMOBILIARIA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN

Eva María Jiménez Palma

*Investigadora contratada en el área de
Derecho Internacional Privado (UMA)*

I. INTRODUCCIÓN

Tras las crisis económicas de las últimas décadas -derivadas en parte de la irresponsable concesión de créditos hipotecarios por parte de los bancos¹⁵⁷⁰-, asistimos a un profundo debilitamiento en las formas tradicionales de financiación de la construcción y adquisición de inmuebles, lo que ha llevado a que tanto constructores/promotores como futuros adquirentes de vivienda hayan optado por modelos más novedosos, como la denominada fiducia inmobiliaria, que representa una herramienta de fuerte impacto en el esquema de los negocios fiduciarios y una importante alternativa para la expansión del mercado inmobiliario.

En este sentido, la fiducia inmobiliaria se configura como un negocio fiduciario con fines de administración, a través del cual el fiduciante (constructor/promotor/desarrollador del proyecto) transmite la propiedad de un bien -por ejemplo, un terreno- al fiduciario (entidad profesional, denominada sociedad fiduciaria) con el fin de que esta última administre y gestione el desarrollo del proyecto inmobiliario, retransmitiéndole a aquél -o bien a otros beneficiarios- las unidades inmuebles resultantes, una vez llegue a su fin.

La exponencial utilización de la fiducia inmobiliaria se debe a las numerosas ventajas que ésta presenta en el ámbito del mercado inmobiliario. Al tratarse de un negocio fiduciario, cuya característica fundamental radica en la confianza,

¹⁵⁷⁰ R. Caro Gándara, "La transmisión de propiedad en garantía o *fiducia cum creditore* en el comercio internacional: su validez y eficacia en España", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, p. 3.

tanto los promotores/constructores como los futuros compradores de las unidades inmuebles tienen la tranquilidad y seguridad de que un profesional experto va a analizar la viabilidad técnica, económica y jurídica desde la primera fase del proyecto, así como administrar y controlar su ejecución hasta la finalización del mismo (que se produce con la entrega y escrituración de cada una de las unidades inmobiliarias). De este modo, se trata de un vehículo apto para otorgar la flexibilidad, seguridad y garantías necesarias para todas las partes que intervienen en el esquema negocial, minorizando sobre todo las principales preocupaciones del futuro adquirente de vivienda, como la no finalización del proyecto, la existencia de defectos en la construcción, la insolvencia del promotor, etc.

Además, la autonomía contractual constituye otra de las principales ventajas de este instrumento jurídico, al otorgar a los contratantes un amplio margen de libertad y flexibilidad a la hora de planificar el negocio en su conjunto¹⁵⁷¹.

Entre los elementos más característicos de este negocio jurídico (los cuales se analizarán *infra*), destacan la transmisión de una propiedad fiduciaria, la creación de un patrimonio separado, la doble vinculación (real y obligacional), así como la existencia de una conexidad o pluralidad contractual.

A pesar de tratarse de una figura jurídica en auge en el ámbito del comercio interno e internacional, y ampliamente desarrollada en numerosos países¹⁵⁷², debe tenerse en cuenta que el Legislador español no ha regulado ni la fiducia inmobiliaria (en particular), ni los negocios fiduciarios (en general). Tampoco contamos con una doctrina ni jurisprudencia unánimes, lo que provoca una incertidumbre generalizada que nos hace cuestionar su validez y eficacia en

¹⁵⁷¹ C. A. Molina Sandoval, *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires, Euros Editores, 2009, esp. pp. 19, 21 y 450.

¹⁵⁷² Bien incluida en repertorios legales, o bien a través de tipos contractuales formados inductivamente por la práctica comercial. No obstante, frente a esta carencia normativa, ciertos tipos contractuales se forman inductivamente, separándose así los contratantes muchas veces de los tipos legales, para crear nuevas figuras desconocidas por el legislador, o para combinarlas entre sí. *Vid.* C. A. Molina Sandoval, *El fideicomiso... op. cit.* pp. 467 y 470. En palabras de este autor, “uno de los negocios fiduciarios que se ha generalizado en la práctica empresarial es la fiducia inmobiliaria o de construcción. Esta generalización se debe al crecimiento de la construcción y a la inversión en inmuebles como una posibilidad de inversión segura”; J. Garrigues Díaz-Cañabate, J., *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2016, pp. 11, ss.

España, tanto a nivel interno como a nivel internacional. En cuanto a esto último, merece especial atención el fenómeno del agrupamiento contractual característico de la fiducia inmobiliaria, pues éste va a aumentar la probabilidad de que el esquema inmobiliario presente elementos transfronterizos y, por tanto, se encuentre vinculado a dos o más Estados. En estos supuestos, que podríamos denominar “fiducias inmobiliarias internacionales”, la validez y eficacia de sus elementos obligacionales y reales van a depender del ordenamiento jurídico que se aplique a cada uno de ellos.

En el anterior orden de ideas, el objetivo de la presente comunicación es, en primer lugar, ubicar la fiducia inmobiliaria en la Teoría general de los negocios fiduciarios -para lo cual habrá de realizarse una breve referencia a sus antecedentes, así como optar por una de las concepciones existentes sobre su naturaleza jurídica en Derecho privado español-, para luego continuar con el análisis de su estructura, y finalizar con el estudio de su régimen jurídico y consiguiente eficacia (interna e internacional) en el ordenamiento jurídico español¹⁵⁷³.

Con respecto a la eficacia de la fiducia inmobiliaria en el comercio internacional, los aspectos internacional-privatísticos abordados en la presente comunicación se centran en reflejar de forma resumida la ley aplicable por los órganos jurisdiccionales españoles a la validez del contrato (título); al contenido obligacional del mismo (eficacia *inter-partes*); a la constitución, transmisión, contenido, publicidad y eficacia del derecho real; y a su oponibilidad frente a terceros adquirentes y frente a supuestos de embargo individual y concurso internacional.

¹⁵⁷³ Como se verá *infra*, la elección de una u otra concepción presenta innumerables consecuencias (tanto a nivel teórico como práctico) en los diversos sectores del Derecho patrimonial, como el sistema de transmisión de la propiedad, la eficacia del contrato fiduciario frente al incumplimiento de las obligaciones personales/obligacionales/*inter-partes*, o sus efectos frente a terceros adquirentes y frente a acreedores (individuales y colectivos).

II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL

A fin de determinar la naturaleza jurídica y la eficacia de la fiducia inmobiliaria resulta imprescindible hacer previamente una breve referencia a su origen, comentar su régimen jurídico actual en el ordenamiento español, así como mencionar brevemente la disparidad doctrinal y jurisprudencial que reciben los negocios fiduciarios en España.

La fiducia con fin de administración (*fiducia cum amico*)¹⁵⁷⁴ tuvo su primera manifestación en el Derecho romano clásico, donde se configuró como un contrato real por el que una persona (*mancipatio dans*) transmitía a otra (*mancipatio accipiens*) la propiedad de una cosa (*res mancipati*), agregando un acuerdo especial (*pactum fiduciae*) por el cual quien recibía la cosa se comprometía a utilizarla con fines de administración y a restituirla a su transmitente una vez cumplida la condición o plazo establecido por las partes en el contrato¹⁵⁷⁵.

Con respecto al régimen jurídico en materia de fiducia inmobiliaria, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico español, “esclavo de los principios tradicionalmente asentados”¹⁵⁷⁶, no regula ni en el Código civil ni en el Código de comercio los negocios fiduciarios¹⁵⁷⁷. Suscitando esta actitud “inhibicionista” del Legislador español¹⁵⁷⁸ dos tipos de problemas. En primer lugar, nos hace cuestionar la validez y naturaleza jurídica de la fiducia inmobiliaria -tanto en el tráfico interno como en el tráfico internacional-. En segundo lugar, y

¹⁵⁷⁴ En Derecho romano se distinguía entre fiducia con fines de administración (*fiducia cum amico*), y fiducia con fines de garantía (*fiducia cum creditore*), siendo la primera, sin duda, más antigua que la segunda. Vid., en este sentido, C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 17.

¹⁵⁷⁵ La actividad encomendada le hace responsable, exigiéndole una *gestio negocial ex fide bona*. Vid. C. Fuenteseca, *El negocio... op. cit.* p. 47; R. Caro Gándara, “La transmisión... op. cit.” p. 6; C. A. Molina Sandoval, *El fideicomiso... op. cit.* p.9.

¹⁵⁷⁶ E. Estrada Alonso, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, p.2

¹⁵⁷⁷ Esta carencia normativa no ha impedido la utilización de esta clase de negocios, que sigue viviendo en la realidad contractual actual, en ejercicio de la autonomía de la voluntad material (art. 1255 Cc) y aplicando las reglas y principios generales del Código civil, como por ejemplo el estándar de validez. En C. A. Molina Sandoval, *El fideicomiso... op. cit.*, p. 52.

¹⁵⁷⁸ Joaquín Garrigues denomina la actitud del legislador español ante el negocio fiduciario como “actitud inhibicionista”, la cual deja al fiduciante a merced de la buena fe del fiduciario. En J. Garrigues Díaz-Cañabate, J., *Negocios fiduciarios... op. cit.*, p. 89.

respondiendo a una dimensión más práctica, nos preguntamos cuáles son los efectos (*inter-partes* y frente a terceros) de la misma¹⁵⁷⁹.

Como consecuencia de la inexistente regulación normativa al respecto, debemos acudir a la doctrina y jurisprudencia españolas con el fin de hallar respuesta a tales cuestiones.

En este sentido, debemos mencionar que la teoría general de los negocios fiduciarios, a pesar de haber sido bien recibida en España¹⁵⁸⁰, no se ha obtenido una respuesta unánime por parte de la doctrina española. Mientras algunos autores han defendido la teoría clásica o del doble efecto¹⁵⁸¹, en virtud de la cual, el negocio fiduciario está constituido por dos negocios, uno real -relativo a los efectos traslativos del mismo frente a terceros- y otro obligacional -referido a las obligaciones personales entre fiduciante y fiduciario (es decir, eficacia *inter-partes*)-¹⁵⁸²; otros (la mayoría de la doctrina) han optado por la teoría de la titularidad fiduciaria, por la que se reconoce un único negocio con dos efectos (uno personal y otro real con efectos *erga omnes*)¹⁵⁸³. Como puede intuirse, la situación no es nada fácil.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del TS, algunos autores consideran que el negocio fiduciario existente en nuestro ordenamiento es de creación jurisprudencial¹⁵⁸⁴.

El reconocimiento de la validez del negocio fiduciario lo hallamos por primera vez en la STS de 25 de mayo de 1944¹⁵⁸⁵. En esta resolución, el TS entendía que el

¹⁵⁷⁹ R. Caro Gándara, "La transmisión... *op. cit.* pp. 11, ss.

¹⁵⁸⁰ Vid. C. Fuenteseca, *El negocio... op. cit.* pp. 16 y 49; E. Estrada Alonso, *El fideicomiso...op. cit.*, p.79; R. Caro Gándara, "La transmisión... *op. cit.* p. 12.

¹⁵⁸¹ Esta teoría ha recibido multitud de críticas por parte de la doctrina, tales como la falta de causa, la falta de reciprocidad, la posición de debilidad del fiduciante, etc. Vid. R. Caro Gándara, "La transmisión... *op. cit.*, pp.13-18.

¹⁵⁸² Vid. L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1975, p. 520. Criticando la teoría del doble efecto, véase F. de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967 (reed. Facsímil, Madrid, Civitas, 1985), pp.406, ss; *id.*, "El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto", *RDN*, jul-dic, 1996, p. 7.

¹⁵⁸³ J. L. de los Mozos, "El negocio fiduciario", *La Ley*, 1986, tomo 4, p. 1033.

¹⁵⁸⁴ Vid. E. Estrada Alonso, *El fideicomiso... op. cit.*, pp. 33 y 85. Este autor considera que "este régimen de silencio ha sido afortunadamente roto por algunos fallos de nuestro TS en los que se recogen de la vida real diversos casos de negocio fiduciario".

¹⁵⁸⁵ A partir de ese momento, numerosas sentencias TS admitían la validez del negocio fiduciario y la *fiducia cum amico*. Véase, por ejemplo, SSTS de 9 de octubre de 1987, de 14 de julio de 1994, de 14 de octubre de 1994. En C. Fuenteseca, *El negocio... op. cit.* pp. 97, ss.

negocio fiduciario se trata de un negocio real y querido por las partes, integrado por dos negocios: uno obligacional (con eficacia *inter-partes*) y otro real de transmisión de propiedad (con eficacia *erga omnes*). Según el Tribunal Supremo, no puede decirse que el negocio fiduciario se trate de un negocio ficticio, puesto que se quiso y se concertó con todas sus consecuencias. En este sentido, el Alto Tribunal se preocupó por separar los negocios fiduciarios de los negocios simulados¹⁵⁸⁶.

Sin embargo, en cuanto a sus efectos, sólo en contadas ocasiones el TS ha reconocido el efecto transmisivo de la propiedad¹⁵⁸⁷.

Por último, y teniendo en cuenta que la presente comunicación versa concretamente sobre la fiducia inmobiliaria con fines de administración de proyectos de construcción, merece especial interés la sentencia del TS de 14 de julio de 1994, sobre cooperación y ayuda en la edificación de un inmueble. En dicha resolución, el TS califica este negocio fiduciario de negocio real y no simulado, admitiendo una propiedad formal análoga a la *fiducia cum amico*¹⁵⁸⁸.

III. ESTRUCTURA DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA

1. Introducción

Como se ha mencionado *supra*, los rasgos más característicos de la fiducia inmobiliaria son la transmisión de una propiedad fiduciaria, la creación de un patrimonio separado, la doble vinculación (real y obligacional), así como la

¹⁵⁸⁶ Relación de sentencias del TS sobre la concurrencia o no de simulación: *vid.* SSTS de 10 de marzo de 1944, de 23 de febrero de 1951, de 3 de mayo de 1955, de 25 de septiembre de 1956 entre otras. En C. Fuenteseca, *El negocio... op. cit.* pp. 201, ss.

¹⁵⁸⁷ Entre otras, *vid.* SSTS de 30 de marzo de 2004, de 26 de julio de 2004, de 31 de octubre de 2003, de 14 de marzo de 2002, de 1 de febrero de 2002, de 5 de diciembre de 2001, de 17 de julio de 2001, de 26 de abril de 2001, 18 febrero 1965, de 10 julio 1957, 31 octubre 1955, 25 mayo 1944, de 10 marzo 1944. *Vid.* B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia... op. cit.*, pp. 110-116; C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario... op. cit.*, pp. 96-207; I. Solís Villa, "Negocio fiduciario y fideicomiso en España", *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Madrid, Banco de Bilbao, 1980., pp. 103-115. Este autor considera que "nuestra jurisprudencia, aun cuando frecuentemente invoca la expresión negocio fiduciario y dice seguir la teoría del doble efecto, sin embargo, si se examinan con detenimiento las distintas resoluciones y los hechos, se ve que solamente en algunos casos, es donde en verdad y con todo rigor ha llevado la teoría hasta sus últimas consecuencias"; R. Caro Gándara, "La transmisión... op. cit.", p. 14.

¹⁵⁸⁸ C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario... op. cit.*, p.102. Resolución con equivalente análisis, SAP 30 de junio de 1997.

existencia de una conexidad o pluralidad contractual. Debido al límite temporal y espacial de la presente comunicación, me limitaré a mencionar los aspectos más relevantes de los mismos.

2. Concepto, naturaleza y clasificación

La fiducia inmobiliaria se puede definir, en general, como aquel negocio fiduciario en virtud del cual el fiduciante (constructor/promotor) transmite la propiedad de ciertos bienes al fiduciario (sociedad fiduciaria) con la finalidad de que éste último administre los recursos y bienes ligados a la ejecución de un proyecto inmobiliario, con la obligación de retransmitirlos -bien al fiduciante o bien al beneficiario designado por él- una vez finalizada la función para la cual se contrató.

En cuanto a la naturaleza de este negocio jurídico, algunos autores señalan que el contrato de fiducia, a pesar de tener como una de sus principales consecuencias la transmisión fiduciaria, es un contrato consensual, y no real¹⁵⁸⁹.

Se puede clasificar en tres tipos¹⁵⁹⁰:

- a) De preventas, que conlleva para la sociedad fiduciaria la obligación de recaudar la cantidad de dinero suficiente para la ejecución del proyecto
- b) De administración y pagos, en la que el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad de un bien inmueble, con el objetivo de que éste último administre el proyecto de construcción, efectúe los pagos necesarios y transfiera las unidades inmuebles resultantes a los beneficiarios correspondientes.
- c) De tesorería, en la que la principal función de la fiduciaria es invertir y administrar los recursos en efectivo destinados al desarrollo del proyecto.

3. Sujetos que intervienen

¹⁵⁸⁹ C. A. Molina Sandoval, *El fideicomiso... op. cit.*, p. 289.

¹⁵⁹⁰ L. G. Baena Cárdenas, *Fiducia inmobiliaria...op. cit.*, p. 32.

Las partes integrantes del contrato de fiducia son, principalmente, tres: fiduciante (que se obliga a transmitir la titularidad del bien inmueble al fiduciario para que se desarrolle el proyecto inmobiliario. Puede ser persona física o jurídica¹⁵⁹¹), fiduciario (cuyas obligaciones principales son la de rendir cuentas, proteger el derecho real transmitido y retransmitir el bien inmueble) y beneficiario (adquirente de las unidades inmuebles resultantes), sin perjuicio del resto de sujetos que intervienen de alguna forma en la fiducia inmobiliaria o que se ven influidos por la misma (como los bancos, las empresas de construcción, etc.)¹⁵⁹².

Los derechos y obligaciones de cada una de las partes se determinarán, con carácter general, mediante la autonomía de la voluntad de que gozan las partes, a través de las cláusulas correspondientes en los contratos fiduciarios, sin perjuicio de aquellas reglas y principios generales integrantes del ordenamiento jurídico español que sean de obligado cumplimiento¹⁵⁹³.

4. Desdoblamiento del negocio en dos: uno real y otro obligacional

El negocio fiduciario es un negocio complejo, característico por su doble juego o doble nexo de relaciones. De este modo, está compuesto por un vínculo real, que incorpora todos los aspectos reales relativos a la transmisión de la propiedad fiduciaria, y que tiene un sentido externo, pues esta titularidad tiene efectos *erga omnes* una vez se cumplan las formalidades correspondientes¹⁵⁹⁴; y un vínculo obligacional, relativo a los aspectos personales o internos del negocio, configurado por los derechos y obligaciones contractuales y legales que el

¹⁵⁹¹ C. A. Molina Sandoval, *El fideicomiso... op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁹² Analizando las partes intervinientes en la fiducia inmobiliaria, L. G. Baena Cárdenas, *Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho de consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 187, ss.; S. Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América latina*, Colombia, Legis, 2017, pp. 478 y 479.

¹⁵⁹³ A falta de *lex specialis* (es decir, en caso de insuficiencia o vacío normativo), hay que acudir a la *lex generalis* - normativa que regule el sistema general de contratos-. En C. A. Molina Sandoval, *El fideicomiso... op. cit.*, pp. 259 y 260.

¹⁵⁹⁴ En el caso de inmuebles, el dominio se adquiere entre partes con título y modo -inscripción en Registro de la propiedad-, de forma que la adquisición no será oponible frente a terceros hasta mientras no esté registrada, en C. A. Molina Sandoval, *El fideicomiso... op. cit.*, pp. 20, 75, 79, 193 y 194.

fiduciario, el fiduciante, el beneficiario y el fideicomisario han asumido. Esta conexión personal sólo afecta a las partes, no a terceros¹⁵⁹⁵.

5. Propiedad fiduciaria

La esencia de la fiducia inmobiliaria se basa en la transferencia de la propiedad fiduciaria del bien (que suele ser el terreno en el que se va a construir el proyecto inmobiliario) al fiduciario, que goza de las facultades de dueño, pudiendo ejercer todas las acciones que correspondan a la defensa de los bienes fiduciarios e incluso disponer de ellos o gravarlos cuando lo requieran los fines de la fiducia. Si se trata de actos de disposición sobre bienes inmuebles, deberán efectuarse mediante las particularidades formales que exija el ordenamiento jurídico (elevación a escritura pública y posterior inscripción, por ejemplo)¹⁵⁹⁶.

6. Patrimonio separado

Los bienes transmitidos al fiduciario no se integran en el patrimonio de aquél, sino que constituyen un patrimonio autónomo, separado tanto de la masa del fiduciante como del fiduciario. Por ello, se encuentra exento de la acción (tanto

¹⁵⁹⁵ Sobre esta doble faceta (real y obligacional) del negocio fiduciario, *vid.* I., Solís Villa, "Negocio fiduciario... *op. cit.*", pp. 103, 104 y 106. En palabras de este autor, "En estos supuestos, el principal problema que se plantea es hasta qué punto están conectados los dos negocios, porque el negocio fiduciario, tal como hoy lo conocemos, viene presidido por lo que se ha venido en llamar la teoría del doble efecto, que implica una desconexión total entre el negocio de transferencia y el negocio obligacional, de tal modo que se nos dice que cuando al acreedor se le transmite la finca, él se convierte en verdadero propietario, con todas las facultades, incluyendo la de transmitir a un tercero".

¹⁵⁹⁶ Si hemos de partir del desdoblamiento del negocio fiduciario en negocio real y negocio obligacional, debemos tener en cuenta que sólo los aspectos reales pueden tener acceso al registro, pues los derechos meramente personales no son inscribibles. En este sentido, accederán al Registro tanto el título de transmisión fiduciaria como el pacto de fiducia. (apartados segundo y tercero del artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Tratándose de un bien inmueble, en la escritura de transmisión debe señalarse el destino del mismo (y su carácter fiduciario). Si se omite tal información, nos preguntamos cuáles serían sus consecuencias. Resultará problemático inscribir un dominio como fiduciario si del acto (de adquisición) que se pretende inscribir no surge tal carácter. Problema añadido: si el notario se niega a señalar el carácter fiduciario, dicha transmisión tendrá aún más dificultades a la hora de ser inscrita en el Registro de la propiedad. Como puede verse, dejar constancia de ello en el documento público es de gran importancia, por las consecuencias que genera su omisión. *Vid.* C. A. Molina Sandoval, *El fideicomiso... op. cit.*, pp. 204 y 205.

individual como colectiva) de los acreedores de ambos contratantes¹⁵⁹⁷. Así, el patrimonio fiduciario únicamente responde frente a las propias deudas generadas en el seno de la actividad fiduciaria.

Esta impermeabilidad o aislamiento patrimonial constituye una de las principales ventajas de este negocio jurídico, pues los futuros adquirentes de vivienda tienen la tranquilidad de que la finalización y éxito del proyecto inmobiliario no se va a ver truncado por la falta de liquidez o supuesto de insolvencia del constructor/promotor¹⁵⁹⁸.

7. Conexidad o pluralidad contractual

Por otra parte, debe mencionarse el fenómeno de la conexidad o agrupamiento contractual, que constituye uno de los rasgos más característicos de la fiducia inmobiliaria¹⁵⁹⁹.

En este sentido, el esquema de la fiducia inmobiliaria resulta de la combinación de varios contratos que presentan un nexo causal o funcional entre sí, por ejemplo: contrato de fiducia entre el promotor y la sociedad fiduciaria, contrato de vinculación, contrato de opción de compra o contrato de promesa (que les vincula con el futuro adquirente de vivienda), contrato de crédito (a través del cual se vinculan, en su caso, con la entidad de crédito), etc.

IV. LEY APLICABLE A LA FIDUCIA INMOBILIARIA EN SUPUESTOS TRANSFRONTERIZOS

En aquellos supuestos de fiducia inmobiliaria en los que existan dos o más elementos transfronterizos (supuestos de “fiducia inmobiliaria internacional”), los órganos jurisdiccionales competentes deberán acudir a las normas de

¹⁵⁹⁷ Salvo supuesto de fraude de ley.

¹⁵⁹⁸ Una separación patrimonial efectiva supone la no confusión patrimonial entre los bienes personales del fiduciario y el patrimonio fiduciario. De modo que los acreedores del fiduciario insolvente no podrían embargar los bienes aunque el fiduciario figure formalmente como propietario. *Vid.* E. Estrada Alonso, *El fideicomiso... op. cit.*, pp. 2, 105 y 109.

¹⁵⁹⁹ L. G. Baena Cárdenas, *Fiducia inmobiliaria... op. cit.*, pp. 38-69.

conflicto correspondientes a fin de determinar qué ordenamiento jurídico regirá la validez y eficacia (*inter-partes* y frente a terceros) del contrato de fiducia.

Para ello, deberán proceder previamente a la calificación del negocio jurídico en cuestión.

1. Ley aplicable a la validez (título) y al contenido obligacional del contrato

Con respecto a la ley aplicable a la validez y al contenido de los aspectos obligacionales del negocio fiduciario, debemos acudir al Reglamento Roma I, pues tales relaciones de carácter contractual se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación material del mismo¹⁶⁰⁰.

Como establece el artículo 12 de dicho Reglamento, que consagra el principio de unidad del régimen normativo¹⁶⁰¹, que debemos aplicar la *lex contractus* a la interpretación del contrato, al cumplimiento de las obligaciones que genere, a las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones, así como a los modos de extinción del contrato¹⁶⁰².

Junto a esta regla general, el Reglamento contiene una serie de reglas especiales, como la relativa a la forma del contrato. En los supuestos en los que el objeto del contrato sea un derecho real, se deberán respetar las normas internacionalmente imperativas del país de situación del inmueble¹⁶⁰³.

La regla base de este Reglamento es la autonomía de la voluntad¹⁶⁰⁴. En virtud de este principio, recogido en el apartado primero del artículo 3, las partes contratantes -que son quienes están en las mejores condiciones para identificar la ley que mejor se ajusta a su contrato y, por tanto, los mejores jueces de sus

¹⁶⁰⁰ M. Checa Martínez, *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1998, p.124.

¹⁶⁰¹ F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2017, p.385.

¹⁶⁰² J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Reuters/Civitas, 2016, pp. 581, ss.

¹⁶⁰³ F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho... op. cit.* p. 388.

¹⁶⁰⁴ F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho... op. cit.* p.358.

propios intereses¹⁶⁰⁵-, pueden elegir la ley rectora del contrato¹⁶⁰⁶. En la práctica profesional, es muy habitual incorporar en el contrato de fiducia una cláusula de elección de ley de este tipo.

Cuando las partes no han elegido la ley aplicable, el Reglamento establece un elenco de 8 reglas, en función de la naturaleza del contrato¹⁶⁰⁷. Nos interesa especialmente los tipos insertos en las letras b) y c), correspondientes al "contrato de prestación de servicios" y al "contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario", respectivamente. En este sentido, la fiducia inmobiliaria parece encajar en ambos tipos, pues está relacionada tanto con la prestación de servicios -en el sentido de que la sociedad fiduciaria presta el servicio de administración de la construcción inmobiliaria-, como con los derechos reales inmobiliarios -en el sentido de que se produce una transmisión fiduciaria del bien inmueble en cuestión-. Corresponderá al órgano jurisdiccional español concretar tales conceptos, y lo hará exclusivamente con criterios interpretativos propios del Reglamento¹⁶⁰⁸.

2. Ley aplicable a la constitución, transmisión, contenido, publicidad y eficacia del derecho real

Por su parte, la ley aplicable a los aspectos reales de la fiducia inmobiliaria (constitución, transmisión o adquisición, contenido, efectos, así como publicidad) se va a determinar, en ausencia de norma institucional, en virtud de las normas conflictuales insertas en nuestro Código civil.

Conforme al artículo 10.1 Cc, los aspectos reales quedan sometidos a la *lex rei sitae*, es decir, a la Ley del país en el que se encuentren situados los bienes. Sin

¹⁶⁰⁵ J. Carrascosa González, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Madrid, Colex, 2011, pp. 115 y 220; F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho... op. cit.* p. 361.

¹⁶⁰⁶ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.* p. 587. J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2001, pp. 117-167.

¹⁶⁰⁷ F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho... op. cit.* p.361.

¹⁶⁰⁸ Así, para dilucidar en cuál de estas reglas encaja mejor la fiducia inmobiliaria, el órgano jurisdiccional español debe proceder a "catalogar" o "calificar" el contrato. Si éste pertenece a uno de los 8 tipos recogidos en el art. 4.1 del Reglamento Roma I, dicho precepto determinará qué Ley estatal lo regirá. *Vid.* J. Carrascosa González, *La ley... op. cit.*, pp. 176 y 177.

embargo, debe tenerse en cuenta que este esquema no puede aplicarse sin resolver previamente la cuestión de su calificación (*lex fori* del art. 12.1 Cc)¹⁶⁰⁹.

Entre las ventajas que presenta la *lex situs* o *lex rei sitae*, pueden mencionarse las siguientes: 1) es la solución más funcional; 2) los derechos reales son oponibles frente a terceros, por lo que el elemento neutral y común a todos los interesados no puede ser otro que el de localización del bien; 3) es un criterio que ofrece certeza, previsibilidad y protege el tráfico jurídico; 4) normalmente coincidirá con el Estado cuyos tribunales conozcan del litigio y donde se deban implementar las resoluciones judiciales; y 5) en el caso de bienes inmuebles, la *lex rei sitae* funciona sin problemas en cuanto a lo que respecta al conflicto móvil¹⁶¹⁰.

3. Ley aplicable a la oponibilidad de la fiducia inmobiliaria frente a terceros adquirentes y frente a acreedores individuales

La *lex rei sitae* determinará igualmente los efectos de la propiedad fiduciaria transmitida al fiduciario frente terceros adquirentes y frente a ejecuciones instadas por los acreedores individuales -además de la posición que ocupe ese derecho en el orden de preferencias, así como los requisitos formales y efectos de la publicidad registral (art. 10.1 Cc) cuando ésta funcione como requisito de oponibilidad-¹⁶¹¹.

Como se ha mencionado, al tratarse de un bien inmueble, no se darán problemas de conflicto móvil, ni de seguridad jurídica ni de seguridad en el tráfico internacional inherentes al cambio de ubicación del bien, a diferencia de lo que ocurre con los bienes muebles. Así, la *lex rei sitae* para los supuestos de fiducia inmobiliaria se trata, en principio, de una ley previsible para las partes.

4. Ley aplicable a su oponibilidad en procedimientos de insolvencia

¹⁶⁰⁹ A. Ybarra Bores, "Los problemas de aplicación de Derecho Internacional Privado", en A. Rodríguez Benot (dir.), *Manual de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 145-165, esp. p. 146.

¹⁶¹⁰ Analizando estas ventajas: J. Carrascosa González, *Conflicto... op. cit.*, pp. 241, ss.; F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho... op. cit.* p. 424.

¹⁶¹¹ R. Caro Gándara, "La transmisión...", *op. cit.*, pp. 35.

Con respecto a los efectos de la fiducia inmobiliaria en los procedimientos concursales, aquéllos quedan sometidos a los principios y normas concursales conforme a la *lex concursus*.

En este sentido, tanto el art. 7 Reglamento (UE) 2015/848 de insolvencia -que sólo se aplica a los concursos europeos, es decir, a aquellos que se abran sobre deudores cuyo centro de intereses se encuentre en un Estado Miembro¹⁶¹²- como el art. 200 la Ley concursal, parten de la misma solución: la ley aplicable tanto a los aspectos procedimentales de la insolvencia, como a sus aspectos sustantivos es, en principio, la ley del Estado donde se haya abierto el procedimiento concursal o *lex fori concursus*.

No debe dejar de mencionarse, como una de las excepciones a la *lex concursus*, la aplicación de la *lex rei sitae* a los efectos del concurso sobre los contratos relativos a la adquisición de inmuebles.

V. CONCLUSIONES

Pese a las innumerables ventajas que presenta este esquema fiduciario, tales como la confianza, la flexibilidad, el amplio margen de autonomía contractual de que gozan las partes, la separación patrimonial de los bienes fiduciarios, etc., la validez y eficacia de la fiducia inmobiliaria en España es bastante incierta, debido a la deficiente regulación material en el Derecho privado español actual, a la marcada disparidad doctrinal en esta materia y a las contradicciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Estos inconvenientes no sólo dificultan su eficacia en el tráfico jurídico interno, sino también en el ámbito del comercio internacional, donde habrá de enfrentarse, además, a los problemas derivados de la aplicación de las normas de conflicto correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA

¹⁶¹² R. Caro Gándara, "La transmisión...", *op. cit.*, pp. 35 y 45.

ARSAC, A., *La propriété fiduciaire: nature et régime*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2015.

BAENA CÁRDENAS, L. G., *Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho de consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

BERDAH, A., *La fiducie*, Nice, Les éditions ovadia, 2010.

BOUZA VIDAL, "Las garantías mobiliarias en el comercio internacional", Barcelona, Marcial Pons, 1991.

CÁMARA LAPUENTE, S., "El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización", en *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003.

CÁMARA LAPUENTE, S., 'Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español', *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, pp. 1757, ss.

CARO GÁNDARA, R., "La transmisión de propiedad en garantía o fiducia cum creditore en el comercio internacional: su validez y eficacia en España", *AEDIPr*, t. XVII, 2017.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y teoría económica*, Madrid, Colex, 2011.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2001.

CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1998.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.

ESTRADA ALONSO, A., *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

ETCHEGARAY, N. P., *Fideicomiso*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS J. C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Reuters/Civitas, 2016.

FUENTESECA, C., *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1997.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2017, p.385.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2016.

MARTIN LEÓN, A., *Negocios Fiduciarios, simulación y transmisión de la Propiedad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., "Los principales sistemas de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en el Derecho europeo", *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2009.

MOLINA SANDOVAL, C. A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos aires, Euros Editores, 2009.

ORTIZ VIDAL, M. D., *La ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*, Granada, Comares, 2014.

RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Negocios fiduciarios: su significación en América latina*, Colombia, Legis, 2017.

RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales en el comercio internacional*, Madrid, Civitas, 1993.

SOLÍS VILLA, I., "Negocio fiduciario y fideicomiso en España", *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Madrid, Banco de Bilbao, 1980.

YBARRA BORES, A., "Los problemas de aplicación de Derecho Internacional Privado", en A. Rodríguez Benot (dir.), *Manual de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 2017.

Derecho Mercantil

Sociedades mercantiles públicas: problemas de gestión y herramientas de gobierno corporativo

Alejandro Serrano Romera

Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

A modo de exordio, consideramos apropiado delimitar, de manera esquematizada, lo que debe entenderse por empresa o sociedad mercantil de carácter público. Si principiamos nuestro análisis partiendo de la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, pudiera decirse que la Constitución Española de 1978 contempla un punto de vista básicamente economicista en la previsión de estas figuras; así, podemos conjugar sus artículos 38 y 128 para concluir que las instancias públicas se encuentran habilitadas para actuar en el mercado como agentes económicos manteniendo un absoluto respeto a la libertad de empresa¹⁶¹³, a salvedad de las excepciones constitucionalmente consideradas¹⁶¹⁴.

Pero, más allá de esta visión predominantemente económica y en coherencia con la potencial variedad de personificaciones empresariales disponibles en función de sus fines, algunos autores¹⁶¹⁵ han puesto el foco en cuestiones fundamentales tales como: la personalidad jurídica independiente (o no) respecto de la Administración matriz; las finalidades más o menos públicas *vs.* más o menos económicas que legitiman su creación así como la posible quiebra de la esencia asociativa en aquellas sociedades dominadas y gobernadas por un socio único; la facultad de control de la sociedad en aquellas empresas de participación pública, el ánimo de lucro ínsito en la figura empresarial o la

¹⁶¹³ Vid. OLIVA BLÁZQUEZ, F., "A vueltas con el concepto de empresa: la empresa comunitaria y la empresa pública" Estado y Derecho: Nuevos roles en la economía. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional. Quito. 2013, pp. 121-147.

¹⁶¹⁴ Cfr. a este respecto la STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989-7352).

¹⁶¹⁵ Vid. SUAN RODRÍGUEZ, C. "La empresa pública bajo forma societaria. ¿Supone su régimen jurídico una derogación del derecho común de sociedades? El problema de su control." en Anales de la Academia Sevillana del Notariado. Academia Sevillana del Notariado. Tomo VII. pp. 2-11.

asunción plena o relativa del riesgo o dirección por parte de la Administración. A resultas de estos elementos podrán distinguirse:

- a) Sociedades Públicas sometidas al régimen general de las sociedades de capital y que actúan en régimen competitivo o de mercado y Sociedades prestadoras de servicios o intereses públicos.
- b) Sociedades de Gestión directa (un solo socio) o de Gestión indirecta (varios socios, como en el caso de las sociedades de economía mixta).
- c) Sociedades Públicas de Derecho Público (con o sin personalidad jurídica) y Sociedades de Derecho Privado (con participación única o mixta).
- d) Sociedades de accionariado público excluyente, Sociedades de accionariado público y privado concurrente y Sociedades de participación pública indirecta (filiales de otras empresas públicas).

Por otro lado, la legislación jurídico-positiva actual prevé con naturalidad la figura de la empresa pública, tanto a nivel estatal¹⁶¹⁶ como en la estructura de la Administración autonómica en base a su constitucionalmente reconocida potestad de autoorganización¹⁶¹⁷. Resulta palpable en las respectivas legislaciones encargadas de regular y organizar el sector público empresarial la recurrencia a dos de los criterios antes mencionados: el económico (participación pública en el capital social) y el de control (presencia mayoritaria en los órganos de gobierno y administración societarios).

Mención específica merece el ámbito atinente a la Administración Local que, al igual que en el ámbito estatal y autonómico, tiene capacidad legalmente reconocida para la constitución y regulación de empresas públicas de carácter local y, también del mismo modo, con una finalidad estrictamente económica o bien para la prestación de servicios públicos de su competencia¹⁶¹⁸. Como

¹⁶¹⁶ Cfr. arts. 111 a 117 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE nº. 236, de 2 de octubre de 2015.

¹⁶¹⁷ Potestad derivada de la proclamación realizada por la Constitución Española en sus artículos 2, 137, 143 y 156, en virtud de los cuales, se reconoce, entre otros, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones.

¹⁶¹⁸ Cfr. arts. 85.2 A) letra d) y 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, sendos artículos redactados conforme a la relevante Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que supuso una reordenación sustancial del régimen local tanto en materia competencial como en la garantía y mantenimiento de la estabilidad económico-financiera y presupuestaria.

circunstancias que definen a las sociedades mercantiles locales podemos referirnos a: participación de la entidad local en el capital social de forma mayoritaria; mayoría de derechos de voto; capacidad de destitución de la mayoría de miembros de los órganos de gobierno societario y designación de la mayoría de administradores por la entidad local¹⁶¹⁹.

Por último, nos referiremos a la concepción europea de empresa que se desprende del ordenamiento jurídico comunitario; a estos efectos según el artículo 2º de la Directiva n º 80/723, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, se entiende por empresa pública: cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen¹⁶²⁰.

Recapitulando y como rasgos definitorios de la empresa pública, puede convenirse con OLIVA BLÁZQUEZ¹⁶²¹ que:

a) Nos encontramos ante un ente instrumental que pertenece a una Administración Pública y del que ésta se vale para introducirse en el mercado y de esta manera prestar un servicio público de manera eficiente o bien sencillamente para desarrollar una actividad económica en pie de igualdad con el resto de competidores del sector privado.

b) La relación Administración-Empresa pública se basa en una relación de supremacía de la primera sobre la segunda, que se traducirá o bien en una participación mayoritaria de la Administración matriz o bien en una posición decisoria dominante en las tareas de gestión y administración.

¹⁶¹⁹ El Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, que desarrollaba, en su aplicación a las entidades locales, la Ley de Estabilidad Presupuestaria 18/2001, de 12 de diciembre, comprendía en su artículo 2 el alcance subjetivo del Inventario de Entes del Sector Público Local considerando sociedades mercantiles locales a aquellas sociedades en las que se dé alguna de las mencionadas circunstancias.

¹⁶²⁰ Y sigue aclarando este artículo 2º que: Se presume que hay influencia dominante cuando los poderes públicos, directa o indirectamente, y respecto de la empresa; a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa, o b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

¹⁶²¹ Vid. OLIVA BLÁZQUEZ, F., "A vueltas con el concepto de empresa...". *op. cit.* p. 145.

c) Como cualquier otro aspecto de la administración, la creación de empresas públicas debe tener como finalidad última servir al interés general (*ex art. 103.1 y 128.1 CE*).

d) Por último, y en cuanto a su régimen jurídico regulador, puede decirse que en su origen la empresa pública fue ideada para no someter su actividad a las rígidas reglas del derecho público y facilitar la agilidad y operatividad en el cumplimiento de sus fines, es por ello por lo que generalmente será el derecho privado el dominante en este tipo de figuras, sin que por ello deban dejarse de respetar las reglas esenciales del derecho administrativo ya que, en resumidas cuentas, como expresó nuestro Tribunal Constitucional, se trata de una manifestación del poder público actuando a través de una figura jurídica interpuesta¹⁶²².

II. GESTIÓN Y GOBIERNO CORPORATIVO

Una vez contextualizada la sociedad pública, procede analizar las diversas situaciones que son dables en el día a día de su dirección y gestión y que, por la peculiaridad de su titularidad, merecen un tratamiento específico.

En la evolución de las sociedades de capital en general, resulta llamativa la progresiva separación que han experimentado sus dos principales órganos corporativos, a saber: la Junta General y el órgano encargado de la administración societaria. Este hecho, fruto principalmente de la gradual atomización del derecho de propiedad como resultado de la dispersión accionarial que iba acompañando al nacimiento de las grandes corporaciones, hizo que los legítimos dueños de las sociedades, es decir, los accionistas en su conjunto¹⁶²³, presentasen unos intereses paulatinamente más distantes de los que mostraran –o no evidenciaran, los órganos gestores y de control.

¹⁶²² *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983 de 11 de mayo (F. J. 3º).

¹⁶²³ *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, M., "El gobierno corporativo como instrumento al servicio del accionista minoritario", en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, n.º 10, La Ley. pp. 49-62.

Este choque de intereses ya fue objeto de estudio en las primeras etapas del Gobierno Corporativo¹⁶²⁴ español buscando la necesidad de encontrar soluciones de equilibrio que evitaran la excesiva concentración de poder en cualquiera de los grupos integrantes del accionariado de las sociedades y, la diferente preponderancia que cada grupo ostenta choca asimismo con las funciones gestoras necesarias para un buen gobierno de la sociedad de que se trate.

En el caso de las empresas públicas¹⁶²⁵, resulta decisivo para las mismas el proceso de confusión que se produce en su fuero interno entre las figuras del socio propietario y administrador, ya sea este último cargo ejercido de una manera directa por los representantes públicos elegidos (más generalizado en sociedades de ámbito local) o bien sean los administradores aquellas personas designadas por dichos representantes para su ejercicio delegado.

Hemos de reseñar que la condición de socio derivada de la propiedad pública del ente no conlleva, de una manera directa y taxativa, un deber de lealtad para con la sociedad y su interés social¹⁶²⁶ a la luz de la normativa de sociedades vigente¹⁶²⁷, situación que, sin embargo, si se da para el caso de los administradores que en base a los artículos 225 y 227 se encuentran legalmente sometidos a desempeñar su cargo con la debida diligencia y la lealtad propia de un fiel representante. Ambos deberes son incorporados al TRLSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de

¹⁶²⁴ La expresión gobierno corporativo ha sido objeto de múltiples definiciones. En un intento de aglutinar todas ellas para su aplicación al ámbito societario del derecho público podemos definirlo como: *“El conjunto de instrumentos y estructuras generalmente admitidas de las que se vale legítimamente el poder público con el ánimo declarado de obtener una democratización progresiva, útil y comprometida en la gestión de los intereses generales que, por la propia naturaleza pública del ente, se encuentran representados en el ideario de este tipo de sociedades”*.

¹⁶²⁵ Nos referimos a las sociedades conforme al sentido expuesto en la Introducción, dejando de lado en este trabajo aquellas sociedades participadas por entes públicos de una manera minoritaria y sin potestades de decisión o control de carácter determinante.

¹⁶²⁶ Sin perjuicio del deber de ejercita sus derechos conforme a la buena fe contractual o las posibles exigencias de responsabilidad recogidas en el Código Civil y demás normativa de aplicación a este respecto.

¹⁶²⁷ Actualmente configurada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (TRLSC).

Capital para la mejora del gobierno corporativo, como pieza clave de cualquier sistema de este tipo.

A esta particular situación hemos de unir las obligaciones que, ya en el ámbito administrativo, incumben a cualquier representante público en el ejercicio de sus cargos. Fijémosnos a modo de ejemplo en las sociedades de titularidad íntegramente local; en estos casos, a la condición de socio único del ente local y la representación íntegra (y normalmente directa) en el órgano de administración, se agregan aquellos derechos y obligaciones que podríamos calificar como de carácter organizativo *ex arts. 73.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril y 12 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre*. Correlativo a lo expuesto encontramos el régimen de responsabilidad de dichos miembros que queda claramente expuesto en el art. 78 de la meritada Ley 7/1985, de 2 de abril¹⁶²⁸.

La responsabilidad de la entidad propietaria¹⁶²⁹, en palabras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, se extiende a la necesidad de modificar sus estrategias de gobierno corporativo y en ello tiene un gran valor el proceso de identificar, nominar y elegir a los miembros integrantes del órgano de administración social, sobre todo cuando la Administración pública resulta ser el socio único o mayoritario, siendo recomendable, a fin de minimizar los posibles conflictos de interés, evitar elegir un excesivo número de miembros procedentes de la propia Administración Pública¹⁶³⁰.

¹⁶²⁸ El art. 73.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local señala que “Los miembros de las Corporaciones locales gozan, una vez que tomen posesión de su cargo, de los honores, prerrogativas y distinciones propios del mismo que se establezcan por la Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas y están obligados al cumplimiento estricto de los deberes y obligaciones inherentes a aquél”. Por su parte el art. 12 del 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 prevé que “Los miembros de las Corporaciones Locales tienen el derecho y el deber de asistir, con voz y voto, a las sesiones del Pleno y a las de aquellos otros órganos colegiados de que formen parte [...]”. Finalmente, el art. 78 de la LRBRL afirma que “Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo [...]”.

¹⁶²⁹ Es decir, entidad responsable del ejercicio de los derechos de propiedad, o lo que es lo mismo, derechos políticos y económicos. *Vid.* En este sentido “*Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*”. Servicio de publicaciones OCDE. París. 2011. p. 11.

¹⁶³⁰ *Ibíd.* p. 30.

Aunando todo lo expuesto, puede llegarse a mantener, en la línea sostenida por GARNACHO CABANILLAS¹⁶³¹, que con independencia de los necesarios esfuerzos doctrinales para delimitar los conceptos de propiedad y gestión en las sociedades mercantiles públicas, “*sí habría de predicarse un deber de lealtad societario stricto sensu (o deber fiduciario) para los socios que participan de una manera activa en la gestión de la empresa*”, y ello ya sea por acumular el cargo de administrador social (de hecho o como persona jurídica vinculada) a su condición de socio –o socio de control¹⁶³², ya sea para dar debido cumplimiento a las responsabilidades públicas de carácter institucional que como representantes del socio único titular societario les incumbe.

Es posible colegir de lo señalado hasta ahora que resulta inmanente a la administración pública de una sociedad la injerencia política intrínseca a su gestión, cuestión a la que en relación con la sociedad mercantil local hace mención MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES cuando señala que “*uno de los principales retos en el gobierno de las empresas públicas, es el de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad pública municipal de ejercer activamente sus funciones de propiedad y al mismo tiempo abstenerse de realizar interferencias políticas indebidas en la gestión de la empresa*”¹⁶³³.

A modo de respuesta, desde las nuevas propuestas de gobierno corporativo se alude a la necesidad de instaurar en el sector público programas de *compliance*¹⁶³⁴ que incluyan medidas tendentes a evitar los riesgos de interferencia política o incluso de pasividad o falta de supervisión de la gestión social; algunas proposiciones a este respecto se refieren a: contar con estructuras

¹⁶³¹ Vid. GARNACHO CABANILLAS, L. “*Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital*” en Revista de Derecho de Sociedades nº 52/2018 parte Estudios. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018. p. 10.

¹⁶³² Vid. F.D. 6º de la Sentencia nº 284/2007, de 5 de diciembre del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca donde lo define como: “*Aquel accionista que sin formar parte del órgano de gestión de la sociedad condiciona sistemáticamente, sin embargo, la actuación de sujetos, que formalmente, ostentan la cualidad de administradores.*”

¹⁶³³ Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S. “*Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal*” en Cuadernos de Derecho Local (QDL) nº 35, junio 2014. p.124.

¹⁶³⁴ Literalmente “Cumplimiento normativo”, hace referencia, según la *World compliance association* al **conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales** a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos.

de gobierno corporativo sólidas que faciliten la suficiente información a los órganos de gobierno para adoptar las decisiones de forma ética y atendiendo al interés social de la empresa; asunción de responsabilidad por las decisiones del consejo de administración lo que conlleve el nombramiento suficiente de consejeros no ejecutivos que carezcan de ataduras que les impidan actuar en el mejor interés de la sociedad; medidas que impidan la intromisión de intereses políticos sin dejar de lado la facultad política de supervisión; la existencia de unidades o comités encargados del seguimiento del programa de cumplimiento normativo y con poderes suficientes para tratar temas de dirección con sus responsables¹⁶³⁵.

Podrían plantearse asimismo el traslado voluntario a las empresas públicas de algunas medidas y disposiciones legales de obligado cumplimiento establecidas actualmente para las sociedades cotizadas, al modo que han venido realizando –como muestra de probidad en su actividad- algunas sociedades que cotizan en el mercado alternativo bursátil, adoptando por ejemplo, como señala HIERRO ANIBARRO¹⁶³⁶, sendos reglamentos de la junta general de socios y del consejo de administración, que tengan por objeto regular la gestión y control de la información privilegiada, la comunicación de la información relevante, el régimen de operaciones personales, normas de conducta o la gestión de los posibles conflictos de interés.

Avanzando en nuestro análisis, procede a continuación detenerse brevemente en la posibilidad de aplicar *mutatis mutandis* la figura del abuso de derecho a la actuación pública en las sociedades mercantiles de esta naturaleza. Como afirma nuestra jurisprudencia, el abuso de derecho –o el ejercicio antisocial del mismo- supone que, aun respetando los límites formales, se produzca una vulneración de los valores o de la idea axiológica que forma parte del contenido de la norma¹⁶³⁷. Esta concepción exclusivamente privatista de la figura del abuso

¹⁶³⁵ Vid. HERNÁNDEZ CUADRA, E., “Los tres retos de la empresa pública con el compliance” en Compromiso Empresarial.

<https://www.compromisoempresarial.com/transparencia/buen-gobierno-transparencia-2/2017/06/los-tres-retos-de-la-empresa-publica-con-el-compliance/>. (Consultado: 19/08/2018).

¹⁶³⁶ Vid. HIERRO ANIBARRO, S., “Gobierno corporativo en sistemas multilaterales de negociación” en revista de Derecho Bancario y Bursátil. N° 135. LEX NOVA. 2014. p. 16.

¹⁶³⁷ Vid. Sentencia del TS de 3 de junio de 2002.

de derecho fue también considerada por nuestro Alto Tribunal con referencia al Derecho Público, asimilándola a un ejercicio arbitrario de las potestades administrativas que influyan de forma perniciosa en el fin institucional, social o económico del ente público y resultando por ello, radicalmente antijurídico¹⁶³⁸.

Así, parte de la doctrina lo contempla como un instrumento o figura de equilibrio entre los intereses individuales y los fines institucionales¹⁶³⁹, poniendo de manifiesto la necesidad del *animus* intencional que debe residir en el sujeto pasivo sobre las consecuencias antisociales que su actuación ocasiona. Nótese como la doctrina administrativista acude a la teoría de la invalidez del acto para justificar el encaje funcional de la teoría del abuso del derecho, desligando la actuación del ámbito de la moralidad y dictaminando dicha actuación como infracción de la adecuada finalidad por la que el ordenamiento atribuye ese derecho¹⁶⁴⁰, pudiendo incluso darse todos los elementos del tipo reconocido como desviación de poder¹⁶⁴¹.

En su aplicación al ámbito societario, la institución del abuso de derecho *“nos sirve para sancionar un comportamiento activo o pasivo de alguien que (como puede serlo un socio) sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero”*¹⁶⁴². Este socio, cuando es mayoritario (caso de las empresas públicas objeto de este trabajo), tiene grandes posibilidades de abuso cuando el sistema establecido legalmente es permisivo con el hecho de que los accionistas controladores ejerzan un grado de control que no se corresponde con el riesgo inherente a su condición de propietarios gracias al uso de instrumentos legales

¹⁶³⁸ Vid. Sentencia del TS de 7 de abril de 2005.

¹⁶³⁹ Vid. CASTILLO BLANCO, F.A., en *“La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho”* cuando en su Capítulo II denominado *“La teoría del abuso del derecho y su aplicabilidad a la actuación abusiva de la administración pública”* hace referencia a la tesis mantenida por Martínez Useros sobre el abuso de derecho. INAP. Madrid. 2007. p. 111.

¹⁶⁴⁰ *Ibíd.* pp. 126-127.

¹⁶⁴¹ De acuerdo con lo previsto en el artículo 70.2 párrafo 2º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: *“Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”*.

¹⁶⁴² Vid. GARNACHO CABANILLAS, L. *“Deber de lealtad...” op. cit.*, p. 7.

para separar la propiedad del control. Este abuso provoca el perjuicio del resto de accionistas y, a resultas, el de los usuarios de la empresa -la ciudadanía-¹⁶⁴³.

Algunas medidas en consonancia con las ideas del gobierno corporativo para combatir estas situaciones abarcan desde una mejora de la información que se proporciona a los órganos directivos, gestores y ciudadanía a la exigencia de un deber de lealtad tanto a la representación política como directiva, o incluso mediante la exigencia vía legal¹⁶⁴⁴ o estatutaria de mayorías cualificadas para determinadas decisiones de los accionistas.

Concluiremos este breve repaso a las distintas situaciones que se ponen de manifiesto en la administración mercantil de ámbito público haciendo una referencia a la cuestión concerniente a la toma de decisiones. Más que el proceso y la formación de las decisiones en sí, lo cual formaría parte del análisis de políticas públicas, nos interesa ahora conocer más bien el dónde se forman dichas decisiones y la posible responsabilidad a la que se encuentran afectas¹⁶⁴⁵. La cuestión fundamental radica en conocer si el órgano encargado de la gestión societaria en la empresa pública (el consejo de administración) toma sus decisiones en paralelo al interés social de la mencionada empresa, esto es, si actúa de acuerdo con principios de rentabilidad económica, lealtad al objeto social, eficacia, eficiencia, transparencia; o si más bien, actúa -directamente o mediatizado- siguiendo instrucciones políticas o vinculaciones de orden superior que desvirtúen el fin público que originó la creación del ente. En este sentido, la profesionalidad directiva de este órgano resulta una condición imprescindible a la hora de dirigir la empresa pública, profesionalidad que en muchos casos queda desvirtuada con nombramientos de perfil político.

¹⁶⁴³ Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S. "*Sociedad mercantil local...*". *op. cit.*, p. 134.

¹⁶⁴⁴ Recordemos que las mayorías establecidas por la ley tienen el carácter de mínimas, sin que los estatutos sociales puedan rebajar esa mayoría mínima, véase a este respecto lo previsto en la Sentencia de 1 de noviembre de 2005 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

¹⁶⁴⁵ Sobre todo, tras la reestructuración y proceso de racionalización al que se han visto sometidas el conjunto de sociedades públicas tras los estragos ocasionados por la crisis económica iniciada en 2008.

Como señala MUÑOZ GIL¹⁶⁴⁶ estas posibles “servidumbres políticas” no implican una exoneración de la responsabilidad personal de cada uno de los miembros del órgano de administración, los cuales han aceptado libre y voluntariamente su nombramiento y disponiendo, al margen de su pertenencia política, de amplias facultades de dirección, gestión y ejecución respecto a la empresa. Como dice el autor citado *ut supra*, “han de aceptarse las reglas del juego y no pretender eludir responsabilidades al amparo de las normas de Derecho administrativo que imponen un régimen de jerarquía ajeno a las normas generales del Derecho mercantil”¹⁶⁴⁷.

Pero es que, como aditamento a lo expuesto, adquiere gran relevancia para la materia que nos ocupa el concepto de administrador de hecho, figura tradicionalmente objeto de anomia en nuestro derecho positivo y que fue objeto de una construcción jurisprudencial evolutiva¹⁶⁴⁸ hasta su primer reconocimiento expreso en 2003 por mor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Actualmente esta figura se halla hoy recogida en el artículo 236.3 del vigente TRLSC¹⁶⁴⁹. Según la jurisprudencia más reciente, la condición de administrador de hecho requiere un elemento negativo (no ser formalmente administrador) y la conjunción de tres caracteres, a saber: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁶ Vid. MUÑOZ GIL, C., “Responsabilidad de los administradores de derecho y de hecho de las sociedades públicas (1)” en Diario La Ley, N° 8371, Sección Doctrina. 2014. LA LEY 4974/2014. pp. 5-6.

¹⁶⁴⁷ *Ibid.* p. 9.

¹⁶⁴⁸ Cfr. Por todas la STS 721/2012, de 4 de diciembre.

¹⁶⁴⁹ Según el cual: “La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

¹⁶⁵⁰ Vid. FD 2° de la STS 224/2016, de 8 de abril.

El hecho de que una Administración Pública, propietaria de la empresa pública correspondiente a través de los instrumentos examinados al inicio de este estudio (mayoría en capital social o posición efectiva de control de los órganos de gobierno y administración), pueda resultar condenada a responsabilidad más allá de la responsabilidad patrimonial general prevista en la legislación general de régimen jurídico administrativo a través de la aplicación preferente de leyes especiales como la concursal o la propia ley de sociedades¹⁶⁵¹, dejan a la Administración en un espacio nada cómodo que exigirían una gestión más profesional y adecuada a los nuevos cánones que desde el Gobierno Corporativo se van facilitando¹⁶⁵².

III. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar, el devenir de una sociedad de capital encierra cantidad de cuestiones por gestionar en su administración y dirección diaria que, trasladadas al ámbito de la empresa pública, venían produciendo una indeterminación y una suerte de juego de aplicaciones normativas rayanas la discrecionalidad del operador jurídico en cada caso.

Las dificultades motivadas por la crisis económica y el cambio de criterio habido en la concepción de estas figuras, no como entidad interpuesta de la Administración para obviar la legislación administrativa, sino como mejor instrumento para la consecución de fines de interés general (dación de bienes, prestaciones o servicio público), han puesto sobre la mesa la necesidad de

¹⁶⁵¹ Vid. VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., "Calificación concursal subordinada del administrador de hecho. Especial referencia a las Administraciones Públicas (Comentario a la SAP Vizcaya de 17 de septiembre de 2013)" en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Nº 20, Sección Comentarios y reseñas de Jurisprudencia, Editorial Wolters Kluwer. 2014. LA LEY 97/2014. pp. 1-5.

¹⁶⁵² V. gr. la figura de los consejeros independientes. Véase a este respecto el estudio realizado por RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., "El futuro de los consejeros independientes" en el libro "Los consejeros independientes en las sociedades de capital españolas". Madrid. 2008. LA LEY 1784/2010. pp. 1-24, y cuyo último párrafo me permito transcribir: "Para concluir con este apartado no quiero dejar de citar a otro tipo de empresas en las que también puede resultar positivo mejorar su gobierno corporativo introduciendo, entre otras medidas de tal índole, consejeros independientes en sus órganos de administración. Se trata de las sociedades municipales cuyos actuales consejos de administración suelen estar monopolizados por políticos y en los que la integración de consejeros independientes, pueden hacer desaparecer la sombra de la corrupción que muchas veces planea, especialmente cuando se trata de sociedades públicas municipales de gestión de suelo".

recurrir a las ya no tan novedosas propuestas de mejora del gobierno corporativo societario desarrolladas en el ámbito privado. Su aplicación a lo público resulta incuestionable, y las actuales exigencias de transparencia y de rendición de cuentas en la gestión de lo público no hacen más que corroborar esta necesidad.

Aquí hemos analizado tan solo ciertas cuestiones puntuales que creemos sirven para mostrar que conceptos tales como: responsabilidad por la gestión, lealtad en el ejercicio del cargo y con el interés social, información adecuada y suficiente o profesionalidad técnica en el desempeño del cargo; constituyen la clave de bóveda para la aplicación de las sugerencias que nos llegan desde los diferentes ámbitos sobre el buen gobierno corporativo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO BLANCO, F.A., en “La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho”. Capítulo II: “La teoría del abuso del derecho y su aplicabilidad a la actuación abusiva de la administración pública”. INAP. Madrid. 2007.

GARNACHO CABANILLAS, L. “Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital” en Revista de Derecho de Sociedades nº 52/2018 parte Estudios. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.

HERNÁNDEZ CUADRA, E., “Los tres retos de la empresa pública con el compliance” en Compromiso Empresarial.

<https://www.compromisoempresarial.com/transparencia/buen-gobierno-transparencia-2/2017/06/los-tres-retos-de-la-empresa-publica-con-el-compliance/>.

HIERRO ANIBARRO, S., “Gobierno corporativo en sistemas multilaterales de negociación” en revista de Derecho Bancario y Bursátil. Nº 135. LEX NOVA. 2014.

MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S. “Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal” en Cuadernos de Derecho Local (QDL) nº 35, junio 2014.

MUÑOZ GIL, C., "Responsabilidad de los administradores de derecho y de hecho de las sociedades públicas (1)" en Diario La Ley, N° 8371, Sección Doctrina, septiembre 2014.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., "A vueltas con el concepto de empresa: la empresa comunitaria y la empresa pública" Estado y Derecho: Nuevos roles en la economía. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional. Quito. 2013.

OLIVENCIA RUIZ, M., "El gobierno corporativo como instrumento al servicio del accionista minoritario", en Cuadernos de Derecho para Ingenieros, n° 10, La Ley.

RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., "El futuro de los consejeros independientes" en el libro "Los consejeros independientes en las sociedades de capital españolas". Madrid. 2008.

SUAN RODRÍGUEZ, C. "La empresa pública bajo forma societaria. ¿Supone su régimen jurídico una derogación del derecho común de sociedades? El problema de su control." en Anales de la Academia Sevillana del Notariado. Academia Sevillana del Notariado. Tomo VII.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., "Calificación concursal subordinada del administrador de hecho. Especial referencia a las Administraciones Públicas (Comentario a la SAP Vizcaya de 17 de septiembre de 2013)" en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. N° 20, Sección Comentarios y reseñas de Jurisprudencia, Editorial Wolters Kluwer. 2014.

Acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales desde la perspectiva del Derecho inglés

Zofia Bednarz

Profesora de Derecho Mercantil

Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendemos proporcionar una breve reflexión sobre la posible responsabilidad individual en la que pueden incurrir los administradores de una sociedad por las deudas de la misma. En nuestro análisis nos centramos en el ordenamiento jurídico inglés¹⁶⁵³, lo que está motivado por unas diferencias importantes en el planteamiento que recibe la problemática de la responsabilidad individual de los administradores sociales frente a terceros en el Derecho español e inglés, lo que nos permite sacar algunas conclusiones interesantes desde el punto de vista del Derecho comparado.

Ahora bien, en principio en el Derecho inglés no se admite las acciones individuales de terceros contra los administradores sociales, ya que, en términos generales, la doctrina tradicional de velo corporativo sigue prevaleciendo,¹⁶⁵⁴ sin que en práctica se pueda levantar el velo y buscar la responsabilidad individual de los administradores. Dicho esto, no obstante, parece igualmente claro que en algunos casos la actuación negligente o incluso dolosa del administrador puede

1653 Hablando del ordenamiento jurídico inglés, nos estamos refiriendo al Derecho de Inglaterra y Gales (*England and Wales*), perteneciente a la familia de *common law*. El Derecho escoses, por ejemplo, considerado *civil law*, regula las cuestiones de los deberes de los administradores sociales y su responsabilidad de manera diferente, vid. HEIDEMANN, M., "Current Issues of Directors' Liability - The Scottish View", *European Business Law Review*, vol. 27, 2016, is. 2, págs. 243 y ss.

1654 La acción de responsabilidad de los administradores sociales por las deudas de la sociedad frente a terceros es una excepción a la regla general del Derecho de sociedades que es solamente la sociedad que responde por sus deudas, lo que se basa en la autoridad de *Salomon v. Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22, según la cual la sociedad tiene una personalidad jurídica y es un ente completamente distinto de sus miembros y administradores.

causar un daño a los acreedores de la sociedad, que el administrador mismo será obligado a reparar.

En el presente estudio señalamos dos tipos de responsabilidad individual en la que pueden incurrir los administradores sociales en el ordenamiento jurídico inglés: la responsabilidad por actuar de manera fraudulenta o negligente en el ejercicio del comercio (II.) y la responsabilidad por daños a base de *tort of negligence* y *tort of deceit* (III.)¹⁶⁵⁵. El breve análisis de la responsabilidad de los administradores en el Derecho inglés nos permite presentar unas breves conclusiones (IV.) que podrán facilitar una futura investigación, de naturaleza comparativa, centrada también en el Derecho español y las posibilidades de mejora del ordenamiento jurídico.

II. RESPONSABILIDAD POR ACTUAR DE MANERA FRAUDULENTE O NEGLIGENTE EN EL EJERCICIO DEL COMERCIO (*FRAUDULENT OR WRONGFUL TRADING*)

En primer lugar, hay que destacar la responsabilidad en la que pueden incurrir los administradores sociales de una sociedad insolvente que está en concurso, a través de las acciones de las secciones 213 y 214 del Insolvency Act 1986 (en adelante IA 1986) por actuar de manera fraudulenta o negligente en el ejercicio del comercio. Así, la sección 213 del IA 1986 establece que será responsable el administrador de una sociedad concursada, si se demuestra que llevaba a cabo los negocios de la sociedad con la intención de defraudar a los acreedores u otros

1655 En este segundo caso nos centramos precisamente en la (potencial) posibilidad de que, a través de la acción por daño, un acreedor de la sociedad consigue recuperar su deuda. Es un problema de actualidad en el Derecho español que, a través de la acción por daños, los acreedores insatisfechos demandan a los administradores sociales buscando la posibilidad de responsabilizar a los mismos por las deudas de la sociedad, vid. SSTS núm. 131/2016, de 3 de marzo; núm. 253/2016, de 18 de abril 2016; y núm. 472/2016, de 13 de julio entre muchas otras; y el análisis por ejemplo en: COHEN BENCHETRIT, A., "La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia", *Revista de Jurisprudencia Lefebvre El Derecho*, núm. 1, 2017, 1 de abril de 2017; PÉREZ BENÍTEZ, J. J., "El resurgimiento de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales", *Abogacía Española*, 14 de noviembre de 2016, <<https://www.abogacia.es/2016/11/14/el-resurgimiento-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales/>> y HUERTA VIESCA, Ma. I. / RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Responsabilidad de administradores: aportaciones del tribunal supremo en 2016 que se deben conocer", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, 2017, 1 de jul. de 2017.

terceros. La sección 214 del IA 1986, por su parte, se aplica a los directores que llevan a cabo el comercio de manera negligente, contrayendo nuevas obligaciones, cuando ya saben (o deberían saber si empleasen la diligencia debida), que la sociedad no podía evitar la insolvencia.

La regulación actual¹⁶⁵⁶ se adoptó tras un reporte del llamado Comité de Cork¹⁶⁵⁷, que había propuesto la introducción de una responsabilidad jurídicoprivada, donde se aplicaría el estándar de prueba propio del derecho privado¹⁶⁵⁸. Se optó por incluir el supuesto de negligencia en el ejercicio del comercio (*wrongful trading*), según el cual un administrador, aunque sea honesto, pero consciente de la insolvencia inminente de la sociedad administrada no emplea medios necesarios para frenarla, y sigue contrayendo obligaciones con terceros, debería perder el beneficio de la responsabilidad limitada, junto a los administradores que actúan de manera fraudulenta.

El objetivo de las disposiciones parece claro: incentivar a los administradores que no siguen contrayendo obligaciones, sabiendo que la sociedad no las podrá pagar, así pretendiendo proteger a los potenciales acreedores¹⁶⁵⁹. Las normas por lo tanto garantizan un cierto nivel de estándar moral en el comercio¹⁶⁶⁰, protegiendo a los acreedores frente al abuso que puede resultar del principio de la responsabilidad limitada.

La legitimación activa en el caso de la acción de responsabilidad por actuar de manera fraudulenta o negligente en el ejercicio del comercio la tienen los administradores concursales (*liquidators*), mientras que la legitimación pasiva

1656 Nos estamos refiriendo a las secciones 213 y 214 del Insolvency Act 1986, como ponen de relieve KEAY, A. / MURRAY, M., "Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia", *International Insolvency Review*, núm. 14, 2005, págs. 27 y ss., p. 33, prácticamente no hubo intentos por parte del legislador de modificar las normas en cuestión, lo que puede significar que la ley proporciona soluciones legales satisfactorias; o en contrario, la inactividad del legislador se puede también interpretar como una señal simplemente de su inactividad.

1657 The Insolvency Law Review Committee, *Insolvency Law and Practice* 1982 report ("the Cork Report"), Cmnd 858, Her Majesty's Stationery Office, 1982.

1658 Vid. Cork Report para 1777.

1659 KEAY, A. / MURRAY, M., "Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia" op. cit., p. 34.

1660 GODFREY, P. / NIELD, S., "The wrongful trading provisions - all bark and no bite", *Insolvency Law & Practice*, núm. 11, 1995, pp. 139 y ss.

corresponde a los administradores entendidos de manera amplia, incluyendo a los administradores de hecho¹⁶⁶¹ y los llamados *shadow directors*¹⁶⁶².

Los administradores incurren en la responsabilidad de la sección 213 cuando de manera fraudulenta, en perjuicio de los acreedores, continuaban a llevar a cabo las actividades comerciales de la sociedad, estando la misma insolvente. El estándar de la prueba requerido para el fraude es muy alto, por lo que en la práctica son raras las demandas relativas al *fraudulent trading*¹⁶⁶³.

En lo que se refiere a la responsabilidad de la sección 214, por *wrongful trading*, hay que demostrar que los administradores continuaban con el comercio, a pesar de que sabían, o deberían haber sabido¹⁶⁶⁴, que la insolvencia era inevitable¹⁶⁶⁵. Al administrador se le exige una diligencia de una persona razonable, que posee los conocimientos y la experiencia adecuados, lo que el juez interpreta a la luz de los conocimientos y la experiencia que en realidad ostenta el administrador en cuestión¹⁶⁶⁶.

Un problema importante relacionado con la responsabilidad de los administradores de las secciones 213 y 214 del IA 1986 es la posibilidad de invocar la defensa de *ex turpi causa* (de ilegalidad)¹⁶⁶⁷ por el administrador cuando la sociedad es la víctima de su actuación. En *Jetivia SA v Biltal (UK) Limited (in liquidation)* [2015] UKSC 23, el Tribunal Supremo consideró que cuando una

1661 *Re Hydrodan (Corby) Ltd* [1994] 2 BCLC 180.

1662 Conforme a la sección 214(7) del IA 1986. Los *shadow directors* son entendidos como personas cuyas instrucciones los administradores están acostumbrados a seguir (vid. sección 251 Companies Act 2006).

1663 Vid. por ejemplo *Morphitis v Bernasconi* [2003] EWCA Civ 289.

1664 No obstante, el juez tiene en consideración las acciones tomadas por los administradores para minimizar las pérdidas y la perspectiva de la insolvencia, o sea que los administradores no serán responsables, aunque sabían que hay un riesgo de la insolvencia, si razonablemente pensaban, que era inevitable, y actuaron para evitarla, vid. *Re Continental Assurance Co of London plc* [2007] 2 BCLC 287.

1665 Para determinar si la insolvencia era inevitable en el momento dado se aplica el llamado Eurosail test, vid. *BNY Corporate Trustees Services Ltd v Eurosail-UK 2007-3BL plc* [2013] UKSC 28.

1666 *Re Brian D Pierson (Contractors) Ltd* (1999) BCC 26; aplicado recientemente en *Brooks v Armstrong* [2016] EWHC 2289 (Ch); vid. también las observaciones expuestas por KEAY, A. / MURRAY, M., "Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia" op. cit., pp. 35-36.

1667 No se puede demandar indemnización u otro remedio que resultara de una acción ilegal del demandante, *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp 341.

sociedad es víctima de una actuación ilegal (*wrong-doing*) por parte de sus administradores, no se puede atribuir el conocimiento de esta actuación ilegal a la sociedad como defensa frente a la acción del administrador concursal contra los administradores por los daños sufridos por la sociedad en consecuencia de su actuación ilegal¹⁶⁶⁸. La evolución observada entre *Moore Stephens v Stone & Rolls Ltd* [2009] UKHL 39 y *Jetivia SA v Bilta* demuestra creciente preocupación con la necesidad de crear incentivos para no continuar con los negocios en el estado de insolvencia, a través de limitar la posibilidad que los administradores fraudulentos o negligentes se escondan detrás del velo societario¹⁶⁶⁹.

III. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: *TORT OF NEGLIGENCE* Y *TORT OF DECEIT*

Directamente frente a terceros los administradores solo podrían responder a través de la acción de responsabilidad por daños del derecho común (*tort of negligence* o *tort of deceit*). Se trata, en principio, de casos muy limitados, en los que se consigue demostrar el fraude o negligencia cometidos personalmente por el administrador frente al tercero perjudicado.

La responsabilidad de los administradores por daño en el Derecho inglés se basa en el concepto de la asunción de la responsabilidad por el administrador frente al tercero perjudicado. Es una noción típica para el Derecho inglés, que uno será responsable por palabras (o acciones), sobre las que otro actuó¹⁶⁷⁰.

En el caso analizado, de la responsabilidad de un administrador social, realmente estamos ante un ejemplo de *misrepresentation* (error provocado): la responsabilidad basada en el *tort of deceit* o *tort of negligence*. En *Williams v Natural Life Health Foods Ltd* [1998] UKHL 17 se establece que para que responda el

1668 *Jetivia SA v Bilta* introduce por fin claridad al respecto de la defensa *ex turpi causa* en el contexto societario; CROSS, E., "Case Comment: *Jetivia SA & Anor v Bilta (UK) Ltd & Ors* [2015] UKSC 23, Part 1 & 2", *UK Supreme Court Blog*, 28 Apr 2016.

1669 Vid. observaciones al respecto de la doctrina del velo *infra* en III. Responsabilidad por daños.

1670 Cfr. por ejemplo con el concepto del contrato de agencia, *agency agreement*, por ejemplo en *Chaudhry v Prabhakar* [1989] 1 WLR 29.

administrador, tiene que haber una efectiva asunción de la responsabilidad por su parte frente a quien sufrió el daño.

Tenemos que atender a los hechos del caso *Williams v Natural Life Health Foods Ltd* para poder entender mejor el concepto de asunción de responsabilidad. Señor Williams recibió un folleto informativo de Natural Life Ltd, una empresa franquiciadora de tiendas de comida sana. En el folleto el administrador de Natural Life Ltd, señor Mistlin, aparecía como una persona con mucha experiencia en el sector y aseguraba que el negocio era un éxito. Cuando señor Williams perdió dinero en su franquicia, demandó al administrador señor Mistlin por proporcionar consejos negligentes. No obstante, el Tribunal Supremo (entonces House of Lords) desestima la acción, apuntando a que no hubo una relación directa entre señores Williams y Mistlin, y que faltó probar que señor Williams actuó confiando en las palabras de señor Mistlin¹⁶⁷¹.

El administrador puede asumir la responsabilidad no solo a través de las palabras expresas que dice (como en el típico caso de *representation*¹⁶⁷²), sino también a través de una conducta o firmando un contrato. Así resulta de en *Contex Drouzhba Ltd v Wiseman and Another CA* [2007] EWCA Civ 1201, en el que el administrador firma un contrato que estipula que se hará una transferencia a favor del acreedor dentro de los 30 días siguientes a la entrega de la mercancía, sabiendo el administrador que la sociedad era insolvente e incapaz de hacer frente a las obligaciones.

Es una decisión interesante por dos motivos. En primer lugar, estamos ante la posible¹⁶⁷³ concurrencia entre la acción en responsabilidad por daños y la de las

1671 Falto el elemento de *reliance*, en el sentido de que uno actúa, en el caso analizado celebra el contrato de franquicia, basando su decisión en alguna información falsa, proporcionada por el otro, que es consciente de su falsedad (en este caso hablamos del fraude, *tort of deceit*) o debería ser consciente, si hubiese empleado la diligencia requerida (estamos ante una negligencia, *tort of negligence*), vid. el principio de *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.

1672 El concepto de *representation* se entiende como una afirmación de los hechos, que el que la hace pretende que el otro actúe conforme a dicha afirmación (*a statement of fact intended to be relied upon*), vid. *Dimmock v Hallett* (1866) LR 2 Ch App 21.

1673 Es una concurrencia potencial: si el administrador firma una carta que asegura la solvencia de la sociedad, sabiendo que no es verdad, no tiene porque tener lugar la acción de la sección 213 IA 1986, pero sí la acción en *tort of deceit*.

secciones 213 y 214 IA 1986 mencionadas arriba. Los jueces admiten entonces una acción por daños, más beneficiosa para el acreedor demandante, quien tiene en este caso la legitimación activa.

En segundo lugar, merece una mención el argumento de la defensa, que el administrador firmó el contrato en su capacidad de tal, por lo que la verdadera firmante y por lo tanto responsable era la sociedad. Los jueces consideraron que cuando el administrador comete una representación falsa y fraudulenta (*fraudulent representation*), será el responsable, y no la sociedad. No obstante, se advierte que cada supuesto depende de las circunstancias específicas y que no se puede concluir que cada contrato firmado por los administradores contiene representaciones hechas personalmente por ellos mismos.

Sin embargo, siguen siendo muy escasos los supuestos donde se admite la responsabilidad personal e individual de los administradores. En la mayoría de los casos parece que la doctrina tradicional de velo corporativo sigue prevaleciendo¹⁶⁷⁴, sin que en práctica se pueda levantar el velo y buscar la responsabilidad individual de los administradores, incluso cuando la sociedad deja de existir tras el concurso. Así en *VTB Capital plc v Nutritek International Corp* [2013] UKSC 5 y *Prest v Petrodel Resources Ltd* [2013] UKSC 34 se reafirma que solo se podría levantar el velo, y exigir la responsabilidad individual de los administradores (recordamos que en los casos citados estamos ante las sociedades formadas por socios únicos que luego son administradores de las mismas), cuando se prueba que la persona que formó la sociedad lo hizo con el propósito de evitar la responsabilidad individual.

IV. CONCLUSIONES

Nuestro breve estudio del problema de la responsabilidad de los administradores en el Derecho inglés está motivado por las observaciones y

1674 SPOTORNO, A. R., "Piercing the Corporate Veil in the UK: The Never-Ending Mess", *Business Law Review*, núm. 39, is. 4, 2018, pp. 102 y ss., vid. también sobre la aplicación de la técnica jurisprudencial del levantamiento del velo en España: GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M^a B., "La doctrina del levantamiento del velo societario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: status quaestionis", *La Ley Mercantil*, núm. 26, 2016, pp. 3 y ss.

conclusiones de carácter comparativo¹⁶⁷⁵ que nos permite sacar. Partimos de una observación sobre la práctica española, donde parece que estamos ante un resurgimiento de la acción de responsabilidad individual de los administradores por daños, que pueden interponer los acreedores insatisfechos de la sociedad¹⁶⁷⁶. La breve comparativa del sistema español con el ordenamiento inglés nos hace reflexionar sobre, a lo mejor, un poco demasiada facilidad con la que los tribunales en España admiten la acción por daño contra el administrador.

La proliferación de los casos lleva consigo varias consecuencias poco deseables, desde las resoluciones que se contradicen, hasta limitar el principio de la personalidad jurídica de la sociedad administrada. Precisamente estas son las razones que en el Derecho inglés llevan a la restricción importante de las acciones de responsabilidad individual, tanto por daños, como de las secciones 213 y 214 IA 1986¹⁶⁷⁷. El requerimiento de la asunción personal y expresa de la responsabilidad frente al acreedor perjudicado lo hace un instrumento muy restringido en la práctica. Sigue prevaleciendo la doctrina del velo, con el objetivo de promover el comercio y la actividad comercial de los empresarios sociales.

En términos generales, podemos concluir que se está exigiendo a los legisladores y a los jueces, cada vez más, que hagan que los administradores respondan personalmente por las deudas sociales. Los acreedores insatisfechos, por ejemplo, acuden a la vía de las acciones dirigidas contra los administradores sociales intentando cobrar sus créditos. No obstante, el Derecho tiene que buscar un equilibrio entre el interés económico de los acreedores, por un lado, y la seguridad de transacciones y el principio de la personalidad jurídica de la sociedad, por el otro. Responsabilizar a los administradores por las deudas

1675 Sobre el interés de los estudios del Derecho comparado vid. por ejemplo ZWEIGERT, K. / KOTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 3ª ed., traducción al inglés WEIR, T., Oxford University Press and JCB Mohr Paul Siebeck, 1998, pp. 15 y ss.

1676 Vid. *supra* nota 3.

1677 Sobre la justificación teórica de las disposiciones relativas a *wrongful trading* vid. por ejemplo: OESTERLE, D., "Corporate Directors' Personal Liability for 'Insolvent Trading' in Australia, 'Reckless Trading' in New Zealand and 'Wrongful Trading' in England: A Recipe for Timid Directors, Hamstrung Controlling Shareholders and Skittish Lenders" en RAMSAY, I. M. (dir.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, Melbourne, Centre for Corporate Law and Securities Regulation and CCH Australia, 2000; MOKAL, R. J., "An Agency Cost Analysis of the Wrongful Trading Provisions: Redistribution, Perverse Incentives and the Creditors' Bargain", *Cambridge Law Journal*, núm. 59, 2000, pp. 335 y ss.

sociales impagadas significa contravenir a los principios más básicos del Derecho de sociedades de todas las tradiciones jurídicas occidentales.

V. BIBLIOGRAFÍA

COHEN BENCHETRIT, A., "La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia", *Revista de Jurisprudencia Lefebvre El Derecho*, núm. 1, 2017, 1 de abril de 2017.

CROSS, E., "Case Comment: Jetivia SA & Anor v Bilta (UK) Ltd & Ors [2015] UKSC 23, Part 1 & 2", *UK Supreme Court Blog*, 28 Apr 2016.

GODFREY, P. / NIELD, S., "The wrongful trading provisions - all bark and no bite", *Insolvency Law & Practice*, núm. 11, 1995, pp. 139 y ss.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M^a B., "La doctrina del levantamiento del velo societario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: status quaestionis", *La Ley Mercantil*, núm. 26, 2016, pp. 3 y ss.

HEIDEMANN, M., "Current Issues of Directors' Liability - The Scottish View", *European Business Law Review*, vol. 27, 2016, is. 2, págs. 243 y ss.

HUERTA VIESCA, Ma. I. / RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Responsabilidad de administradores: aportaciones del tribunal supremo en 2016 que se deben conocer", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, 2017, 1 de jul. De 2017.

KEAY, A. / MURRAY, M., "Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia", *International Insolvency Review*, núm. 14, 2005, págs. 27 y ss.

MOKAL, R. J., "An Agency Cost Analysis of the Wrongful Trading Provisions: Redistribution, Perverse Incentives and the Creditors' Bargain", *Cambridge Law Journal*, núm. 59, 2000, pp. 335 y ss.

OESTERLE, D., "Corporate Directors' Personal Liability for 'Insolvent Trading' in Australia, 'Reckless Trading' in New Zealand and 'Wrongful Trading' in England: A Recipe for Timid Directors, Hamstrung Controlling Shareholders

and Skittish Lenders” en RAMSAY, I. M. (dir.), *Company Directors’ Liability for Insolvent Trading*, Melbourne, Centre for Corporate Law and Securities Regulation and CCH Australia, 2000.

PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “El resurgimiento de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales”, *Abogacía Española*, 14 de noviembre de 2016, <<https://www.abogacia.es/2016/11/14/el-resurgimiento-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales/>>.

SPOTORNO, A. R., “Piercing the Corporate Veil in the UK: The Never-Ending Mess”, *Business Law Review*, núm. 39, is. 4, 2018, pp. 102 y ss.

ZWEIGERT, K. / KOTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 3ª ed., traducción al inglés WEIR, T., Oxford University Press and JCB Mohr Paul Siebeck, 1998.

La adquisición del derecho sobre el nombre comercial en el sistema marcario español: Propuestas de reforma

Antonio Casado Navarro

Becario FPU del Área de Derecho Mercantil

Universidad de Córdoba

I. Los distintos sistemas de adquisición del derecho sobre nombre comercial

El nombre comercial está llamado a desarrollar sus funciones distintivas en el mercado, es decir, en aquella parcela de la realidad jurídico-social en la que se realiza el intercambio de bienes y servicios. En este contexto, el nombre comercial puede exteriorizarse de dos formas: a través de su utilización efectiva para identificar una empresa y diferenciarla de la competencia o mediante su inscripción en el registro correspondiente. Si consideramos el nombre comercial como el fruto de una creación del espíritu humano, dicha creación puede igualmente manifestarse a través de uno de estos modos, esto es, el nombre comercial nace bien cuando se acoge como distintivo de la empresa y se usa en el mercado o bien cuando se procede a su inscripción registral, con independencia que haya sido o no efectivamente utilizado¹⁶⁷⁸. En consecuencia, la adquisición del derecho sobre el nombre comercial puede asentarse en dos principios diferentes: la prioridad en el uso y la inscripción registral¹⁶⁷⁹.

Conforme al *principio de prioridad en el uso*, el derecho sobre el nombre comercial nace a través de su utilización efectiva en el tráfico económico. Es decir, el derecho sobre el nombre comercial pertenece a quien lo emplea de forma prioritaria para identificarse en el mercado. La adopción de este principio implica que, en el caso de que se instituya un registro de nombres comerciales, éste tendrá

¹⁶⁷⁸ En relación con la marca, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., "El nacimiento del derecho sobre la marca", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 102, 1966, p. 187 y ss.

¹⁶⁷⁹ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., "Nociones básicas", en FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., OTERO LASTRES, J. M. y BOTANA AGRA, M., *Manual de Propiedad Industrial*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 497.

una eficacia meramente declarativa y probatoria de un derecho preexistente sobre el nombre comercial originado por el uso. De este modo, el conflicto entre el usuario anterior de un nombre comercial y el titular registral de un signo idéntico o similar posterior se resuelve a favor del primer usuario.

El *principio de inscripción registral*, por su parte, hace descansar el nacimiento del derecho sobre el nombre comercial en la solicitud y posterior inscripción del signo en el registro correspondiente. Con arreglo a este principio, la inscripción determina la adquisición del derecho sobre el nombre comercial y legitima a su titular para prohibir el uso de signos idénticos o similares por parte de terceros, con independencia de que el nombre comercial haya sido efectivamente usado en el mercado para identificar a la empresa. Este principio es adoptado como criterio básico de un sistema registral atributivo¹⁶⁸⁰, conforme al cual el registro despliega unos efectos que van más allá de la mera declaración de la existencia del derecho, atribuyendo al titular registral el derecho exclusivo a usar el nombre comercial en los términos y condiciones que la ley prescribe.

Junto a estos dos sistemas, que podríamos calificar como “puros”, conviven otros sistemas mixtos que, con importantes matices y variaciones entre ellos, permiten que el derecho sobre el nombre comercial se adquiera tanto con la inscripción del signo en el correspondiente registro como con su uso efectivo en el mercado. Ahora bien, como ya ha advertido la doctrina que se ha ocupado del nacimiento del derecho sobre la marca, la contraposición entre sistemas puros y mixtos no es del todo exacta, por cuanto que la regulación marcaria establecida en los distintos ordenamientos jurídicos se lleva a cabo mediante la conjugación de los principios que inspiran los sistemas de adquisición puros¹⁶⁸¹.

¹⁶⁸⁰ CASADO CERVIÑO, A., “Adquisición del derecho sobre la marca. El procedimiento de inscripción ante el registro de la propiedad industrial”, en *Actualidad civil*, núm. 3, 1990, p. 619. Preferimos el término “atributivo” a “constitutivo”, por cuanto que la previsión de una acción reivindicatoria frente a los signos registrado con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual demuestra que el registro no tiene una verdadera naturaleza constitutiva (Cfr. OTERO LASTRES, J. M., “Introducción”, en FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., OTERO LASTRES, J. M. y BOTANA AGRA, M., *Manual de...*, cit., p. 67).

¹⁶⁸¹ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “El nacimiento...”, cit., p. 189.

II. Los distintos sistemas de adquisición del derecho sobre el nombre comercial adoptados en el Derecho comparado

El sistema de adquisición del derecho sobre el nombre comercial asentado sobre el principio de prioridad en el uso es el que se acoge de forma generalizada en los países de nuestro entorno. En Italia, tradicionalmente, el derecho sobre la *ditta* (institución asimilable a nuestro nombre comercial) se entiende adquirido como consecuencia del uso¹⁶⁸² y, pese a que la institución del *Registro delle Imprese* exige la inscripción de la *ditta*, el uso sigue actuando como hecho desencadenante del nacimiento del derecho. El derecho sobre la *ditta* se adquiere, por tanto, con su utilización en el mercado, lo que determinará, asimismo, la extensión del propio derecho, fijando tanto el sector del mercado en el que ha de protegerse como el ámbito territorial de su tutela. Por uso de la *ditta* ha de entenderse la utilización del signo como identificador de la empresa en las relaciones de negocios, fundamentalmente, en las actuaciones llevadas a cabo con otros empresarios¹⁶⁸³. Ello se debe a que la utilización del signo debe ser capaz de generar cierta notoriedad en un ámbito territorial concreto, ya sea local, regional o nacional¹⁶⁸⁴, de manera que el resto de empresarios pueda tener conocimiento acerca de la existencia de un signo previo en el mercado que suponga un obstáculo a la adopción de un determinado signo.

En el ordenamiento jurídico francés, el nombre comercial aparece como uno de los elementos de inscripción obligatoria en el *Registre du commerce et des sociétés*. Sin embargo, esta obligatoriedad se refiere a que la explotación del fondo de comercio exige su identificación por medio de una denominación y no a la inscripción de esta denominación en el registro¹⁶⁸⁵. Y ello porque la inscripción del nombre comercial en el registro no constituye una condición para su protección. La inscripción únicamente permite hacer efectivo el derecho sobre el

¹⁶⁸² Entre otros, ROTONDI, M., *Diritto industriale*, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1965, p. 95; y ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1960, p. 408.

¹⁶⁸³ VANZETTI, A. y DI CATALDO, V., *Manuale di Diritto industriale*, 7ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2012, p. 332.

¹⁶⁸⁴ VANZETTI, A., "I segni distintivi non registrati nel progetto di «código»", en *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2004, p. 103.

¹⁶⁸⁵ AZÉMA, J. y GALLOUX, J. C., *Droit de la propriété industrielle*, 7ª ed., París, Dalloz, 2012, p. 943; y MENDOZA, A., *Les noms de l'entreprises*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 76.

nombre comercial frente a terceros, cuando éstos no hayan tenido conocimiento personal del nombre comercial por otros medios. Consecuentemente, la inscripción no es constitutiva del derecho sobre el nombre comercial¹⁶⁸⁶, sino que el derecho sobre el signo pertenece a quien primero lo utiliza en el mercado a título personal y de forma pública para identificar una empresa en sus relaciones de clientela¹⁶⁸⁷.

En Reino Unido, el nombre comercial (*trade name*) recibe un tratamiento peculiar. En el ordenamiento jurídico inglés, el único signo distintivo registrable y, por ello, tutelable por los cauces de la legislación marcaria, es la marca. Los signos distintivos no registrados o no registrables (el *trade name*, por ejemplo) son protegidos a través del régimen de la *passing off action*¹⁶⁸⁸. El nombre comercial no está sometido a ninguna exigencia de registro ni a procedimiento alguno para la obtención del derecho, de modo que la posibilidad de adoptar un nombre comercial ésta sujeta únicamente a los derechos adquiridos previamente por terceros¹⁶⁸⁹. De esta forma, quedando la tutela del nombre comercial sometida al régimen de la *passing off action* y siendo éste un régimen que trata de proteger la reputación que la empresa ha construido en el mercado a los ojos del público, la adquisición del derecho sobre el nombre comercial en Reino Unido exige su utilización en el mercado de cualquier forma que permita a la clientela identificar a la empresa y otorgarle una determinada reputación, sin que sea necesario que tal uso se extienda a todo el territorio de Reino Unido, ni que el signo goce de *goodwill* a nivel nacional¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁶ POLLAUD-DULIAN, F., *Propriété Intellectuelle. La propriété Industrielle*, París, ECONOMICA, 2011, p. 668.

¹⁶⁸⁷ BERTRAND, A. R., *Le Droit des marques, des signes distinctifs et des noms de domaine*, París, CEDAT, 2002, p. 546.

¹⁶⁸⁸ CORNISH, W. y LLEWELYN, D., *Intellectual Property*, 6ª ed., Londres, Thomson-Sweet & Maxwell, 2007, p. 627 y 628; y JOHNSON, P., "Part. 1. Country reports: Chapter 14. United Kingdom", en AA.VV. (ed. LANGE, P.), *International Trade Mark and Sings Protection*, Munich-Oxford-Portland, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2010, p. 1225.

¹⁶⁸⁹ MOLE, P.; HARRIS, P. y ABNETT, R., "Conflicts between Trademarks and Company and Bussines Names", Report Q 155, in the name of the United Kingdom Group, AIPPI, 2000, p. 2 (disponible en http://aippi.org/wp-content/uploads/committees/155/GR155united_kingdom.pdf).

¹⁶⁹⁰ MICHAELS, A., *A practical approach to trade mark law*, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 182; y WADLOW, C., *Law of passing-off: unfair competition by misrepresentation*, London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 584.

Una situación particular respecto a la regla general que inspira los sistemas de adquisición del derecho sobre el nombre comercial existentes en el Derecho comparado la encontramos en el ordenamiento jurídico portugués. El *Código da Propriedade Industrial* portugués (en adelante, CPI), al regular la adquisición del derecho sobre el *logótipo* (figura reconducible a nuestro nombre comercial), opta por el principio de la inscripción registral. El derecho exclusivo sobre el nombre comercial se adquiere con su inscripción, que faculta a su titular para impedir a terceros el uso, sin su consentimiento, de cualquier signo idéntico o confundible que constituya una reproducción o imitación del suyo (art. 304.N CPI). Sin embargo, pese a que la doctrina portuguesa se decanta por otorgar al registro del nombre comercial un carácter constitutivo¹⁶⁹¹, el mero uso de un nombre comercial atribuye a su titular ciertas facultades. En efecto, el usuario de un nombre comercial podrá proteger su signo bien a través del régimen represor de la competencia desleal (art. 317 CPI), bien mediante la figura la *marca libre*, que atribuye al usuario de un signo no registrado la facultad de solicitar su registro de forma prioritaria durante los seis meses posteriores a su uso (art. 240 CPI). Asimismo, el nombre comercial que haya adquirido notoriedad en el mercado podrá actuar como causa de oposición al registro de un signo posterior (art. 241 CPI).

III. La adquisición del derecho sobre nombre comercial en la legislación derogada

La adecuada caracterización del sistema de adquisición originaria del nombre comercial en la normativa vigente precisa de un estudio de la posición mantenida a este respecto en nuestro Derecho histórico. El problema relativo a la adquisición del derecho sobre el nombre comercial ha sido objeto de un intenso debate que ha ocupado a nuestra doctrina a lo largo de las diferentes legislaciones que se han encargado de la regulación del nombre comercial. Los distintos textos

¹⁶⁹¹ COUTO GONÇALVES, L., *Manual de Direito Industrial. Propriedade industrial e concorrência desleal*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 367; y AURELIANO, N., "O Logótipo. Um Novo Sinal Distintivo do Comércio (Parte II)", en AA.VV., *Direito Industrial*, vol. V, Coimbra, Almedina, 2008, p. 101.

normativos reguladores de esta institución han abordado esta cuestión con normas de distinta dicción, pero que en todos los casos han dejado abierto a la interpretación el tema relativo al nacimiento del derecho sobre el nombre comercial. Por ello, resulta ilustrativo considerar las soluciones propuestas bajo el imperio de las distintas normativas en la materia con el fin de alcanzar una visión más nítida del régimen establecido en la vigente Ley de Marcas (en adelante, LM).

La regulación del nombre comercial contenida en el Estatuto de la Propiedad Industrial (en adelante, EPI) condujo a la doctrina mayoritaria a sostener la existencia de un sistema mixto de adquisición del derecho sobre el nombre comercial¹⁶⁹². En este sentido, la propiedad sobre el nombre comercial podía adquirirse tanto por su simple adopción y uso extrarregistral como distintivo de la empresa, como mediante su inscripción en el correspondiente registro, con independencia de que el alcance y efectividad de esta propiedad fueran diferentes en uno y otro caso. La configuración de este sistema mixto encontraba su punto de partida en los dos primeros artículos del EPI, que regulaban la adquisición del derecho sobre los diferentes signos distintivos¹⁶⁹³. En sede de nombre comercial, el art. 199 EPI consagraba el carácter potestativo del registro del nombre comercial, de modo que, en coherencia con los arts. 1 y 2 del EPI, la adquisición del nombre comercial podía derivar bien de su uso prioritario en el mercado o bien de la inscripción del signo en el correspondiente registro. Junto a ello, el art. 14 EPI declaraba que el registro únicamente constituía una presunción *iuris tantum* de propiedad, que se consolidaba a los tres años de efectuada la inscripción y de la explotación del signo de forma ininterrumpida o

¹⁶⁹² PELLISÉ PRATS, B., "Voz Nombre Comercial", en AA.VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XVII, Barcelona, Francisco Seix, S. A., 1982, p. 449 y ss.; PARICIO SERRANO, L., "El nombre comercial del empresario individual", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 12, 1987-1988, p. 95 y ss.; y CARLÓN, L., "Contribución al estudio del nombre comercial. Primera parte", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 93, 1964, p. 49 y ss.

¹⁶⁹³ Así, el art. 1 establecía que la "(p)ropiedad industrial es la que adquiere por sí mismo (...) el productor, fabricante o comerciante, con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir, de los similares, los resultados de su trabajo. La Ley no crea, por tanto, la propiedad industrial, y su función se limita a reconocer, regular y reglamentar (...) el derecho que por sí mismo hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad de la invención, del uso o del registro según los casos". Por su parte, el art. 2 disponía que "(e)l derecho de propiedad industrial puede adquirirse por virtud del registro...".

de su “quieta posesión con buena fe y justo título”. Por este motivo, el mero uso de un nombre comercial hacía surgir un derecho sobre el signo, que se traducía en la posibilidad de que el usuario del signo impidiera la adquisición registral de un signo idéntico o confundible con éste.

A pesar de ello, en el sistema instaurado por el EPI, el derecho pleno sobre el nombre comercial nacía originariamente en virtud de su inscripción en el registro. El simple uso del nombre comercial, en cambio, otorgaba al usuario unas facultades muy limitadas. En efecto, el usuario de un nombre comercial únicamente contaba con la facultad de instar la nulidad del registro del signo confundible posterior en el plazo de tres años contados desde la inscripción registral. Se puede comprobar, por tanto, como el EPI instituía un doble sistema de adquisición del derecho sobre el nombre comercial que daba lugar a una doble titularidad con desiguales prerrogativas.

La Ley de Marcas de 1988 (en adelante, LM 1988) sigue una línea continuista respecto al EPI en esta materia. Tal es la lectura que cabe extraer de sus arts. 77 (“El nombre comercial será protegido en las condiciones establecidas en el artículo 8 del Acta vigente en España del Convenio de la Unión de París..., siempre que su titular demuestre que lo ha usado en España”) y 78.1 (“El registro del nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial es potestativo y confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo en el tráfico económico en los términos previstos en la presente Ley”). Así, el derecho sobre el nombre comercial puede nacer bien a través de su uso en el mercado o bien mediante su inscripción registral¹⁶⁹⁴, lo que conduce a la coexistencia de nombres comerciales registrales y extrarregistrales.

Sin embargo, el nivel de protección concedido a uno y otro es bien distinto. La LM 1988 centra su atención en el nombre comercial adquirido mediante inscripción registral. El titular registral del nombre comercial tenía a su disposición todo el arsenal defensivo que le concedía la legislación marcaria, a saber: estaba facultado para oponerse al registro de signos posteriores

¹⁶⁹⁴ BOTANA AGRA, M., “Panorámica de la Ley 32/1988 española de Marcas”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 13, 1989-1990, p. 35; y CARLÓN SÁNCHEZ, L., “Voz nombre comercial”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 4429.

confundibles, solicitar su nulidad y ejercitar las acciones por violación del derecho sobre el nombre comercial recogidas en el art. 36 LM 1988¹⁶⁹⁵. En su lugar, el nombre comercial adquirido por el mero uso sólo disponía de la facultad de instar la nulidad del registro de un signo posterior confundible, así como del recurso al régimen de competencia desleal para perseguir las actuaciones de terceros que pudieran lesionar su derecho¹⁶⁹⁶. No obstante, el hecho de que la LM 1988 partiera de un sistema mixto de adquisición del derecho sobre el nombre comercial no significaba que la protección de los nombres comerciales meramente usados debiera provenir de la legislación marcaria. Esta solución no era incompatible con el nacimiento del derecho sobre el nombre comercial a través del uso, como vía alternativa a la adquisición registral, puesto que una cosa es que el derecho nazca con el uso y otra muy distinta es que se articulen mecanismos para adecuar lo antes posible la realidad extrarregistral con la tabular por razones de seguridad jurídica¹⁶⁹⁷. Este parecía ser el objetivo perseguido con el establecimiento de este desigual régimen de protección para los nombres comerciales registrados y los simplemente usados, sobre todo si tenemos en cuenta que la Ley no imponía al usuario del nombre comercial que ejercitaba la acción de nulidad la obligación de solicitar simultáneamente su registro, a diferencia de lo que preveía en sede de marcas el art. 3.2 LM 1988.

IV. La adquisición del derecho sobre el nombre comercial en la vigente Ley de Marcas

En la LM, el nacimiento del derecho sobre el nombre comercial aparece subordinado, en principio, a la inscripción registral del signo. Según el art. 2.1 LM, "(e)l derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la

¹⁶⁹⁵ Sobre la tutela del nombre comercial registrado en la LM 1988, *vid.* ELZABURU, A. y GÓMEZ MONTERO, J., "Nombre Comercial", en AA.VV. (dir. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.), *Propiedad industrial. Teoría y práctica*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 258 y ss.

¹⁶⁹⁶ Acerca de la protección concedida a los nombres comerciales meramente usados en la LM 1988, *vid.* MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 200 y ss.

¹⁶⁹⁷ PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1995, p. 347 y ss.

presente Ley". Una lectura aislada de este precepto y apegada a su tenor literal nos conduce, irremediabilmente, a reconocer el carácter constitutivo de la inscripción registral y a corroborar el consiguiente abandono del sistema mixto de adquisición del nombre comercial. No obstante, tan pronto como descendamos en la lectura de la LM, advertimos que esta afirmación no es tan tajante como parece en un inicio. Una interpretación sistemática de esta norma nos lleva concluir que no es cierto ni que el registro tenga una eficacia puramente constitutiva ni que el derecho sobre el nombre comercial nazca exclusivamente con su inscripción registral.

La eficacia constitutiva del registro implica la exclusión de la oponibilidad en términos absolutos. Sin embargo, el registro de los signos distintivos no produce unos efectos tan enérgicos. La inscripción registral del nombre comercial no hace nacer un derecho de exclusiva que sea en todo punto inatacable, sino que admite ciertas situaciones que pueden invalidar el derecho inscrito, bien porque exista un derecho previo de un tercero que es incompatible con el signo registrado (art. 52 LM), bien porque el registro se haya llevado a cabo de forma fraudulenta [art. 2.2 LM]. El registro del signo distintivo únicamente será inmune frente a estas causas de invalidez cuando se consolide, esto es, cuando transcurra el período de tiempo que la Ley prevé para el ejercicio de las acciones que el sistema marcario pone a disposición de quienes tengan un derecho previo incompatible con el signo registrado o de quienes se vean defraudados como consecuencia del registro del signo (arts. 52.2 y 2.2 LM, respectivamente). La figura de la consolidación justifica la existencia de un sistema mixto de adquisición del derecho sobre el nombre comercial¹⁶⁹⁸, ya que la posibilidad de atacar el signo, siquiera en el lapso temporal preestablecido, implica que el registro del signo por sí sólo no es suficiente para determinar la adquisición del derecho en plenitud.

El sistema de adquisición del derecho sobre el nombre comercial instaurado en LM es un sistema mixto que conjuga el principio de inscripción registral con elementos propios de los principios de prioridad en el uso y de

¹⁶⁹⁸ CASADO CERVIÑO, A., "Adquisición del...", cit., p. 619 y 620.

notoriedad¹⁶⁹⁹. Esta es la conclusión a la que se llega a través de una interpretación sistemática del art. 2.1 LM, particularmente, cuando se pone en relación con los arts. 9.1.d) y 91 LM. En efecto, conforme al art. 2.1 LM el derecho sobre el nombre comercial puede adquirirse a través de su inscripción en el registro de la OEPM, aun en ausencia de uso. No obstante, esto no implica que el mero registro haga surgir el derecho de exclusiva de forma indefinida sin exigir a su titular ningún tipo de uso. El derecho sobre el nombre comercial debe venir acompañado de su utilización efectiva, aunque basta con que ésta se manifieste dentro de un plazo de cinco años contados desde la fecha de publicación de su concesión. Sin embargo, la adquisición registral del derecho sobre el nombre comercial no es la única vía para adquirir este derecho. Y es que el derecho sobre el nombre comercial también puede nacer de su utilización prioritaria en el tráfico económico o de la notoriedad que haya alcanzado en el mercado, tal y como resulta de la interpretación conjunta del art. 2.1 LM con las normas que establecen la prohibición relativa de registro fundada en la existencia de nombres comerciales anteriores [art. 9.1.d) LM] y la correlativa causa de nulidad (art. 52.1 LM).

Pese a que la LM mantiene el sistema mixto de adquisición del derecho sobre el nombre comercial, los arts. 2.1 y 9.1.d) LM establecen ciertas particularidades que lo distancian del régimen previsto en los arts. 77 y 78.1 LM 1988. En primer lugar, la LM elimina la declaración del carácter potestativo del registro contenida en el art. 78.1 LM 1988. La dicción de este precepto parecía implicar que la protección jurídica del nombre comercial no estaba gobernada por el principio de inscripción registral. No obstante, como hemos podido comprobar, la LM 1988 establecía un sistema mixto de adquisición del derecho,

¹⁶⁹⁹ Entre otros, MONTEAGUDO M., "La tutela del nombre comercial no registrado", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 22, 2001, p. 187 y 188; QUINTANA CARLO, I. y MARCO ARCALÁ, L. A., "Artículo 90. Derechos conferidos por el registro", en AA.VV. (dir. BERCONVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, 2ª ed., t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, p. 1298 y 1299; y LÓPEZ SOTO, A., "Artículo 2. Adquisición del derecho", en AA.VV. (coord. GONZÁLEZ-BUENO, C), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 66. Si bien, algunos autores mantienen la existencia de un sistema registral de adquisición del nombre comercial sobre la base del tenor literal del art. 2.1 LM y de la falta de reconocimiento de la posibilidad de ejercitar acciones por violación por parte del titular del nombre comercial no registrado. En este sentido, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, p. 132 y ss.

en el que el uso prioritario de un nombre comercial sólo podía esgrimirse como causa de nulidad del registro posterior de un signo distintivo incompatible y nunca como causa de oposición al registro, a diferencia de lo que establece expresamente el art. 9.1.d) LM. Y, en segundo lugar, el art. 77 LM 1988 configuraba el simple uso del nombre comercial como modo de adquisición del derecho sobre el nombre comercial. Por su parte, el art. 9.1.d) LM, aun contemplando el uso previo del nombre comercial como forma de adquisición del derecho sobre el signo, exige un uso cualificado de éste, reclamando su extensión al conjunto del territorio nacional o, al menos, a una parte sustancial de éste¹⁷⁰⁰. Asimismo, este precepto establece como alternativa al principio de uso prioritario “cualificado”, el principio de notoriedad del signo. De esta forma, el nacimiento del derecho sobre el nombre comercial no descansa en el uso prioritario del signo en el mercado. Al usuario del nombre comercial no le bastará con probar el simple uso del signo, sino que tendrá que demostrar algo más: o que este uso se ha extendido a una parte sustancial del territorio nacional o que el signo ha adquirido notoriedad en este mismo ámbito territorial.

Dentro de la enumeración de los derechos anteriores que impiden el acceso al registro de una marca o de un nombre comercial posterior, el art. 9.1.d) LM menciona expresamente “(e)l nombre comercial, denominación o razón social de una persona jurídica que antes de la fecha de presentación o prioridad de la marca solicitada identifique en el tráfico económico a una persona distinta del solicitante...”. Esta norma equipara el nombre comercial usado o notoriamente conocido en el conjunto del territorio nacional al nombre comercial registrado (art. 7 LM). Consecuentemente, el usuario de un nombre comercial no registrado que reúna alguna de estas condiciones goza de la facultad de oponerse al registro de un signo posterior, de la misma forma que el titular registral de un nombre comercial. Una facultad que no se reconocía en la LM 1988 a los simples usuarios de nombres comerciales. Igualmente, en materia de nulidad de signos distintivos, la LM equipara el nombre comercial usado o notoriamente conocido en el conjunto del territorio nacional al nombre comercial registrado. Esta es la

¹⁷⁰⁰ SSTIS (Sala 1ª) 7686/2009, de 17 de diciembre; y 2743/2012, de 13 de abril.

conclusión que puede extraerse de la remisión que lleva a cabo el art. 91 LM al régimen de la nulidad de la marca. El art. 52.1 LM establece que “(e)l registro de la marca podrá declararse nulo mediante sentencia firme y ser objeto de cancelación cuando contravenga lo dispuesto en los artículos 6, 7, 8, 9 y 10”. De esta forma, un nombre comercial no registrado pero usado en todo el territorio nacional o notoriamente conocido en este territorio opera como causa de nulidad del registro de un signo posterior, al igual que el nombre comercial previamente registrado.

Así, el usuario de un nombre comercial no registrado que reúna las condiciones de uso o de notoriedad recogidas en el art. 9.1.d) LM dispone de las facultades de oponerse en vía administrativa al registro de un signo posterior incompatible y de instar su nulidad. Pero, a diferencia del titular registral del nombre comercial, el mero usuario del nombre comercial no puede alegar el art. 34 LM para prohibir el uso por terceros de signos posteriores, aunque tiene a su disposición el recurso a la normativa represora de la competencia desleal. Puede comprobarse, por tanto, como la posición del usuario de un nombre comercial no registrado que pruebe los extremos requeridos por el art. 9.1.d) LM no es tan diferente a la que tiene el titular registral¹⁷⁰¹. Por este motivo, frente a lo que en un inicio cabe extraer del art. 2.1 LM, lo cierto es que la LM adopta un sistema mixto de adquisición del derecho sobre el nombre comercial que combina el principio de prioridad registral con elementos propios de los principios de prioridad en el uso y de notoriedad.

No cabe desconocer que la LM otorga primacía al principio de inscripción registral, aunque los importantes efectos que se reconocen al nombre comercial usado o notoriamente conocido en el conjunto del territorio nacional permiten afirmar la existencia de un derecho sobre estos nombres comerciales que, si no han nacido en virtud del registro, será porque han sido adquiridos como consecuencia de su uso o de la notoriedad que han alcanzado en el mercado. En consecuencia, si coexisten nombres comerciales registrados y nombres

¹⁷⁰¹ GÓMEZ MONTERO, J., “Artículo 90. Derechos conferidos por el registro”, en AA.VV. (coord. GONZÁLEZ-BUENO, C), *Comentarios a...*, cit., p. 748.

comerciales usados o notoriamente conocidos, desplegando sus respectivos efectos jurídicos, no queda sino reconocer que nuestra LM mantiene un sistema mixto de adquisición del derecho sobre el nombre comercial. Ahora bien, en el marco de este sistema mixto de adquisición del nombre comercial, los principios de inscripción registral y de prioridad en el uso y notoriedad no se conjugan de forma equivalente y simétrica. Ciertamente, nuestro ordenamiento reconoce y otorga cierto relieve jurídico al uso y a la notoriedad del nombre comercial, pero no es menos cierto que el derecho pleno sobre el nombre comercial se adquiere únicamente a través del registro del signo. Sólo el titular registral del nombre comercial tiene a su disposición todos los mecanismos defensivos que se contemplan en la LM. El titular del nombre comercial usado o notoriamente conocido en el conjunto del territorio nacional tiene una posición no sólo más débil, en cuanto a los instrumentos marcarios de protección, sino también más compleja, por cuanto que ha de probar que ha utilizado el signo en el conjunto del territorio nacional o que el nombre comercial goza de notoriedad en este ámbito territorial, lo que no siempre es sencillo. Por ello, podemos afirmar que el sistema de adquisición del derecho sobre el nombre comercial consagrado en nuestra LM es un sistema mixto en el que el principio de inscripción registral predomina frente a unos comedidos principios de prioridad en el uso y de notoriedad.

V. Sobre el mantenimiento del carácter registral del nombre comercial

El sistema de adquisición del derecho sobre el nombre comercial instaurado en la vigente LM constituye una excepción respecto de la orientación general imperante en el Derecho comparado. En efecto, el ordenamiento jurídico español es, junto con el portugués, uno de los únicos sistemas que instituyen la inscripción registral como medio de adquisición del derecho sobre el nombre comercial. Por este motivo, se hace necesario preguntarse sobre la idoneidad de mantener este doble sistema de adquisición del derecho sobre el nombre comercial o si, en cambio, sería preferible decantarse por un sistema basado en el

principio de prioridad en el uso en la línea de la mayoría de los países de nuestro entorno.

Tradicionalmente, nuestra doctrina se ha mostrado favorable a suprimir el carácter registral del nombre comercial y a desterrar su tutela al régimen represor de la competencia desleal¹⁷⁰². Las principales objeciones sobre la adquisición registral del nombre comercial se habían centrado en la titubante configuración jurídica que históricamente ha acompañado a esta figura, en la variabilidad e imprecisión de su objeto de referencia y en la ausencia de una nítida distinción respecto de otros signos distintivos más allá de la mera diferenciación funcional que desde antiguo gobierna nuestro sistema marcario. Tras la promulgación de la vigente LM, esta corriente doctrinal no ha hecho sino intensificarse. En este sentido, se afirma que la notoria aproximación del régimen del nombre comercial al que es propio de la marca da lugar a una duplicidad y superposición de materiales de carácter ostensiblemente redundante que, lejos de aportar claridad, supone una importante fuente de confusión y conflictos¹⁷⁰³. Esta circunstancia, unida a la existencia en el Derecho español de una regulación moderna y funcional sobre Competencia Desleal, aconseja relegar la protección del nombre comercial a este sector normativo donde el nombre comercial ya aparece contemplado (arts. 10 y 20 de la LCD). De esta forma, se alcanzaría una protección más adecuada de la institución, puesto que la mayor imprecisión y variabilidad de su objeto de referencia sugiere una articulación de su tutela a través de un análisis del caso concreto y de los factores relevantes. Asimismo, la supresión de la tutela registral del nombre comercial también se ha sustentado en la necesidad de coordinar de forma adecuada las disposiciones del art. 8 del CUP con los postulados de nuestra legislación marcaria, en la línea de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, lo que pondría fin a la actual

¹⁷⁰² Por todos, GONDRA ROMERO, J. M., "Teoría general de los signos de empresa" en AA.VV. (coord. IGLESIAS PRADA, J. L.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid, Civitas, 1996, p. 867 y 868.

¹⁷⁰³ Sobre esta cuestión, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 229.

dicotomía entre nombre comercial registrado y nombre comercial meramente usado¹⁷⁰⁴.

A nuestro juicio, esta debería ser la opción que inspirara nuestro sistema marcario. La notoria aproximación del régimen jurídico del nombre comercial al que es propio de la marca y la intercomunicación funcional existente entre los diferentes signos distintivos justifican esta opción de política legislativa. La entrada en vigor de la LM ha supuesto una desnaturalización del nombre comercial que, si bien sigue configurándose como el signo distintivo de la empresa en el mercado, en la práctica no viene sino a convertirse en el signo diferenciador de la actividad empresarial, aun cuando la empresa es mucho más que la mera actividad que desarrolla en el tráfico. Así, la distinción funcional entre signos distintivos, que pudo tener sentido bajo la vigencia de las legislaciones anteriores al nacimiento de la marca de servicio, carece en la actualidad de una auténtica razón de ser y no se adapta a la realidad del tráfico. Y es que, la sumisión del nombre comercial a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios unida a la inmaterialidad del objeto sobre el que recae esta figura determina que tanto la marca de servicio como el nombre comercial se refieran a la actividad empresarial. Además, no podemos pasar por alto que tanto una como otra se materializan y se hacen visibles a través de los mismos medios materiales. De esta forma, cuando el signo identificador de la empresa se somete al régimen de los signos distintivos, su ámbito de protección se circunscribe al de la marca, puesto que el sistema marcario únicamente ampara el nombre comercial frente a aquellos otros que sean utilizados por empresas “que desarrollan actividades idénticas o similares”. Actividades que, de acuerdo con el art. 89 LM, no son otras que aquellas de prestación de servicios o de producción o comercialización de productos previstas específicamente para las marcas. En consecuencia, el nombre comercial no otorga una protección frente a conductas que, incardinadas en el marco de la empresa, trasciendan la actividad empresarial, pues en el enjuiciamiento de las actuaciones que pueden vulnerar el

¹⁷⁰⁴ Sobre este particular, *vid.*, por todos, QUINTANA CARLO, I. y MARCO ARCALÁ, L. A., “Artículo 87. Concepto y normas aplicables”, en AA.VV. (dir. BERVCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a...*, cit., p. 1260 y ss.

derecho sobre el signo se toma en consideración únicamente la identidad o similitud entre signos y actividades.

Por este motivo, se propone la supresión del carácter registral del nombre comercial y la instauración de un sistema de adquisición del derecho sobre el signo basado en el principio de prioridad en el uso. La protección del nombre comercial habría de encomendarse a la normativa represora de la competencia desleal, sin perjuicio de que los nombres comerciales usados en todo el territorio nacional o notoriamente conocidos en este ámbito territorial sigan actuando como causas de oposición y de nulidad al registro de marcas posteriores. De esta forma, se daría cumplimiento a los compromisos internacionales que imponen la protección del nombre comercial, ya que, como es indubitado, no exigen una tutela del signo en vía marcaria¹⁷⁰⁵. Respecto de los nombres comerciales actualmente registrados, su protección registral podría continuar con su conversión en marcas en la próxima renovación del registro sin causar ninguna perturbación, por cuanto que ambas modalidades siguen el mismo régimen de nulidad, de modo que no deberían existir signos registrados confundibles y, si existiesen confusiones, el sistema marcario cuenta con mecanismos adecuados para solventarlas.

Sin embargo, ésta no es la opción seguida por el Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas¹⁷⁰⁶, que mantiene inalterado el régimen del nombre comercial. No obstante, la reforma de la regulación de la marca introduce algunas quiebras en la ordenación de esta figura. En efecto, la remisión en bloque que efectúa el art. 87.3 LM al régimen de la marca hace que algunas de estas modificaciones, como la eliminación del requisito de susceptibilidad de representación gráfica o la supresión de la mención expresa al *ius utendi* del titular registral de la marca, planteen algunos problemas, que no pueden ser abordados en esta sede. Si bien, esta situación

¹⁷⁰⁵ Por todos, BONDENHAUSEN, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*, Ginebra, BIRPI, 1968, p. 134.

¹⁷⁰⁶ Disponible en http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Propiedad_Industrial/Normativa/AnteproyectoLeyModificacionParcialLey172001_7dic_Marcas.pdf

abona nuestra posición favorable a la eliminación del carácter registral del nombre comercial.

VI. Bibliografía

ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1960.

AURELIANO, N., “O Logótipo. Um Novo Sinal Distintivo do Comércio (Parte II)”, en AA.VV., *Direito Industrial*, vol. V, Coimbra, Almedina, 2008, p. 89 y ss.

AZÉMA, J. y GALLOUX, J. C., *Droit de la propriété industrielle*, 7ª ed., París, Dalloz, 2012.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.

BERTRAND, A. R., *Le Droit des marques, des signes distinctifs et des noms de domaine*, París, CEDAT, 2002.

BONDENHAUSEN, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*, Ginebra, BIRPI, 1968.

BOTANA AGRA, M., “Panorámica de la Ley 32/1988 española de Marcas”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 13, 1989-1990, p. 13 y ss.

CARLÓN, L., “Contribución al estudio del nombre comercial. Primera parte”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 93, 1964, p. 7 y ss.

–“Voz nombre comercial”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 4425 y ss.

CASADO CERVIÑO, A., “Adquisición del derecho sobre la marca. El procedimiento de inscripción ante el registro de la propiedad industrial”, en *Actualidad civil*, núm. 3, 1990, p. 619 y ss.

CORNISH, W. y LLEWELYN, D., *Intellectual Property*, 6ª ed., Londres, Thomson-Sweet & Maxwell, 2007.

COUTO GONÇALVES, L., *Manual de Direito Industrial. Propriedade industrial e concorrência desleal*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.

ELZABURU, A. y GÓMEZ MONTERO, J., “Nombre Comercial”, en AA.VV. (dir. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.), *Propiedad industrial. Teoría y práctica*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 233 y ss.

FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “El nacimiento del derecho sobre la marca”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 102, 1966, p. 187 y ss.

- “Nociones básicas”, en FERNÁNDEZ-NÓVOA, C, OTERO LASTRES, J. M. y BOTANA AGRA, M., *Manual de Propiedad Industrial*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 487 y ss.

GÓMEZ MONTERO, J., “Artículo 90. Derechos conferidos por el registro”, en AA.VV. (coord. GONZÁLEZ-BUENO, C), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 737 y ss.

GONDRA ROMERO, J M., “Teoría general de los signos de empresa” en AA.VV. (coord. IGLESIAS PRADA, J. L.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid, Civitas, 1996, p. 829 y ss.

JOHNSON, P., “Part. 1. Country reports: Chapter 14. United Kingdom”, en AA.VV. (ed. LANGE, P.), *International Trade Mark and Signs Protection*, Munich-Oxford-Portland, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2010, p. 1145 y ss.

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.

LÓPEZ SOTO, A., “Artículo 2. Adquisición del derecho”, en AA.VV. (coord. GONZÁLEZ-BUENO, C), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 63 y ss.

MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999.

MENDOZA, A., *Les noms de l'entreprises*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.

MICHAELS, A., *A practical approach to trade mark law*, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

- MONTEAGUDO, M., "La tutela del nombre comercial no registrado", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 22, 2001, p. 181 y ss.
- OTERO LASTRES, J. M., "Introducción", en FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., OTERO LASTRES, J. M. y BOTANA AGRA, M., *Manual de propiedad industrial*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 53 y ss.
- PARICIO SERRANO, L., "El nombre comercial del empresario individual", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 12, 1987-1988, p. 87 y ss.
- PELLISÉ PRATS, B., "Voz Nombre Comercial", en AA.VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XVII, Barcelona, Francisco Seix, S. A., 1982, p. 419 y ss.
- POLLAUD-DULIAN, F., *Propriété Intellectuelle. La propriété Industrielle*, París, ECONOMICA, 2011.
- PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1995.
- QUINTANA CARLO, I. y MARCO ARCALÁ, L. A., "Artículo 90. Derechos conferidos por el registro", en AA.VV. (dir. BERCONVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, 2ª ed., t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, p. 1297 y ss.
- ROTONDI, M., *Diritto industriale*, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1965.
- VANZETTI, A., "I segni distintivi non registrati nel progetto di «código»", en *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2004, p. 99 y ss.
- VANZETTI, A. y DI CATALDO, V., *Manuale di Diritto industriale*, 7ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2012.
- WADLOW, C., *Law of passing-off: unfair competition by misrepresentation*, London, Sweet & Maxwell, 2006.

Manifestación del consentimiento y perfección del contrato a través de *smartphones*

M^a Teresa Otero Cobos

Profesora de Derecho Mercantil

Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

La evolución sufrida en la telefonía móvil y el acceso a internet han popularizado el uso de estas herramientas para un sinnúmero de tareas, entre ellas la contratación de servicios y la compraventa de bienes. En España el 79% de los internautas utilizan la mensajería instantánea del *smartphone* y anualmente aumenta el comercio electrónico móvil, llegando a representar en nuestro país a una de cada tres compras *on line*¹⁷⁰⁷.

El proceso de contratación no difiere en exceso del tradicional ni de la más reciente contratación *on line*. En este modo de contratación a través de internet ha cobrado protagonismo el proceso de compra y el régimen de protección de los derechos del consumidor y del mercado, que se han visto reforzados gracias a la reforma emprendida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En definitiva, se ha tratado de reinterpretar el régimen de la contratación a distancia adaptándola a los nuevos modelos. Tomando todo esto en consideración, en nuestro trabajo vamos a analizar el recurso a nuevas prácticas que no incorporan estrictamente un procedimiento electrónico de perfección del contrato, sino que originariamente se han utilizado como medio de comunicación de mensajería instantánea entre

¹⁷⁰⁷ Datos publicados en el Informe de la Sociedad Digital de 2017 de la Fundación Telefónica: <https://www.fundaciontelefonica.com/artecultura/publicaciones-listado/pagina-item-publicaciones/itempubli/625/>

las partes, y ahora aumentan sus funciones al servir como herramienta para la formalización de negocios jurídicos.

II. NUEVOS SISTEMAS DE COMUNICACIÓN EN LAS RELACIONES COMERCIALES

El uso de llamadas telefónicas o mensajes de texto SMS ha sido un recurso habitual, bien para ponerse en contacto el empresario con el consumidor y viceversa, bien para el envío de comunicaciones comerciales ofreciendo productos o servicios. Pero, también se han empleado para la negociación de contratos y su formalización, aunque, generalmente, estas herramientas han cumplido una función accesorio, de canal informativo pero no de perfección del contrato.

La evolución de la mensajería instantánea gracias al uso de Internet ha supuesto que mediante el empleo de aplicaciones móviles de mensajería o de otro tipo que permiten y habilitan un espacio privado para el contacto entre sus usuarios¹⁷⁰⁸, se celebren contratos de compra de productos o prestación de servicios a través de *smartphones*. Esta nueva utilidad comercial nos incita a analizar la existencia o no de un negocio jurídico.

El uso de estas tecnologías hace que las partes puedan negociar y formalizar un contrato sin necesidad de tener contacto físico ni estar en el mismo lugar. Esta modalidad comparte notables características con el contrato celebrado a distancia. El concepto de contrato a distancia lo encontramos en el art. 92.1 del TRLGDCU¹⁷⁰⁹ y se caracteriza por el establecimiento de un sistema organizado de venta, la falta de presencia física de las partes y por la utilización en los tratos de técnicas de comunicación a distancia, es decir, correo postal, Internet, teléfono o fax.

¹⁷⁰⁸ Nos referimos a APPs como *Whatsapp*, *Line* o *Telegram* y también a los mensajes instantáneos que pueden enviarse a través *Facebook Messenger* o los mensajes directos de *Instagram*.

¹⁷⁰⁹ Serán contratos a distancia los celebrados «en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo».

Sin olvidar que el precepto citado sólo es aplicable cuando las partes contratantes sean un consumidor y un empresario, debemos prestar atención sobre las características enumeradas y ponerlas en relación con el objeto de nuestro estudio. Respecto a la primera de ellas, un sistema organizado de venta consiste en el diseño de un procedimiento preestablecido por parte del empresario para la distribución de bienes o servicios a través de técnicas de comunicación a distancia¹⁷¹⁰. Un ejemplo lo encontramos en los procedimientos de compra a través de Internet divididos en varias etapas en las que se ofrece información al usuario hasta el momento del pago.

Si para la compra utilizamos la mensajería instantánea no existe un proceso programado de contratación como sucede con las tiendas *on line* o *marketplaces*. En tales casos, podrá ocurrir que se obvie alguna de las obligaciones legales requeridas. Nos referimos a las pautas y requisitos exigidos en los arts. 97 y 98 del TRLGDCU. En ocasiones, la ausencia de un proceso de compra propicia que no se facilite toda la información precontractual¹⁷¹¹ preceptiva ni el empresario facilite datos completos sobre su identidad y profesión. No obstante, el legislador ha previsto estas situaciones, al tener en cuenta que si por cuestiones de limitación de espacio o de tiempo la facilitación de toda la información presenta serias dificultades, pueden reducirse los requisitos a cumplir permitiendo el envío de un mínimo de información. Pero, como sabemos, la tecnología avanza a mayor velocidad que nuestras normas, y en lo que a mensajería instantánea se refiere, cabe la posibilidad, y así lo ofrecen la mayoría de las aplicaciones, de enviar documentos y fotografías que perfectamente pueden contener los requisitos antedichos. En consecuencia, no podría recurrirse a la excepción y por tanto, el profesional sigue estando obligado a ofrecer un procedimiento de compra al usuario con todas las garantías legales aunque este se realice a través de mensajería instantánea y no sea automática. Otra

¹⁷¹⁰ Vid. PINO ABAD y SERRANO CAÑAS, «El nuevo régimen de los contratos a distancia», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 37, 2015, p. 94 y ss.

¹⁷¹¹ Sobre la información precontractual *vid.* BEDNARZ, Z., «Deberes de información en la contratación electrónica con consumidores: su incumplimiento y los remedios individuales disponibles», MADRID PARRA, A. (dir.) *Derecho mercantil y tecnología*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 473-500.

posibilidad es la remisión por parte del empresario a una página web o perfil en redes sociales donde de manera visible se encuentre toda la información que comentamos.

La segunda característica que hemos mencionado es la falta de presencia física de las partes. La lejanía o la distancia entre el lugar en el que se encuentra el empresario y el consumidor propicia, como veremos, que no exista una simultaneidad en la relación y el cometido que tienen cada una de las partes. Mediando el uso de *smartphones*, a pesar de la facilidad y agilidad en la comunicación no se produce simultaneidad de las declaraciones de voluntad sino una sucesión¹⁷¹². La inmediatez propicia mayor facilidad en el envío y recepción del mensaje pero no siempre conduce a que en un mismo espacio de tiempo se produzca la oferta y la aceptación. Algún autor¹⁷¹³ ha entendido que existe simultaneidad porque se encuentran en comunicación, a pesar de no tener una presencia física. Si atendemos a esta interpretación nos encontraremos con dos grupos de casos, aquellos en los que las partes celebran el contrato a la vez, estando ambos conectados y en una misma unidad de tiempo y aquellos en los que no existe una conversación con continuidad temporal, sino que se interrumpe pudiendo realizarse la oferta y en un momento posterior aceptarse.

Asimilar la presencia física a la comunicación instantánea por medios electrónicos nos acerca a la posibilidad de entender este tipo de contrato como un negocio celebrado fuera del establecimiento mercantil. Esto es que se produce la presencia simultánea telemática de las partes en un lugar -virtual- distinto del establecimiento mercantil del empresario. No obstante, los efectos jurídicos en el caso del contrato a distancia y el celebrado fuera de establecimiento mercantil prácticamente son idénticos, pues este último se somete a las disposiciones del contrato a distancia mediante una presunción *iuris tantum* según las normas¹⁷¹⁴.

¹⁷¹² PEINADO GRACIA, J.I., «Contratación mercantil», JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO (Coords.) *Derecho Mercantil*, vol. 5º, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 72.

¹⁷¹³ MORILLAS JARILLO, M.J., «La formación del contrato mercantil en el Derecho vigente y en los trabajos de reforma: aspectos generales y régimen particular de los contratos de compraventa y seguro», PARRA LUCÁN, M.J. (dir.) *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 760.

¹⁷¹⁴ *Vid.* art. 92.4 TRLGDCU

Por último, en lo que a las técnicas de comunicación se refiere, el soporte utilizado es un *Smartphone* que está conectado a Internet y por tanto, es apto para el tratamiento y almacenamiento de datos. Característica esta última que nos lleva a clasificar este tipo de contrato a distancia como contrato electrónico¹⁷¹⁵ y por tanto, sometido al régimen jurídico establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [en adelante LSSICE]. En concreto, y en relación con nuestro objeto de estudio, resulta interesante señalar que la LSSICE hace referencia a los contratos celebrados mediante un tipo de comunicación electrónica equivalente al correo electrónico, como ocurre con la mensajería vía Internet, para excluirlos del cumplimiento de algunas obligaciones contractuales relativas a la facilitación de determinada información¹⁷¹⁶ y a la aceptación de la oferta, como veremos a continuación.

III. PERFECCIÓN DEL CONTRATO A TRAVÉS DE SMARTPHONES

La contratación a distancia en el campo de las nuevas tecnologías provoca una adaptación de los elementos del trámite contractual, pues con frecuencia la inmediatez y la facilidad en la comunicación no dilata en el tiempo la oferta y la aceptación, pero sí modifican el momento y lugar de la perfección del contrato.

El *iter* contractual se compone de varias fases, pero en nuestro trabajo queremos centrarnos en dos de ellas, en la perfección y la aceptación del contrato. La relación negocial puede iniciarse con la oferta del bien o servicio por parte del empresario cumpliendo con los requisitos legales. En nuestro caso, esa oferta puede estar publicada en una página o perfil personal de una red social, página web o ser directamente enviada a través de mensajería instantánea¹⁷¹⁷. Junto a la oferta, el consumidor deberá manifestar la aceptación de la misma, cuyo estudio abordaremos en el siguiente apartado. Unidas ambas fases, sin necesidad de que

¹⁷¹⁵ *Vid.* la definición de contrato electrónico que ofrece el Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

¹⁷¹⁶ *Vid.* art. 27.2 b) LSSICE.

¹⁷¹⁷ En este punto habrá que prestar atención sobre la prohibición expresa de realizar comunicaciones comerciales no solicitadas o autorizadas (art. 21 LSSICE).

sucedan en un orden determinado¹⁷¹⁸, se alcanzará un acuerdo que culminará con la perfección del contrato.

En el tráfico mercantil por medios electrónicos determinar el momento en que se perfecciona el contrato ha generado dudas en nuestra doctrina¹⁷¹⁹. Entendemos que ya han sido superadas¹⁷²⁰ tras las modificaciones introducidas por la LSSICE en el Código Civil como el Código de Comercio, artículos 1262 y 54 respectivamente, al unificar el criterio y coincidir en entender perfeccionado el contrato a distancia cuando se produzca la recepción o conocimiento de la aceptación. Ambos preceptos, además, hacen referencia a los contratos formalizados a través de dispositivos automáticos, en cuyo caso la perfección se producirá desde el momento de la aceptación. El conflicto radica en qué cabe entender por dispositivo automático y si en ese nuevo criterio de perfección del contrato habría que incluir a la contratación electrónica. No hay duda de que en este grupo se debe incluir toda la contratación realizada a través de máquinas de *vending*, cajero automático...¹⁷²¹. También se ha identificado como dispositivo automático cualquier proceso de compra que realizado a través de una página web o aplicación móvil en la que no existe diálogo entre las partes, ciñéndose el proceso a rellenar formularios de compra y a hacer clic para superar las distintas fases, incluida la aceptación.

De manera unánime en nuestra doctrina, a los contratos suscritos mediante *smartphones* utilizando aplicaciones de mensajería instantánea no se les concibe como contratos realizados a través de dispositivos automáticos, pues

¹⁷¹⁸ PEINADO GRACIA, J.I., *op. cit.*, p. 68.

¹⁷¹⁹ Sobre las teorías de la perfección de los contratos a distancia *vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores: especial referencia a la relativa a servicios financieros*, Madrid, La Ley, 2009.

¹⁷²⁰ Afirma PAGADOR LÓPEZ, J., «Retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles», SERRANO CAÑAS y CASADO NAVARRO (coord.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 104, que los nuevos problemas ya no se centran en la perfección del contrato sino en la suficiencia de la información.

¹⁷²¹ Como se cita en RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos», AA.VV. *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006, p. 659 y ss.: «la expresión “contratos celebrados mediante dispositivos automáticos” es lo suficientemente amplia como para abarcar todos aquellos contratos, electrónicos o no, en los que el oferente se desentiende de tramitar por sí mismo o por un representante las aceptaciones y recurre a tal fin a una máquina previamente programada para ello».

como se ha visto, la contratación no se realiza utilizando un mecanismo y proceso automático de contratación impersonal que impide la negociación sino que las partes simultáneamente se ponen de acuerdo sobre el contrato.

Por tanto, en lo que atañe a la mensajería instantánea el nacimiento del contrato se producirá cuando el oferente tenga constancia de la aceptación, bien haya «leído» el mensaje enviado, incluidos aquellos casos en los que a pesar de haber sido entregado, el destinatario no accediese al mismo pudiendo hacerlo, cabiendo la posibilidad de convertir su omisión en un comportamiento negligente¹⁷²². Dicha negligencia no operará si una vez enviado el mensaje, recibido y no leído por parte del oferente, el emisor lo elimina¹⁷²³. Ante tal situación, el contrato no puede entenderse perfeccionado.

Cabe señalar que, a pesar de estar ante un contrato electrónico, con la aceptación finalizaría la celebración del contrato y nacerían todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, pues la LSSICE en su art. 28.3 no obliga al oferente a confirmar la recepción de la aceptación como sí hace para el resto de los contratos electrónicos. Cuestión distinta será que, siguiendo la costumbre, el receptor tenga la deferencia de informar sobre la recepción de esta. Esta regulación muestra cómo la norma diferencia entre los contratos electrónicos sometidos a un procedimiento automático de contratación y aquellos en los que las partes pueden contactar y negociar. En el primer caso existiría un desequilibrio entre las partes y en el segundo actuarían en condiciones de igualdad¹⁷²⁴.

¹⁷²² ORTEGA DÍAZ, J.F., «Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual», *Revista de comercio electrónico*, núm. 86, 2007, p. 71; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico: formación y cumplimiento*, Barcelona, BOSCH, 2013, p. 157 y ss.

¹⁷²³ Nos recuerda HERRERA DE LAS HERAS, R., «El consentimiento prestado mediante email en el contrato de compraventa. Sobre la transmisión de un bien ganancial mediante correo electrónico remitido por uno solo de los cónyuges», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018, la posibilidad que ofrece aplicaciones como *whatsapp* a los usuarios de eliminar los mensajes enviados, no sólo en su propio dispositivo sino en el del receptor, por lo que podemos encontrarnos ante un consentimiento prestado que nunca llega al destinatario.

¹⁷²⁴ VIDAL PORTABALES, J.I., «Algunas notas sobre formación y perfección de los contratos electrónicos en la Ley 34/2002, de 11 de julio (LSSI Y CE)», AA.VV. *El Derecho Mercantil en el Umbral del siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 672.

IV. NUEVOS MODOS DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Uno de los elementos esenciales de la perfección del contrato, como hemos visto, es la aceptación. Dentro de las particularidades de la contratación electrónica, esta requiere que tanto la oferta como la aceptación se realice por medios electrónicos. Por tanto, la manifestación del consentimiento debe realizarse por la misma vía, es decir, mediante el envío de un mensaje instantáneo según la aplicación de mensajería que las partes estén utilizando.

Además, la declaración de voluntad deberá cumplir con el resto de requisitos para su emisión. Nos referimos a que ha de ser pura y simple, no sometida a condición; tiene que emitirse en la forma, si la hubiere, que ha indicado el oferente; debe ser coincidente con la oferta; y producirse en un momento adecuado cuando la oferta se encuentre en vigor y siga siendo realizable el objeto del contrato¹⁷²⁵. Podrá ser en todo caso una aceptación expresa o tácita, pues cabe que por acciones posteriores del consumidor, como el pago del precio o el envío de documentación, se entienda aceptado el acuerdo.

Este mensaje deberá contener la palabra o palabras que permitan a la otra parte comprender que se ha aceptado la oferta y podrá realizarse de forma escrita u oral. En este punto debemos tener en cuenta cómo la tecnología e Internet han traído consigo una «nueva jerga» que promueve el uso de abreviaturas y de nuevas expresiones o palabras para comunicarnos por medios electrónicos. Lo que origina que tengamos que tener en cuenta las especialidades de este lenguaje para entender aceptado el acuerdo.

Junto a estas formas de expresión *on line* nacen otros modos de manifestación de la voluntad mediante el uso de emoticonos o *emojis*. Según la definición de la R.A.E., por emoticono debe entenderse toda «representación de una expresión facial que se utiliza en mensajes electrónicos para aludir a un estado de ánimo del remitente». En ocasiones, estos iconos no sólo representan una expresión facial sino que van más allá y pueden ser imágenes con formas,

¹⁷²⁵ BERROCAL LANZAROT, A. I., «Perfección del contrato en la ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: la unificación de criterios», *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 100, 2009, p. 19 y ss.

objetos, ropa, alimentos y profesiones, entre otros. La utilización de los emoticonos también con frecuencia se incluye en la conversación mantenida durante la celebración de un contrato, por ello, debemos plantearnos si sería válida la declaración de voluntad prestada mediante el envío de un emoticono.

La aceptación, como se ha dicho, ha de ser pura y simple y, por tanto, inequívoca para poder transmitir la voluntad de contratar de manera adecuada y comprensible para el oferente. En tanto en cuanto esto se cumpla, entendemos que podrá recurrirse al uso de emoticonos. Partiendo del significado limitado que poseen, existen emoticonos que representan una forma de expresar afirmación o negación y su interpretación no genera a penas dificultades fruto de la costumbre del medio. Sin embargo, otros tienen un significado sujeto a interpretaciones por cada usuario e incluso llegan a ser ambiguos. En tales casos, si se utilizaran no podríamos considerar que se ha prestado un consentimiento válido y lo adecuado por parte del oferente sería solicitarle un nuevo consentimiento. Esto nos conduce a otra cuestión controvertida: la prueba del consentimiento.

Aunque el contrato se suscriba por medios electrónicos, vía mensaje o audio a través de *whatsapp* por ejemplo, no nos encontramos ante negocios formales¹⁷²⁶, pues las normas no exigen unos requisitos para su exteriorización a excepción de determinados negocios jurídicos que deberán contenerse en documento escrito y escritura pública¹⁷²⁷. En consecuencia, cuando se produce un incumplimiento o una parte pretende probar la existencia del acuerdo surgen algunas dificultades relativas a su admisión y contenido para el actor.

La mensajería instantánea, entendida como documento electrónico, es admisible como medio de prueba documental por los tribunales¹⁷²⁸. Aunque, según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia¹⁷²⁹, en caso de impugnación

¹⁷²⁶ VEGA VEGA, J.A., «La forma del negocio jurídico electrónico», *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 23, 2011, p. 136, afirma que los contratos electrónicos atienden a un criterio de formalismo indirecto, pues la forma adquiere un valor instrumental.

¹⁷²⁷ *Vid.* art. 23.4 en relación con el art. 5 LSSICE.

¹⁷²⁸ *Cfr.* arts. 299.2 y 326 LEC.

¹⁷²⁹ *Vid.* sentencias del Tribunal Supremo (Sala 2ª), núm. 375/2018, de 19 de julio de 2018, 300/2015, de 19 de mayo de 2015 y 754/2017, de 27 de noviembre de 2017. Hemos tenido en cuenta ejemplos de una jurisdicción que no es civil, pero cuya argumentación bien puede utilizarse para la resolución de casos civiles como ya ha hecho alguna Audiencia Provincial.

deberá atenderse a la forma y contenido de su presentación, es decir, comprobar si van acompañados de una prueba pericial informática o firmados electrónicamente para que ofrezca garantías de que no han sido manipulados o falsificados¹⁷³⁰. Esta pérdida de eficacia probatoria en el transcurso del proceso judicial hace que la acreditación del consentimiento prestado por mensaje instantáneo se convierta en una prueba diabólica al conllevar mayor carga y ser más costoso.

A ello debemos sumar la dificultad de confirmar la identidad del aceptante. Cuando el archivo digital de mensajería no está firmado digitalmente ni se ha realizado una pericial, surge la problemática de la identidad electrónica. Es decir, las partes necesitan verificar quién es el individuo con el que están contratando. En la mensajería instantánea se produce la vinculación del usuario a un número de teléfono móvil o correo electrónico, por lo que las partes deberán confiar en que quien está participando en la celebración del contrato es la persona con capacidad e intención de obligarse¹⁷³¹.

V. CONCLUSIONES

Algunas de las reflexiones que hemos expuesto en nuestro trabajo nos han llevado a confirmar la posibilidad de celebrar contratos a través de la mensajería instantánea que ofrecen algunas aplicaciones móviles. Los contratos suscritos por esta vía se clasifican como electrónicos y, en nuestra opinión, serán contratos celebrados a distancia pues, en ocasiones, no se produce una comunicación instantánea entre las partes y ello a pesar de que exista un contacto virtual entre éstas que consideramos equivalente al físico. Es decir, podremos estar ante contratos entre presentes pero celebrado a distancia.

La perfección del contrato se producirá en el momento en que el oferente tenga conocimiento de la aceptación o bien haya constancia de que la ha recibido

¹⁷³⁰ MAGRO SERVET, V., «La proposición y práctica de la prueba del contenido de un mensaje de whatsapp en el proceso civil», *Práctica de Tribunales*, núm. 130, 2018.

¹⁷³¹ Sobre esta materia puede consultarse MERCHÁN MURILLO, A., «Identidad electrónica: necesidad de un entorno transfronterizo de confianza», MADRID PARRA, A. (dir.) *Derecho mercantil y tecnología*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 179-210.

aunque todavía no la conozca. Por su parte, esta aceptación debe ser clara e inequívoca. Con independencia del lenguaje utilizado por las partes, este debe ser comprensible para emitir una declaración de voluntad válida, aun empleándose emoticonos u otros símbolos como es habitual en los mensajes instantáneos. Cuestión distinta será la prueba de la prestación del consentimiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BEDNARZ, Z., «Deberes de información en la contratación electrónica con consumidores: su incumplimiento y los remedios individuales disponibles», MADRID PARRA, A. (dir.) *Derecho mercantil y tecnología*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 473-500.

BERROCAL LANZAROT, A. I., «Perfección del contrato en la ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: la unificación de criterios», *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 100, 2009, pp. 3-102.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico: formación y cumplimiento*, Barcelona, BOSCH, 2013.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores: especial referencia a la relativa a servicios financieros*, Madrid, La Ley, 2009.

MAGRO SERVET, V., «La proposición y práctica de la prueba del contenido de un mensaje de whatsapp en el proceso civil», *Práctica de Tribunales*, núm. 130, 2018.

MERCHÁN MURILLO, A., «Identidad electrónica: necesidad de un entorno transfronterizo de confianza», MADRID PARRA, A. (dir.) *Derecho mercantil y tecnología*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 179-210.

MORILLAS JARILLO, M.J., «La formación del contrato mercantil en el Derecho vigente y en los trabajos de reforma: aspectos generales y régimen particular de los contratos de compraventa y seguro», PARRA LUCÁN, M.J. (dir.) *Negociación*

y perfección de los contratos, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 741-788.

ORTEGA DÍAZ, J.F., «Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual», *Revista de comercio electrónico*, núm. 86, 2007, pp. 51-111.

PAGADOR LÓPEZ, J., «Retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles», SERRANO CAÑAS y CASADO NAVARRO (coord.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 91-120.

PEINADO GRACIA, J.I., «Contratación mercantil», JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO (Coords.) *Derecho Mercantil*, vol. 5º, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 63-104.

PINO ABAD y SERRANO CAÑAS, «El nuevo régimen de los contratos a distancia», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 37, 2015, pp. 89-116.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos», AA.VV. *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 659-679.

VEGA VEGA, J.A., «La forma del negocio jurídico electrónico», *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 23, 2011, pp. 125-163.

VIDAL PORTABALES, J.I., «Algunas notas sobre formación y perfección de los contratos electrónicos en la Ley 34/2002, de 11 de julio (LSSI Y CE)», AA.VV. *El Derecho mercantil en el Umbral del siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 663-677.

El jurista y el paradigma de la contratación en masa: ¿Oportunidad de negocio o deber?

Ernesto Francisco Sarrión Hernández

Doctorando del Área de Derecho Mercantil

Universidad de Granada

I. Problema de investigación y consecuencias jurídicas

El objeto de este análisis es reflexionar sucintamente sobre los cambios acaecidos en la contratación, su desarrollo en la legislación comunitaria y estatal¹⁷³², el impacto que esto supone en los consumidores y usuarios y como los operadores jurídicos canalizan la forma de regresar a la igualdad contractual.

La “desindividualización”¹⁷³³ en la contratación y el desequilibrio provocado por la misma conlleva que la “*parte débil*” estime que debe impetrar la acción de los Tribunales para restablecer la igualdad o para purgar el contenido contrario a la legislación y al “principio de justicia contractual o de equivalencia de las prestaciones”¹⁷³⁴. Es en este punto donde surge un problema de investigación general que tiene que ver con el uso de la acción judicial por la parte afectada, es decir, lo controvertido es saber si, una vez que la contratación en masa es parte consustancial de la actualidad y que el Código Civil no puede dar una respuesta sólida a las consecuencias jurídicas que esto supone, los operadores jurídicos que tratan la casuística se adecuan al sentido que pretende la legislación, incluyendo las normas deontológicas que afectan al ejercicio de su

¹⁷³² CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español. Aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, Nº 1, 2011, págs. 84-117.

¹⁷³³ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 122.

¹⁷³⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre...*, cit., pág. 124.

profesión, o si por el contrario tratan de explotar un nicho de mercado aduciendo como justificación la defensa del “principio *pro consummatore*”¹⁷³⁵.

II. Contratación individual *vs.* Contratación en masa

Para comprender el carácter conflictivo de los desequilibrios contractuales es necesario conocer primero cuál es la dinámica en la que estos discurren. Así, es un error significar la contratación de forma unívoca. Adentrándonos en esta cuestión desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español es menester diferenciar dos paradigmas. Por un lado, el paradigma de la contratación en masa y, por otro lado, el paradigma de la contratación individual o clásica.

Para hacer más gráfica dicha comparación hemos de remitirnos al Código Civil, como reflejo de la contratación clásica, y el Texto Refundido de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios junto con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, para referirnos al paradigma de la contratación en masa. Aunque tomar dichos referentes legislativos como abanderados de ambos paradigmas pueda parecer simplista permite evidenciar dos realidades diferentes en la contratación. Ha de hacerse expresivo que la legislación que tiene como finalidad la protección de los consumidores y usuarios de los desequilibrios dimanantes de la contratación en masa tiene como punto de partida en el ordenamiento jurídico español el art. 51 CE¹⁷³⁶, mencionando derechos otorgados a los consumidores y usuarios, así como a los poderes públicos en su tarea de la promoción de los mismos¹⁷³⁷. Es así, en palabras de

¹⁷³⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre...*, cit., pág. 22.

¹⁷³⁶ Art. 51.1 CE: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

Art. 51.2 CE: «Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca».

¹⁷³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la competencia y Propiedad industrial*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 631-632.

LASARTE, que «la defensa de los consumidores y usuarios pasa a ser un principio informador del ordenamiento jurídico»¹⁷³⁸.

El Código Civil plantea una contratación decimonónica que presupone, en líneas generales, una relación contractual en la que ambas partes negocian el contenido de igual a igual. A su vez, la contratación en masa se aleja de esa dinámica al situar una “*parte fuerte*” del contrato, el predisponente, que mediante los contratos de adhesión, expresión tomada de SALEILLES¹⁷³⁹, impone el contenido del mismo a una “*parte débil*”¹⁷⁴⁰ que carece de posibilidad de negociación o que se encuentra minimizada.

Así, el articulado del Código Civil es incapaz de solventar los problemas dimanantes de una contratación en masa con un contenido contractual predefinido donde una de las partes del contrato se ve obligada a adherirse al contenido. Ante esta situación otros textos legales pretenden responder a dicho vacío, verbigracia, el TRLGDCU o la LCGC. Esta legislación trata de potenciar la función tuitiva del Derecho del consumo para reequilibrar el contrato asimilándose a la protección otorgada por la legislación comunitaria¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre...*, cit., págs. 58-59.

¹⁷³⁹ SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté*, Ed. Kessinger Pub Co.

¹⁷⁴⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., “La codificación del derecho del consumo ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.2, N°1, 2015, pág. 106.

¹⁷⁴¹ Así lo muestra la Exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al establecer que «*pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario. Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas*».

Del mismo modo, la Exposición de motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, indica que «*tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*».

El art. 1.1 de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, señala que «*El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*».

Debe aclararse que la contratación en masa no contraviene el ordenamiento jurídico español sino que deben darse unos presupuestos concretos contenidos en su legislación específica para entenderse sancionable. Así, la LCGC establece en los arts. 5 y ss. los requisitos de incorporación, reglas de interpretación, no incorporación, nulidad, régimen aplicable y efectos¹⁷⁴². Por otro lado, el TRLGDCU trata los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, la aprobación y la información en los arts. 80-81 y muestra el concepto de cláusula abusiva y el listado de las mismas en los arts. 82 y ss. del mismo texto. Ambos textos legales no son los únicos que abordan la materia objeto de análisis, pero se hace mención a los mismos debido a su importancia en la aplicación por parte de los Tribunales. Igualmente, debe señalarse que el ámbito de aplicación de la LCGC es distinto al del TRLGDCU al indicar la primera en su art. 2 que *«será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o*

¹⁷⁴² Los requisitos de transparencia del art. 5 LCGC redireccionan la materia hacia los criterios de transparencia, claridad, sencillez y concreción y exige que para que las condiciones generales se entiendan que forman parte del contrato es necesario su aceptación y firma, además de un ejemplar.

Destacando en lo relativo a las reglas de interpretación el “principio *contra proferentem*” el art. 6 al mostrar en sus apartados 1 y 2 que *«1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares. 2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente»*.

La no incorporación de las condiciones generales al contrato se producirá cuando *«el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5»* y *«las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato»*.

La nulidad es enunciada en el art. 8 LCGC: *«1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»*.

El art. 10 LCGC es expresivo del “principio de conservación contractual” ya que *«la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia»*.

jurídica -adherente» y que «se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada», pudiendo ser adherente también un profesional. Sin embargo, el TRLGDCU es de aplicación a relaciones entre consumidores y usuarios y empresarios y otorga una definición de cada uno de ellos en aras de deslindar conceptualmente cuál es el ámbito de aplicación¹⁷⁴³.

III. El rol de los operadores jurídicos

Tras conocer el problema de investigación general y cuáles son sus consecuencias, lo relevante, como objeto de este análisis, es saber cómo reaccionan los operadores jurídicos¹⁷⁴⁴. Debido a lo amplio de este concepto y sin la posibilidad de remitirnos a cada uno de los profesionales en Derecho, tenemos que focalizar el presente comentario hacia la Abogacía y su desempeño como obligación de medios¹⁷⁴⁵. Para ello debemos remitirnos a las obligaciones éticas y

¹⁷⁴³ Así lo expresan los arts. 3: «son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial» y art. 4 TRLGDCU «se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

¹⁷⁴⁴ Para conocer el significado de dicho concepto, en palabras de PECES-BARBA, tenemos que saber que «identifica a todos los que, con una habitualidad profesional, se dedican a actuar en el ámbito del Derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del Derecho, y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos». PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los operadores jurídicos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º 72, 1986-1987, pág. 448.

¹⁷⁴⁵ ORTEGA REINOSO, G., “Contenido obligacional del contrato de servicios del abogado. Un repaso jurisprudencial”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 34, 2014, pág. 8.

deontológicas establecidas en el Estatuto General de la Abogacía Española¹⁷⁴⁶ así como en el Código Deontológico de la Abogacía Española¹⁷⁴⁷.

Es decir, el ecosistema del paradigma de la contratación en masa incluye no sólo a los elementos personales del contrato sino que va más allá para incluir a una pléyade de sujetos que intervienen directa e indirectamente, entre los que están los Abogados. Por ello, cabe analizar cuál es la responsabilidad de los operadores jurídicos que acceden a este supuesto, con independencia de su procedencia, ya sea de la Administración Pública o del ámbito privado, en la labor de preservación del equilibrio del contrato, aunque el presente estudio se centre en el ámbito privado.

IV. Conclusiones

Una vez expuesto el problema de investigación comentado *ut supra*, así como la reacción por las partes que pueden tener conocimiento de su corolario más inmediato, debemos hacer mención a que el desequilibrio contractual provocado por el paradigma de la contratación en masa y la utilización que los

¹⁷⁴⁶ El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, en su art. 1.1 y 1.2, sito en el Capítulo Único del Título I (De la Abogacía y sus organismos rectores) muestra que «1. La Abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia. 2. En el ejercicio profesional, el abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la Abogacía y al consiguiente régimen disciplinario colegial».

Por su parte, el art. 30 señala que «El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la Abogacía se halla vinculada» y la letra a del art. 31 «Son también deberes generales del abogado: a) Cumplir las normas legales, estatutarias y deontológicas, así como los acuerdos de los diferentes órganos corporativos».

¹⁷⁴⁷ En su art. 1, intitulado “obligaciones éticas y deontológicas”, señala que «el abogado está obligado a respetar los principios éticos y deontológicos de la profesión establecidos en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en el Código Deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa (CCBE) el 28 de noviembre de 1998, y en el presente Código Deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, en los que en su caso tuvieran aprobado el Consejo de Colegios de la Autonomía, y los del concreto Colegio al que esté incorporado».

operadores jurídicos hacen de esta situación es una realidad abierta, o lo que es lo mismo, hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- El paradigma de la contratación en masa supera la dinámica contractual planteada por el Código Civil y acude a una legislación, siguiendo la línea comunitaria, que trata el desarrollo de la materia desde un cariz protector de la “*parte débil*” del contrato.
- Esa función tuitiva del Derecho del consumo se encuentra en una etapa de redefinición en la que cabe preguntarse si, *de lege ferenda*, incorporará en su ámbito de aplicación a sujetos afectados por la misma realidad, pero que el ordenamiento jurídico español no contempla que se encuentren en la actualidad en el mismo escenario de vulnerabilidad.
- La forma de contratación que supone el cambio de paradigma no es contraria al ordenamiento jurídico *per se*. La contratación en masa es lícita y sólo sancionable cuando contravenga la normativa.
- Ambas realidades contractuales no son antitéticas. El paradigma de la contratación en masa y el paradigma de la contratación individual tienen una relación de coexistencia en el ordenamiento jurídico español.
- Los desequilibrios fruto de los excesos de los predisponentes en el paradigma de la contratación en masa provocan que la “*parte débil*” acuda a operadores jurídicos para vehicular una respuesta jurídica al problema de investigación. Esa respuesta se articula acudiendo a los Tribunales.
- El tenor de esta legislación (Por ejemplo, LCGC o TRLGDCU) es, en muchos aspectos, laxo permitiendo que los operadores jurídicos hagan una significación partidista de su contenido, dejando de lado la búsqueda de un panorama cuya finalidad sea restablecer los desequilibrios contractuales para pasar a convertirlo en una oportunidad de negocio.

Por ende, la actividad desempeñada por los operadores jurídicos a la hora de servir como herramienta a los intereses de los consumidores y usuarios afectados por los desequilibrios contractuales que pueda llegar a provocar el paradigma de

la contratación en masa debe estar orientada hacia la búsqueda paritaria entre las obligaciones éticas y deontológicas connaturales al ejercicio de la profesión de común acuerdo con el desarrollo en el tráfico económico-jurídico, sin que ninguna de las dos facetas monopolice el ejercicio de la labor profesional de los operadores jurídicos, ya que el rol que desempeñan es crucial a fin de solucionar el problema de investigación tratado que no es monocausal sino plurifactorial.

BIBLIOGRAFIA:

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la competencia y Propiedad industrial*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014.

CÁMARA LAPUENTE, S., "El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español. Aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, Nº. 1, 2011, págs. 84-117.

CÁMARA LAPUENTE, S., "La codificación del derecho del consumo ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)", *Revista de Derecho Civil*, Vol.2, Nº1, 2015, págs. 105-151.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

ORTEGA REINOSO, G., "Contenido obligacional del contrato de servicios del abogado. Un repaso jurisprudencial", *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 34, 2014.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "Los operadores jurídicos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº. 72, 1986-1987, págs. 447-470.

SALEILLES, R., *De la declaración de voluntad*, Ed. Kessinger Pub Co.

Desintermediación versus reintermediación en el mercado de distribución turística

Francisco Vega

LA INTERMEDIACIÓN TURÍSTICA EN EL MERCADO ACTUAL

El estudio de la intermediación y distribución en el sector de los operadores turísticos exige un análisis de los operadores que participan en la producción, distribución y comercialización en el ámbito del mercado turístico. En los últimos tiempo los operadores se están reorganizando y aparecen tensiones entre la venta directa y la intermediación tradicional. En estos mercados los productores y los intermediarios tratan de ocupar el papel más relevante aunque los segundos cuentan con un futuro incierto. La intermediación turística no es un concepto de fácil definición y únicamente algunas normas recientes se ocupan de su concepto de manera aproximada. Podemos tomar como ejemplo, la definición que facilita el Decreto 89/2010 de Canarias, que la define como “toda actividad empresarial de quienes se dedican comercialmente a la mediación en la venta y organización de servicios turísticos pudiendo utilizar medios propios en su prestación”. Como segundo concepto, podemos mencionar, aquél que aparece reflejado en el libro coordinado por Torres Bernier, que distingue entre intermediación pasiva e intermediación activa. Según Torres Bernier, Esteve Secall, Fuentes García y Martín Rojo, la diferencia entre ambas actividades radica en que, en la primera, el intermediario se limita a proporcionar un servicio ajeno, mientras que, en la segunda, el intermediario añade además algún servicio a lo que vende o crea su propio producto, es decir, lo personaliza, aportando un elemento diferenciador al producto.

Otros autores destacan que el valor añadido no viene determinado por la suma de servicios, sino por la innovación en sí misma. Para esos autores no existe intermediación en sentido estricto, es decir, mera intervención para facilitar el contacto entre oferta y demanda, sino que ahora existe la que puede denominarse como “infomediación” que consiste en filtrar y seleccionar

información por parte de esos intermediarios, aportando de ese modo su valor añadido. Incluso, podemos destacar una nueva corriente de autores partidarios de la denominada “innomediación”, constituida por innovación de los intermediarios con el objeto de diferenciarse de sus competidores directos.

Podemos afirmar con seguridad que hoy día, un intermediario turístico tiene una función que excede notablemente de la tradicional distribución que tradicionalmente venían desempeñando como meros intermediarios. Hoy, asumen múltiples servicios: información, asesoramiento, diseño, organización, comercialización, entre otros accesorios a los anteriores. En cualquier caso, el intercambio voluntario y competitivo de productos turísticos continua constituyendo su principal función, equilibrando la oferta y demanda de los productos y servicios turísticos mediante la puesta a disposición del producto en el momento y lugar donde el consumidor desea efectuar la adquisición.

La comercialización del producto turístico mediante la distribución y la comunicación se realiza a menudo por los intermediarios turísticos a través de los denominados canales de distribución. En otros casos, el adquirente prefiere optar por la vía directa y contratar los servicios directamente al proveedor de los mismos. Esto último, cada vez se está convirtiendo en algo más habitual como tendremos ocasión de comprobar en líneas posteriores. La actividad turística evoluciona notablemente en la actualidad y hace necesario que los distintos operadores evolucionen para conseguir una mayor flexibilidad y adaptarse a las nuevas demandas. Con la llegada de las nuevas tecnologías, la distribución ha cambiado y la contratación de productos turísticos a veces no pasa por los agentes de viajes tradicionales sino a través de intermediarios virtuales y relaciones directas entre el consumidor y los proveedores.

Con la llegada de las nuevas tecnologías la presencia de intermediarios pasa a tener una importancia secundaria, al menos teóricamente. La realidad anterior ha provocado una disminución de las agencias de viajes y de forma inversamente proporcional un aumento en el tráfico jurídico de las centrales de reservas que están aprovechando los nuevos canales de distribución en el sector turístico. En cualquier caso, el sector turístico siempre ha gozado de una enorme

incertidumbre sobre la posibilidad de predecir el tipo de canal de distribución que podrá ser el dominante en un plazo medio, optando muchos productores o proveedores turísticos por una línea intermedia que supone invertir en cada uno de los posibles operadores con futuro, a la espera de ver como evolucionan los acontecimientos. De esa manera, se posicionan en el mercado y evitan no quedar en un lugar retrasado a la luz de los nuevos avances.

El concepto estricto de contratos de distribución es perfectamente aplicable al ámbito de los

operadores turísticos, entendiendo por distribuidor turístico aquel operador que celebra un contrato de duración determinada o indeterminada y que adquiere un servicio turístico para su reventa en nombre y por cuenta propia, si bien comprometiéndose a defender los intereses del fabricante o mayorista dentro de una red de distribución. Cabe recordar que el distribuidor a diferencia del comisionista y del agente, si ejerce su actividad en nombre y por cuenta propia. Los contratos de distribución son atípicos pues no tienen una regulación legal propia aunque se contempla cierta regulación en algunos de sus aspectos cuando tienen relación con la ordenación de la competencia en sus dos vertientes (Ley de Competencia Desleal y Ley de Defensa de la Competencia).

En España ha existido tradicionalmente una cadena vertical consolidada y clásica en la industria turística mediante la que compañías hoteleras y aerolíneas vendían sus productos a los intermediarios al por mayor (mayoristas) que a su vez distribuían sus productos a los intermediarios al por menor (agencias de viaje) que finalmente, distribuían al consumidor final o turista. Debemos comenzar por destacar la importancia de la distribución en el sector turístico, incluyendo todas las actividades que aseguran la llegada de los mismos a los compradores de productos o servicios en el lugar y momento en el que lo necesitan. La distribución es la pieza fundamental en la competitividad de las actividades turísticas y controlar la distribución puede marcar la diferencia. La clave del sistema moderno de distribución, la podemos encontrar en una progresiva disminución de los costes de distribución a medida que ha ido avanzando la tecnología. Las empresas del sector han empezado a usar

modernos sistemas informáticos que prueba la fuerte capacidad de adaptación e innovación de los operadores turísticos. Esos sistemas informáticos están basados en potentes aplicaciones capaces de manejar enormes bases de datos. En ese contexto aparecen los Sistemas de Distribución Global o sus siglas en inglés GDS (global distribution system), que han supuesto toda una revolución en el campo del turismo a través de la generación de redes de información.

El GDS puede ser definido con carácter general como unos sistemas informáticos de reservas

que aglutinan varias áreas del sector turístico: billetes de avión, reserva de hoteles, alquiler de coches, entre otros y que permiten el acceso a los mismos de manera online. Los GDS se han perfeccionado en los últimos años, teniendo un efecto reflejo en el avance de las agencias online. Con anterioridad a los GDS otro tipo de sistema informatizado era el encargado de la función de reservas bajo la denominación de Sistemas Centrales de Reservas o sus siglas en inglés CRS (computer reservation systems) que almacenaban y recuperaban la información cuando era necesario, para llevar a cabo transacciones relacionadas con viajes. Los GDS en definitiva son la evolución de los CRS, nacidos en EEUU en los años 70 del siglo veinte pues las compañías aéreas crearon el sistema informático para optimizar la gestión de las plazas aéreas. Realmente estaba basado en un sistema simple de bases de datos centralizadas y actualizadas a las que pueden acceder sus socios o abonados. Supuso un avance revolucionario en el sector pues permitían el control en tiempo real del inventario disponible en cada momento. Básicamente son sistemas informáticos con base de datos central que se actualiza progresivamente y que conectan a los proveedores de servicios turísticos con sus distribuidores de plazas y vienen a ser centrales de reserva que se pueden usar a cambio de un abono. Se establece una base de datos central actualizada periódicamente y conectada con empresas turísticas por un lado y por el otro con las agencias de viajes y otras empresas abonadas a través de terminales de ordenador.

En la actualidad, trata de imponerse el GNE, o sus siglas en inglés, Global New Entrant (GDS de nueva entrada) que hace referencia al sistema de

distribución alternativo al GDS, basado en la no utilización de intermediarios, realizándose la conexión directamente del proveedor a la agencia de viajes o al consumidor y viceversa. Esto permite un ahorro de costes de distribución. También se les llama GDS de bajo coste y su actividad ha recibido el nombre de distribución low cost. Su principal característica es que el cobro únicamente tiene lugar por cada operación que se realiza, suponiendo un ahorro considerable. En consecuencia, esa versión “low cost” de los GDS, que han venido a llamarse GNE está logrando procesar cada vez mayor número de reserva, acercándose paulatinamente al número de funcionalidades de un GDS tradicional. Cada vez se abren un mayor mercado mediante un funcionamiento similar al de los GDS pero con una gran diferencia que aporta una ventaja competitiva esencial pues los GNE utilizan Internet como plataforma sin costes pero logran del mismo modo, ofertar todos los servicios turísticos (aerolíneas, hoteles, alquiler de coches, restaurantes) bajo una oferta global accesible al consumidor final o al intermediario. Los GNE hacen que los proveedores puedan poner sus productos a disposición de los clientes finales, con precios notablemente inferiores pues se ahorran las comisiones que se pagaban hasta ahora a los GDS.

Un paso más allá de los anteriores, ha sido el dado la creación en 2018 de los New Distribution Capability, o sus siglas en inglés NDC, creado por la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA), que contiene un estándar de transmisión de datos basado en el lenguaje XML y que se caracteriza por hacer posible que los operadores turísticos puedan avanzar en el sistema de distribución y comercialización de productos. Este programa diseñado por la IATA logrará que las compañías aéreas funcionen bajo un nuevo “standard tecnológico” que les permitirá la conexión directa con las agencias de viajes u otros operadores turísticos, mediante la integración de Web Services / APIs XML. Principalmente el mayorista Amadeus esta tratando de llevar a cabo el desarrollo de la tecnología suficiente e impulsando el proyecto.

CONCEPTO DE DESINTERMEDIACIÓN TURÍSTICA

En el anterior proceso de evolución que se acaba de mencionar, debemos hablar de lo que se ha venido a conocer como el presente proceso de "desintermediación" en el ámbito turístico con una pérdida progresiva de cuota de mercado por parte de los intermediarios turísticos pues los proveedores de turismo (compañías aéreas, cadenas hoteleras y empresas de alquiler de vehículos) a través de internet logran entablar contacto directo con los consumidores para que estos accedan a sus sistemas de reservas de forma directa mediante un punto de venta virtual. De ese modo, cualquier mayorista pueda vender productos turísticos a consumidores, como un minorista más, sin necesidad de intermediación. Incluso los principales sistemas GDS después de un periodo de cierto estancamiento, han permitido el acceso directo de los consumidores turísticos. A lo anterior, debe sumarse el hecho de que están apareciendo en la actualidad nuevos intermediarios no pertenecientes al sector turístico en sentido estricto, como los portales generalistas o los portales verticales que han configurado canales propios de venta de productos turísticos por Internet. Existen incluso los denominados "centros comerciales virtuales", que agrupan en un mismo sitio a una pluralidad de empresas turísticas para que de esta forma puedan llegar a los consumidores pero que a pesar de aparecer compartiendo espacio en la red mantienen cada una su propia identidad e independencia.

Quizás podríamos hablar con más propiedad en lugar de proceso de desintermediación, de un proceso de sustitución de intermediarios tradicionales por otros nuevos intermediarios, constituidos fundamentalmente por agencias virtuales, viniendo a ser el problema principal para los intermediarios clásicos no tanto la distribución directa de los proveedores, sino más bien, la temida entrada de los tour operadores y sistemas GNE a la venta minorista a través de Internet. Mientras tanto, los intermediarios tradicionales están tratando de actualizar su oferta para mantener la competitividad. En definitiva, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación están influyendo considerablemente en la intermediación turística, ocasionando ajustes que tratan de acortar el canal de distribución. La desintermediación puede consistir más bien en cambios de

posición en los canales de distribución turística pues ahora los operadores se ven afectados por una participación más directa del consumidor en el sistema de contratación. El proceso del que venimos hablando se ha visto favorecida por las TIC ya que ahora hacen posible la exclusión del intermediario y el contacto directo con el consumidor final.

En realidad, los procesos de desintermediación se pueden dar en las economías simples pero no en las culturas y sectores complejos en los que la tendencia normal es el aumento en la intermediación, mediante la aparición de nuevos intermediarios o la introducción de nuevos actores entre el proveedor, la agencia de viajes y el cliente. Si el intermediario logra reaccionar y adaptarse a la nueva realidad, puede pasar a una fase de reintermediación, mediante la que el intermediario logra entrar de nuevo en algún punto de la cadena. Mediante el proceso de reintermediación el operador turístico tradicional logra innovar con sus operaciones y estrategias, adoptando nuevas formas de las transacción para defender su posición frente a los demás competidores.

LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO COMO VALOR AÑADIDO

En el marco precisamente de esa innovación y adaptación, hay que destacar que las enseñanzas y aprendizaje han ido pasando tradicionalmente a lo largo de las generaciones. La sabiduría y conocimiento de cada persona se han ido perfeccionando y transfiriendo paulatinamente, llegando un momento en el que se hace necesario conservar y preservar el conocimiento mediante un método y una gestión ordenada. Ese almacenamiento venia efectuándose en las bibliotecas pero hoy, con potentes ordenadores y novedosas comunicaciones es más sencillo recopilar datos, información, conocimiento y sabiduría, permitiéndonos adoptar la mejores decisiones de manera más rápida y más efectiva. La denominada como gestión del conocimiento trata de aplicar al ámbito empresarial esa idea tradicional de transformación de información en conocimiento aplicable al ámbito de actuación empresarial.

Debemos partir con carácter general de la importancia clave del conocimiento en cualquier ámbito del mercado. El conocimiento es un elemento

básico para dotar de especial relevancia a los productos y servicios. Cualquier operador económico y en especial los operadores turísticos, deben gestionar de manera óptima este elemento intangible buscando la perfección del producto para lograr generar valor. Si se logra ese objetivo, el éxito estará mucho más próximo y habremos creado un elemento diferenciador de competitividad del operador, permitiéndole una mejor adaptación al nuevo horizonte comercial. Un producto turístico reúne elementos tanto tangibles como intangibles que deben satisfacer las necesidades de los turistas que ha depositado unas expectativas, no obstante, su satisfacción final dependerá de múltiples factores. Las necesidades de cada turista y sus expectativas son diferentes y, en consecuencia, la línea que separa la satisfacción e insatisfacción es borrosa, delgada e incluso relativa.

La llegada de las nuevas tecnologías han forzado a los operadores turísticos a la formulación de nuevas estrategias que les permitan competir a través de novedosas metodologías de trabajo, ampliando el conocimiento mediante innovaciones cuyo origen se encuentre en los propios empleados pero también en la propia organización. La información circula a gran velocidad dentro del propio proceso de globalización y la llegada de las nuevas tecnologías ocasiona que los consumidores sean cada vez más exigentes. Los operadores deben responder con agilidad y rapidez a esa nueva sociedad del conocimiento. Los profesionales que integran el operador turístico deben contar con una especial formación en esa herramienta de enorme poder y lograr esa ventaja competitiva basada en el uso de la información pero también, en el conocimiento, gestión y análisis de la misma. Mediante esas acciones se logrará encuadrar esa información en un contexto determinado mediante una serie de acciones que favorezcan el funcionamiento del operador turístico, generando valor añadido. Dicho de otro modo, debemos diferenciar la información y el conocimiento, siendo el segundo bastante más complejo que el primero ya que la información se encuentra en un ámbito estático y el conocimiento en un ámbito dinámico.

Si tuviese que construirse un concepto de gestión del conocimiento y partiendo de las múltiples definiciones que han dado los autores, podríamos definir el término gestión del conocimiento como un proceso mediante el cual, a través de gran variedad de recursos se busca, ordena y filtra la información,

logrando mejorar activos intangibles en un área determinada. Dicho de otro modo más simple, mediante la gestión del conocimiento se organiza toda la información de la que dispone el operador turístico sobre los mercados, así como los medios materiales, medios personales y el contexto, logrando que la empresa se lo más competitiva posible, todo ello mediante la idea central de la óptima gestión de la información.

La principal ventaja de una buena gestión del conocimiento es, facilitar que el operador turístico sea mucho más flexible, adaptándose rápidamente a los cambios del mercado, innovando y tomando decisiones capitales que afectan a la productividad. Esa idea es básica pues como hemos visto, los operadores tradicionales deben adaptarse a la nueva realidad y abandonar su función tradicional de mera intermediación. Mediante una óptima gestión del conocimiento, el operadores tendrá un funcionamiento inteligente y asegurará su viabilidad, obteniendo el máximo de recursos posibles. Con la llegada de las Tics todo el proceso de gestión del conocimiento cobra una especial importancia al tiempo que se facilita una buena gestión mediante el uso de gran cantidad de información con su posible filtrado y análisis. No obstante, debemos mencionar que también existe el conocimiento denominado tácito que está en las personas y no se puede constatar a simple vista y es fruta de la personalidad, conocimientos y experiencia de cada persona. En cualquier caso, nosotros nos centramos en el conocimiento denominado implícito y presente en todo tipo de soportes de cualquier naturaleza material. Precisamente en ese tipo de conocimiento es donde juega un papel relevante los sistemas de gestión del conocimiento que permitan una constante renovación.

El conocimiento es el resultado de la suma del conocimiento explícito y tácito aunque se caracteriza en ambos casos por ser algo no estático sino dinámico e innovador formado por los conocimientos individuales pero también por el del propio operador, formado de la experiencia a lo largo del tiempo, es decir, trasciende del ámbito personal. El conocimiento debe estar en progresivo avance y actualización, es decir, es algo dinámico que no puede permanecer inmóvil sino que muy por el contrario, debe corregir sus propios errores y aprovecharse de ellos. El operador turístico debe estar abierto en todo momento a nuevos

conocimientos que perfeccionen y amplíen los anteriores mediante un continuo proceso de aprendizaje que busquen el objetivo de lograr creatividad en las ideas e innovación en las implementaciones. Lo anterior, se debe reflejar en un detallado plan estratégico que contemple las principales líneas de acción y reflexión sobre necesidades de clientes y productos o servicios. Además de lo anterior, no cabe duda que los operadores deben tratar de educar a sus empleados y miembros en esa filosofía del conocimiento para que interioricen la idea como propia y logren aplicarla en el día a día, convirtiéndola en una verdadera actitud, creando la cultura del conocimiento.

El factor transmisión o trasvase del conocimiento juega también un importante papel pues en la eficacia y eficiencia del sistema de gestión del conocimiento también va a influir claramente la transferencia del conocimiento de unos a otros, compartiendo y poniendo en común de manera explícita todos los aspectos básicos del conocimiento de cada cual, haciendo público el propio conocimiento y convirtiéndolo en algo de todos. Las personas deben aprender y deben convertir ese conocimiento en activo útil para el operador al que pertenecen. Ello nos lleva a destacar por un lado, la denominada socialización como el proceso por el que se comparten experiencias y se genera conocimiento tácito. Por otro lado, se habla de la externalización como proceso en el cual el conocimiento tácito es transformado en conocimiento explícito. La combinación e intercambio de ambos procesos puede llevar a generar nuevos conocimientos.

El operador turístico que logra permanecer operativo durante una etapa prolongada de tiempo, empezará a operar en ambientes cada vez más competitivos. Dentro de esos ambientes, es vital la construcción y renovación del conocimiento para una constante aplicación. Si el operador pretende continuar su expansión para abarcar nuevos mercados, se hará totalmente imprescindible aplicar el conocimiento que ya está en su poder, logrando obtener la tan ansiada ventaja competitiva mencionada en líneas anteriores. El operador debe ser capaz de solucionar un problema a la mayor celeridad posible pues ello puede suponer la diferencia entre la satisfacción o la insatisfacción, En definitiva, debe convertir una dificultad en un punto fuerte, evidenciando profesionalidad, confianza y agilidad.

Los operadores turísticos tienen que tener presente en su estrategia de gestión del conocimiento el hecho de que un progresivo cambio y sustitución de empleados, juega en contra de la retención de información y conocimiento de la organización pues el contacto directo con los clientes es una de las fuentes de información de mayor relevancia respecto a los mercados. El constante cambio de personal supone una notable pérdida de conocimiento ya que un buen conocimiento de las preferencias de los clientes aporta una ventaja competitiva dentro de la gran competencia de los operadores turísticos. Es por ello, que las nuevas tecnologías, el almacenamiento de información pero, sobre todo, la transferencia del conocimiento son clave para garantizar una posición competitiva ventajosa y su mantenimiento a lo largo del tiempo. Por otro lado, es necesario estimular el aprendizaje, logrando explotar todo el potencial existente en los empleados, estimulándoles para que propongan nuevas ideas significativas que faciliten una buena toma de decisiones capitales ante las necesidades cambiantes de la demanda y de los mercados.

Especial importancia tiene también el denominado marketing interno, esencial en la buena gestión del conocimiento. Al buscar la satisfacción del cliente, no debe dejarse de lado jamás, la propia satisfacción del empleado ya que un empleado satisfecho tendrá un mejor rendimiento y prestará un servicio de mayor calidad. Además, el empleado satisfecho hace mucho más fácil el proceso de comunicación de conocimiento a nivel interno, mediante la transferencia del mismo a todo los niveles. La información debe ser analizada, interpretada y entendida para que se puede transformar en conocimiento y ello, será mucho más fácil mediante un empleado en situación de satisfacción laboral que asume un mayor compromiso.

En definitiva, el conocimiento y su gestión constituyen el principal activo del operador turístico del siglo XXI. El operador, gracias al manejo de la información se posiciona de manera estratégica para lograr la satisfacción plena de clientes, creando una ventaja competitiva. Debe buscar una gestión de calidad para mantener su imagen y reputación, creando, transmitiendo y aplicando los conocimientos ya existentes pero también los nuevos conocimientos adquiridos.

LOS COSTES DE TRANSACCIÓN COMO ELEMENTO CLAVE

En otro orden de cosas, debemos menciona la teoría de los costes de transacción. Dicha teoría básicamente trata de explicar el motivo por el que tradicionalmente han existido una serie de operadores turísticos que intermedian en el mercado turístico, partiendo de la afirmación de que cualquier tipo de transacción en el mercado lleva consigo unos determinados costes de transacción, consecuencia directa de todos los elementos tanto personales como materiales que intervienen en esa operación, siendo mayores los costes a medida que la transacción se hace más compleja. En el sector turístico, el aumento de complejidad de la transacción viene ocasionado, entre otros, por la gran asimetría informativa entre las diferentes partes intervinientes.

Se producirá la transacción del producto turístico a través de intermediarios si esa modalidad es eficiente. Será eficiente si los costes de la transacción mediante intermediario son menores que los costes de la transacción sin intermediario, es decir, de manera directa en el mercado. Podemos afirmar que a medida que la complejidad del producto turístico aumenta, los costes de transacción son menores cuando se produce mediante un intermediario en lugar de cerrarse la operación a través del mercado directamente. Dicho de otro modo, el intermedio abarata el coste de transacción a medida que el producto turístico es más complejo, es decir, el coste de transacción aumenta sin intermediario en los productos turísticos complejos.

En la cadena de distribución del producto turístico los costes de transacción están relacionados de manera directa con la intermediación o no, de modo que la adquisición y venta del producto turístico se efectuará mediante intermediario cuando sea más eficiente por tener unos menores costes de transacción, mientras que se obviará al intermediario si el coste de transacción es menor cuando el consumidor adquiere de manera directa el producto turístico a los proveedores.

Los bienes y servicios del producto turístico exigen una notable coordinación entre todos los intervinientes pues solo así podrá lograrse una completa satisfacción del consumidor. Un mínimo fallo de coordinación tiene el

efecto directo de producir una pérdida de utilidad para el turista. Partiendo de la idea anterior, el turista asumiría un gran riesgo si trata de contratar un cierto producto complejo por sí mismo de manera directa con los proveedores del producto turístico pues son múltiples los elementos que intervienen y necesitan de una especial formación y práctica en la materia para poder lograr contratar un producto exacto con todas las características y condiciones requeridas, siendo notable la posibilidad de errores. El intermediario profesional cuenta con una mayor práctica y formación que asegura una coordinación centralizada de todos los elementos que pueden formar parte del producto turístico, de manera que las posibilidades de éxito en la adquisición del producto aumenta. Al mismo tiempo, el riesgo de cometer errores disminuye y la posibilidad de resolución de los mismos de manera rápida y ágil es mayor, liberando al consumidor de esa carga de acudir a todos los proveedores para contratar con ellos de manera individualizada.

Los consumidores finales o turistas que contratasen un producto turístico sin intermediarios deberán además realizar multitud de búsquedas costosas y lentas, con el consiguiente gasto de dinero, tiempo y esfuerzo en término de coste. Ese proceso debe repetirse por cada turista de manera que el coste de búsqueda y recolección de información aumenta en relación con el coste del mismo proceso que llevase a cabo los intermediarios profesionales que almacenan la información de manera mucho más eficiente. Los diferentes intermediarios tienen centralizada la gestión de todos los proveedores de producto turístico en un mismo lugar y ello ocasiona inevitablemente un incremento de la eficiencia en el proceso de búsqueda de información. Incluso, los intermediarios pueden realizar filtros y selección de la información que sea relevante para la toma de decisión del consumidor, obviando el resto de información no relevante, incrementando de ese modo la eficiencia del proceso de búsqueda.

Debemos ser consciente en nuestro análisis del hecho de que la mayor parte de la información que le llegará al consumidor no será totalmente objetiva pues será suministrada directamente por los propios proveedores del producto turístico como puede ser compañías aéreas, de transporte en general, de ocio,

hoteles, etc. En ese caso, la información estará contaminada y no será imparcial, dificultando la evaluación óptima del producto turístico por parte del comprador. Ese inconveniente puede ser salvado mediante la intervención de un operador turístico que funcione como intermediario en el proceso de oferta y venta, ofreciendo una información más fidedigna.

En el mercado turístico existe exceso de información que ha visto incrementado además por la facilidad para recopilar y ofrecer la misma a través de internet. Lo anterior ocasiona que sea complejo para el comprador llevar a cabo un proceso de evaluación puro, sin que exista garantía sobre la calidad de la información suministrada. Los intermediarios turísticos pueden aportar valor a la cadena mediante la transmisión de información creíble. Los costes de transacción serán muy superiores si el propio turista adquirente del producto contrata directamente los productos a los vendedores sin la intervención de un intermediario pues no tendrá una información fidedigna y el aumento de costes de transacción ocasionarán una disminución en la eficiencia del mercado. El operador turístico que actúa como intermediario deberá tener conocimientos y habilidades especiales que le permitirán llevar a cabo un filtro y control de calidad de la información.

No obstante, debemos mencionar una segunda posibilidad que justificaría el especial papel de los intermediarios en ese filtrado pues la propia reputación de su nombre comercial y marca dentro del mercado turístico origina que sea el propio operador turístico el que se preocupe de ofrecer únicamente productos turísticos de calidad aunque no gocen de especiales habilidades ni de una función informadora frente al cliente. El operador turístico que intermedia en el mercado, es un agente habitual de dicho mercado que está presente en el mismo de manera repetitiva, gestionando múltiples operaciones y no una operación aislada. En consecuencia, tiene un especial interés en llevar a cabo una transacción de calidad que le ayude a consolidar su posición y reputación dentro del mercado turístico, no solo frente al consumidor turista sino también de manera indirecta o refleja frente a sus propios proveedores que conocen la posibilidad de perder al intermediario si este ve afectada su reputación por un producto turístico defectuoso.

Derivado de todo lo anterior, puede afirmarse que el papel de los intermediarios turísticos en la distribución de información y productos, tiene una menor trascendencia a medida que el proveedor de producto turístico tiene una mayor calidad y reputación en el mercado. Los operadores pertenecientes a grandes compañías, utilizan menor cantidad de intermediarios pues son capaces por sí mismos de crear reputación y calidad en su marca sin necesidad de intermediarios que muestren la calidad del producto turístico. Del mismo modo, los grandes operadores cuyos clientes suelen adquirirles productos de manera reiterada, entran en una especie de círculo que hace que tampoco necesiten de manera especial a otros operadores intermediarios que distribuyan sus productos pues los adquirentes ya tienen su propia información formada por su propia experiencia previa.

LOS OPERADORES TURÍSTICOS COMO INSPECTORES DE TURISMO

Para ir concluyendo con la ponencia, debemos preguntarnos si hoy día, ante esa nueva realidad de operadores turísticos, tiene sentido mantener la supervisión y control de la Administración sobre la actividad de los operadores turísticos, al menos, en el sentido más tradicional. Cabe recordar que la actuación del denominado inspector de turismo consiste en presenciar los hechos, levantar acta y posterior remisión al órgano sancionador competente para iniciar el procedimiento sancionador. Ahora, los viajeros se han convertido en auténticos inspectores de turismo frente a los nuevos operadores turísticos ya que ejercen una supervisión y control a través de las Tics. Quizás el auténtico inspector se centrará en las cuestiones legales y normativas, mientras que los usuarios se centrarán en cuestiones de hecho, con comentarios y opiniones de consecuencias negativas o positivas mucho más rápidas y efectivas que el propio procedimiento administrativo sancionador. En definitiva, se conjuga la inspección turística administrativa con la inspección turística del propio turista.

Es necesario destacar que en un primer momento se pueden evidenciar que la finalidad de la

política legislativa de la Administración es muy diferente a la finalidad y objetivo que tiene el usuario, no obstante, no podrá existir lo uno sin lo otro. Las reglamentaciones y normativa legal tratan de establecer unos estándares mínimos de calidad y modernización que son absolutamente necesarios para que a la larga los comentarios y experiencias de los usuarios sean positivas. Bien es cierto que no en todos los casos tienen por qué coincidir el cumplimiento de los requisitos legales y administrativos con las opiniones subjetivas de los clientes.

La Administración debe actualizarse al igual que los operadores turísticos y debe implementar las nuevas tecnologías en el control y supervisión del sector turístico aunque sin limitar la libertad de expresión de los usuarios en sus críticas al servicio recibido. Si el productor o el intermediario intenta limitar la capacidad de emitir comentarios por parte del usuario turístico, debe iniciar un procedimiento sancionador para exigir responsabilidades al responsable de la limitación de esa libertad de expresión. Justo en ese momento, la Administración estará supervisando la actividad turística aunque sea de manera indirecta o refleja, garantizado que los ciudadanos puedan actuar como inspectores del servicio o producto turístico. De ese modo, encontramos una doble vía de intervención de la Administración, no únicamente a través del control de calidad sobre el servicio sino también sobre el control de transparencia de las experiencias de los viajeros. Una vez más, a la vista de lo anterior, se pone de manifiesto la enorme trascendencia que tienen hoy día los intermediarios turísticos en el control de la actividad turística, pudiendo afirmarse que una nueva función de los mismos viene determinada de manera indirecta por ese control o supervisión de las propias actividades turísticas compartido, eso sí, con la supervisión tradicional de las Administraciones Públicas.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Bauzá Martorell F. J. (2016) Replanteamiento de la intervención administrativa en materia de turismo ante las nuevas tecnologías. Sección Actividad económica de la Administración, N° 3, pp. 61-75. Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y práctica profesional de Derecho Administrativo

Berné Maneroa C., García-González M., García-Uceda M. E. & Múgica Grijalba J. M. (2012). Modelización de los cambios en el sistema de distribución del sector turístico debidos a la incorporación de las tecnologías, Nº 15, pp. 117-129. Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa

Calveras A. & Orfila F. (2010). Un análisis económico de la intermediación en el sector turístico. Vol. 33, Núm. 91, pp 67-94. Cuadernos de Economía.

Díaz Luque P. & Jiménez Marín G. (2013). La web como herramienta de comunicación y

distribución de destinos turísticos. Análisis y modelos. Cuestiones publicitarias, Vol. I, nº 18, pp. 39-

55. Sevilla. Grupo de investigación Maecei

Dos Anjos F. A., Limberger P. F, dos Anjos S. G. & Domareski T. C. (2011) Contribuciones

de la gestión del conocimiento a los servicios turísticos. Vol. 20 pp 722- 737. Estudios y Perspectivas en Turismo.

Esteban Alberdi C. (2007). Indicadores de calidad en empresas de intermediación turística: Activos intangibles.. Estudios Turísticos. Nº 174, pp. 49-57. Instituto de Estudios Turísticos

Falkenstein H. (1997). Nuevos medios y tecnologías de distribución en el sector turístico: ¿amenazas u oportunidades para las agencias de viajes minoristas?. Estudios Turísticos. Estudios Turísticos, N.º 134, pp. 23-34. Instituto de Estudios Turísticos

Ferrer Bermúdez M. (2014). La Transformación del Sector de las Agencias de Viajes en España. Un Enfoque Económico. (Trabajo Fin De Grado). Universidad Málaga, Málaga, España.

Fuentes Moraleda L., Figueroa Domecq C. & Bendrao Balthasar M. (2003). La distribución electrónica de productos hoteleros: la importancia de los

canales basados en internet. *Estudios Turísticos*, n.º 158 . pp. 67-78. Instituto de Estudios Turísticos.

Montecinos Torres A. (2007). Comercialización electrónica en canales de distribución on line por medio de página web: una alternativa de competitividad para hoteles turísticos independientes. Recuperado el 13 de diciembre de 2017 de <http://www.esade.edu/cedit2007/pdfs/papers/pdf10.pdf> . Universidad Nebrija.

Morata I. (2010). El sector turístico y la gestión de conocimiento. Vol 3, N° 7. TURyDES. Recuperado el 14 de mayo de 2018 de <http://www.eumed.net/rev/turedes/07/ivm.htm>

Pérez Mesa J. C., García Barranco M. C. & Galdeano Gómez E. (2014). Cadena de Suministro Turística en España: un análisis de la intermediación. n° 34, ISSN: 1139-7861, pp. 251-264. Almería. Cuadernos de Turismo.

Rodríguez Vázquez C., Rodríguez Fernández M. M., Martínez Fernández V. A. & Juanatey- Boga O. (2015). La intermediación turística en España y su vinculación con el Marketing de Afiliación: una aproximación a la realidad de las Agencias de Viajes. Vol. 13 N.º 4. Special Issue Págs. 805-827. Pasos. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural

Rodríguez-Zulaica A., Pastor R. & Fernández-Villarán Ara M. A. (2017). Evolución de la intermediación turística en España tras la aparición de las TIC en el sector. *Revista Empresa y Humanismo* Vol XX n° 2. ISSN: 1139-7608

Román Márquez A. (2005). Las nuevas tecnologías y el turismo. El proceso de desintermediación en el sector turístico, I Jornadas Internacionales de Innovación Tecnológica y Derecho. Universidad de Granada.

Ruizalba Robledo J.L , Vallespín Arán M. & Pérez-Aranda J. (2015) Gestión del conocimiento y orientación al marketing interno en el desarrollo de ventajas competitivas en el sector hotelero. n° 21 pp. 84-92 *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*.

Serrano Reíllo N. (2016), *Intermediación Turística en el Siglo XXI Cambios y Nuevos Retos*. (Trabajo Fin de Grado). Universidad de Valladolid, Valladolid, España.

Vargas, A. E., & León, L. (2016). La Gestión del conocimiento respecto a la organización que aprende, enfocado por teorías y tendencias a nivel nacional e internacional. *Ciencia y Poder Aéreo*, vol 11, pp. 106-121. Recuperado el 3 de mayo de 2018 de <https://www.publicacionesfac.com/index.php/cienciaypoderaereo/article/view/528/695>Viamonte

Zuleyma L. (2010). *La gestión del conocimiento como ventaja competitiva para las agencias de viajes y turismo en la nueva cadena de distribución turística*. (Tesis Doctoral) Universidad del Sur Tuxtla Gutierrez de Chiapas, Chiapas, México.

La realización de propuestas de *lege ferenda* en materia *Fintech* e *Insurtech*: Un reto ineludible para el investigador jurídico

Pedro Mario González Jiménez*

1. Investigador adscrito al área de Derecho Mercantil Universidad de Córdoba Introducción: Concepto y contexto de las entidades *Fintech* e *Insurtech*

El término *Fintech* surge de la oportunidad de encontrar soluciones sencillas a operaciones financieras complejas mediante el uso de tecnología, a través de productos innovadores de bajo coste¹⁷⁴⁸. Esta innovación en servicios financieros *-fintech-* o de seguro *-insurtech-* posee en la actualidad un ritmo frenético. El nacimiento y desarrollo de compañías de base tecnológica no cesa. Vivimos en una sociedad que, cada vez más encandilada con la rapidez y efectividad del medio *online*, halla en los continuos avances técnicos el amanecer de un cambio social y económico de profundo calado. Esta celeridad nos obliga, empero, a buscar soluciones legislativas aún sin saber con absoluta certeza qué son las entidades *fintech* y qué las caracteriza. La omnipresencia del concepto no debe de confundirnos: no existe una problemática concreta en torno a las entidades *fintech*, sino que más bien nos encontramos frente a nuevos y numerosos problemas que tienen como único común denominador el uso de la innovación tecnológica en el sector financiero.

Conceptualizar este nuevo fenómeno económico es difícil debido que éste engloba múltiples actividades muy diferentes entre sí¹⁷⁴⁹. Cuando se habla de

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia del Ministerio de Economía Industria y Competitividad intitulado “Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial: diagnóstico y propuestas de solución” (Ref. DER2017-85652-P), del que son Investigadores Principales los Profs. Drs. Luis María Miranda Serrano y Javier Pagador López.

¹⁷⁴⁸ MAGALI SILVA, B., “El acelerado crecimiento de las *fintech* y los desafíos para su regulación”, *revista moneda*, núm. 171, 2017, p. 43. Disponible en: www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-171

¹⁷⁴⁹ Así lo pone de manifiesto la definición ofrecida por el Libro Blanco de la Regulación *Fintech* en España, la cual guarda silencio acerca de las funciones que pueden realizar estas entidades *fintech*. Según este documento con este término se hace referencia a “todas aquellas actividades

entidades *Fintech*, se hace referencia al asesoramiento patrimonial, la gestión de finanzas personales, la financiación en plataformas colaborativas, los medios de pagos electrónicos, la tecnología *blockchain*, las criptomonedas y un largo etcétera¹⁷⁵⁰. De este modo, la mente del jurista se ve desafiada por realidades que dejan de ser ciencia ficción para convertirse en auténticos retos para el conocimiento jurídico. Nos enfrentamos a un fenómeno poliédrico que lejos de ostentar una problemática bien definida y uniforme, presenta tantas cuestiones e incertidumbres como posibilidades de negocio engloba el concepto que nos ocupa.

Estos nuevos actores en el mercado obligan a revisar las reglas del juego para que el desarrollo económico no se logre mediante el sacrificio de bienes jurídicos dignos de protección. La regulación y la innovación en el sector financiero y asegurador presentan, por tanto, un carácter trágico. Sin regulación, la innovación puede ser la caja de pandora que desencadene catastróficos acontecimientos para la competencia y para los consumidores. Pero sin innovación, el Derecho deja de ser una ciencia social al servicio del desarrollo humano para convertirse en una materia anquilosada y rancia, desprendida de toda ambición por ser útil. Surge así la complicada tarea de crear una regulación que nos proteja de las nuevas amenazas pero que a la par no frene la innovación y el desarrollo tecnológico. Todo ello teniendo en consideración que el aumento desbocado de la regulación puede ralentizar el proceso de creación, al generar cierta incertidumbre en aquellos nuevos productos o servicios que no se encuentran sujetos a ninguna regulación existente en el momento de su

que impliquen el empleo de la innovación y los desarrollos tecnológicos para el diseño, oferta y prestación de productos y servicios financieros". También se observa esta variedad de modelos de negocio que poseen el factor común de tener potencial para transformar la industria de los servicios financieros en el *IOSCO Research Report on Financial Technologies* y en la definición genérica que ofrece el Consejo de Estabilidad Financiera que las entiende como "innovación financiera tecnológicamente habilitada que podría dar lugar a nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos con un efecto material asociado en los mercados y las instituciones financieras y la prestación de servicios financieros".

¹⁷⁵⁰ Para una ligera comprensión sobre qué son las criptomonedas o criptodivisas, *vid.* PASTOR SEMPERE, M.C., "Criptodivisas: ¿Una disrupción jurídica en la eurozona?", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pp. 293 y ss. Para un estudio jurídico riguroso sobre la casuística de la tecnología *blockchain* y las criptodivisas *vid.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., "Contratos electrónicos autoejecutables (smart contract) y pagos con tecnología *blockchain*", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pp. 69-97.

aparición. Así lo demuestran estudios recientes, que ponen de manifiesto la percepción de que el sector financiero se encuentra excesivamente regulado¹⁷⁵¹. Esto no es de extrañar, habida cuenta de que según el *Regtech Supplier Report*, se han publicado para este sector unos 50.000 documentos regulatorios en el G20 desde 2009, lo que supone una media de 45 nuevos documentos cada semana. De hecho, solamente MiFID II ha generado 30.000 páginas de texto regulatorio¹⁷⁵².

2. La necesidad de realizar investigaciones jurídicas en materia *Fintech* e *Insurtech*

El potencial económico y social de las entidades *fintech* está fuera de toda duda. En España, el sector cuenta con más de 3.000 empleados repartidos en un total de 200 *fintech* y 50 *insurtech* y con más de 250 millones de euros acumulados de inversión a fecha de 2017. Gracias a estas cifras España se posiciona como quinto país del mundo en servicios *fintech*¹⁷⁵³. Pese a no contar con un marco regulatorio plenamente favorable, lo cierto es que la formación tecnológica elevada, los niveles de costes laborales competitivos y el tamaño del sector bancario hacen del país una verdadera potencia *fintech*. Esto se debe poner en relación con la necesidad internacional de crear un marco legal adecuado para estas innovaciones. La proactividad en esta materia puede otorgar, por tanto, una cierta ventaja competitiva nada desdeñable en un entorno globalizado. Pero también existen serios peligros. Por un lado, las entidades tradicionales se están viendo fuertemente amenazadas porque su modelo obsoleto no es capaz de enfrentarse a estas nuevas empresas más especializadas y eficientes. Por otro lado, el consumidor sigue enfrentándose a faltas de información o vicios en la contratación de productos y servicios. Esto con un añadido: el soporte digital

¹⁷⁵¹ FUNCAS Y FINNOVATING., “I Barómetro de Innovación Financiera”, *Observatorio de digitalización financiera de Funcas*, 2018. Disponible en: www.finnovating.com/report/i-barometro-de-innovacion-financiera-2018. En particular, se afirma que el 37% de los encuestados creen que el sector financiero se encuentra muy sobrerregulado, el 35% que está notablemente sobrerregulado y solo el 3% estima que está infrarregulado.

¹⁷⁵² GARCÍA DE LA CRUZ, R., “La irrupción del *sandbox* regulatorio: propuestas para las *fintech* españolas”, *Cuadernos de información económica*, núm. 264, 2018, p. 15. Disponible en: <http://www.funcas.ceca.es>

¹⁷⁵³ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FINTECH E INSURTECH., “Balance de las *fintech* en 2016 y tendencias en 2017”, *Contact Center Call Center & IP solutions*, núm. 84, 2017, p. 10.

plantea problemas adicionales. Sirva como ejemplo la posibilidad de creación de un *regulatory sandbox*, que si fuese articulado de forma torticera, sería un caldo de cultivo perfecto para que se produjesen abusos contra consumidores y usuarios. O también la incertidumbre que generaría la utilización de mecanismos de inversión automáticos por parte de inversores minoristas.

El investigador jurídico tiene el deber de dedicar tiempo y esfuerzo a estas cuestiones para tratar de ofrecer propuestas de *lege ferenda* que promuevan la innovación en el sector financiero y asegurador sin perjudicar intereses públicos. Ahora bien, la investigación jurídico-exploratoria en esta materia es particularmente complicada, pues a los problemas inherentes a la investigación jurídica, debemos de añadir otros como el carácter disruptivo y en continua evolución del objeto de estudio, su perfil profundamente técnico e innovador o la falta de modelos regulatorios consolidados en el Derecho comparado. La pregunta es sencilla: ¿Está capacitado el jurista para regular esta materia de forma proactiva o está condenado a ir tres pasos por detrás del progreso tecnológico?

El debate acerca de una regulación para este tipo de entidades parece ineludible. Al respecto, las novedades normativas podrían adoptar una orientación activa, pasiva o restrictiva, según señalan algunos autores¹⁷⁵⁴. La orientación activa, que se define como aquella por la cual el legislador mantiene una estrecha cooperación con las entidades *fintech* e *insurtech* y los bancos para adaptar la regulación a sus necesidades, parece ser la acogida por España recientemente. Prueba de ello es la voluntad de crear un *regulatory sandbox* en el país, tal como pedía el Libro Blanco de la Asociación Española de *fintech* e *insurtech*¹⁷⁵⁵.

La idea de establecer un *regulatory sandbox* encuentra su origen en el *Project innovate* lanzado por Reino Unido en 2014. Con este término se hace alusión a un

¹⁷⁵⁴ RASCÓN CASTILLO, R.C y CAMACHO CASTILLO, M.A., "Startups de Fintech vs bancos: competencia desleal o área de oportunidad. Un enfoque jurídico", en *Hacia una Justicia 2.0: actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Dir. Federico Bueno de Mata)* Vol. 2, Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 403-416.

¹⁷⁵⁵ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FINTECH E INSURTECH., *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España*, AEFI, España, 2017

programa de autorizaciones con límites temporales y subjetivos que tiene por objeto crear un *safe harbor* donde las empresas *fintech* puedan examinar sus distintos productos o servicios antes de comercializarlos en el mercado. Para ello, se insta un régimen de inaplicación de sanciones para las entidades participantes, que asimismo, cuentan con el apoyo y soporte oportuno del regulador. Con ello se persigue, por un lado, la disminución del tiempo que requieren las empresas innovadoras para poner en funcionamiento sus ideas, y por otro, la proliferación de productos que reporten mayor utilidad para los consumidores. Es, por tanto, una medida transversal, ya que concierne a la totalidad de la industria *fintech* y no solo a una o varias de sus líneas de actividad. Es por eso una de las medidas regulatorias que más está mereciendo la atención del legislador y de los investigadores del Derecho, aunque existan otras muchas reivindicaciones específicas para cada línea de negocio *fintech*¹⁷⁵⁶.

La voluntad de crear un espacio seguro en España ha quedado reflejada en el anteproyecto de Ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero, cuyo plazo de presentación de alegaciones terminaba el 7 de septiembre¹⁷⁵⁷. En este documento, se establece el quién, el cómo y bajo qué condiciones se podrá acceder a este espacio, que quedará controlado por una triada de supervisores: el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Con él, se espera la creación de 4500 puestos de trabajo en dos o tres años y la mejora de la competitividad de la economía española, según ha afirmado el vicepresidente de la Asociación Española de *Fintech* e *Insurtech*¹⁷⁵⁸. Todo ello sin perder de vista la salvaguarda de los consumidores y usuarios, para lo cual se prevén una serie de cautelas, entre las que se incluye el derecho al desistimiento, la responsabilidad

¹⁷⁵⁶ Sobre esas medidas específicas hice algún que otro comentario en GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., “La relación entre los modelos de negocio de las entidades *Fintech* y de la banca tradicional desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal: a propósito del libro blanco de la regulación *Fintech* en España”, *Derecho Mercantil y tecnología* (Dir. MADRID PARRA, A.), Thomson Reuters- Aranzadi, 2018

¹⁷⁵⁷ Anteproyecto de Ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero, de 10 de julio de 2018. Disponible en: www.mineco.gob.es

¹⁷⁵⁸ TRIPER, B., “El Sandbox generará 4.500 empleos en el sector *fintech*”, en *autonomosyemprendedores.es*, 7 de agosto de 2018. Disponible en: www.autonomosyemprendedor.es/articulo/actualidad/sandbox-generara-4500-empleos-sector-fintech/20180806162532017281.html

del promotor en caso de daños patrimoniales que sean consecuencia directa de la realización de pruebas o la garantía de un consentimiento informado y la protección de los datos. Y es que según la propia exposición de motivos del anteproyecto “la política financiera tiene que adaptarse para impulsar la innovación al tiempo que se garantizan los demás objetivos de política pública. Se trata de asegurar que la transformación digital no afecta en modo alguno al nivel de protección del consumidor de servicios financieros, a la estabilidad financiera y a la integridad de los mercados”¹⁷⁵⁹.

La tecnología y el soporte digital imperarán en las relaciones sociales y económicas de los sujetos de ahora en adelante. Los menores costes de transacción y la mayor flexibilidad de los nuevos modelos de negocio son el presente y no un futuro que está por llegar. En este contexto, el Derecho no es una limitación, sino una ciencia necesaria. Es precisamente ante estas nuevas realidades donde cobra todo su sentido. El saber jurídico debe ponerse al servicio del desarrollo tecnológico y económico sin renunciar a los principios que, desde Roma, lo han venido vertebrando. El Buen Derecho es la única fórmula para que la revolución digital y tecnológica no deshumanice al hombre. Del jurista y el legislador depende que sea una revolución ordenada y beneficiosa, en lugar de otra traumática, lenta y dolorosa. Existe la oportunidad de demostrar que los investigadores jurídicos y los prácticos del Derecho son igual de necesarios para el progreso que los ingenieros. Y es que lo desconocido no debe darnos miedo, puesto que no es más que una oportunidad de enriquecer nuestro ordenamiento jurídico, y en suma, nuestro modo de vida.

3. Retos a los que se enfrenta el investigador jurídico

El ofrecimiento de normas adecuadas a los modelos de negocio de base tecnológica debe ser una prioridad para el jurista contemporáneo, merced de la falta de una regulación adaptada a éstos. El carácter novedoso y casi desconocido

¹⁷⁵⁹ Anteproyecto de Ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero, de 10 de julio de 2018. Disponible en: www.mineco.gob.es

de la materia exige de normas que puedan ser objeto de crítica reflexiva por parte de los juristas y de debate intelectual por la praxis jurídica. Esto conduciría a reformas y nuevas normas que ofrecerían un régimen jurídico mejor que el anterior. A su vez, al valorar de nuevo esas nuevas normas y reformas, entraríamos en un círculo virtuoso que normalizaría la existencia, el control y la supervisión de las entidades *fintech* e *insurtech*. En este ejercicio, sin embargo, el operador jurídico se encuentra con cuatro obstáculos que debe tener muy presentes a la hora de tratar de ofrecer propuestas de *lege ferenda* en torno a las empresas *fintech* e *insurtech*:

1º) *Carácter disruptivo y técnico de la materia.*

La valoración de las normas venideras y la proposición de cambios a éstas debe venir precedida de un correcto entendimiento de cómo trabaja la tecnología a regular, los aspectos técnicos en ciernes. Esto es complicado, dado el carácter disruptivo de estas innovaciones que surgen a un ritmo acelerado. Por ello se requerirá del auxilio de expertos en otras áreas -sea mediante la lectura y cita de sus trabajos o incluso con colaboraciones- y el continuo interés por las tendencias de la industria. Algunos ejemplos de la necesidad de entendimiento de la innovación con carácter previo a su regulación los tendríamos en la tecnología *blockchain*, las criptomonedas, los *robo-advisors* o los pagos a través de redes sociales.

2º) *Heterogeneidad funcional*

Otra dificultad añadida es que no se trata de un fenómeno unitario y homogéneo sino que tiene un carácter múltiple. Los comparadores de productos financieros no plantean los mismos problemas que el *crowdlending*¹⁷⁶⁰. Los pagos con criptomonedas son muy diferentes de aquellos otros que se realizan con

¹⁷⁶⁰ Sobre *crowdlending* y la experiencia regulatoria en España, entre otros, *vid.* MARTÍN FABÁ, J.M., “[El crowdlending en España: regulación y experiencias](#)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15 2015, pp. 37 y ss.

moneda convencional a través de plataformas o aplicaciones. Las necesidades de cada empresa *fintech* e *insurtech* son específicas, como lo son los aspectos a supervisar y controlar por el Estado. Se debe huir de aplicar la misma solución a problemas diferentes por culpa de la confusión que genera un concepto unitario para definir realidades diversas. Quizás por eso la metodología más acertada es la de implantar primero medidas transversales, como el *regulatory sandbox*, para después crear normas particulares para cada línea de negocio. La lógica de esta afirmación la encontramos en que éste permite a las autoridades aumentar su conocimiento sobre las innovaciones del sector y anticiparse a riesgos para los usuarios. Y es que una vez que los supervisores han observado a las empresas en ese espacio seguro, sabrán mejor a que se enfrentan, y se podrán idear normas más adaptadas a las verdaderas cuestiones a solventar. Se debe evitar una regulación que tome la parte por el todo o que sea elaborada a ciegas, lo que hace necesario no obviar la diversidad funcional que engloba el término *fintech*.

3º) Globalidad del fenómeno

La transformación digital del sistema financiero es un fenómeno imparable que repercutirá directamente en la competitividad de cada país. En la actualidad, estas empresas de base tecnológica surgen en todas las partes del mundo y tienen el potencial necesario para llevar a cabo su actividad de una forma global. Aunque un marco adecuado y una actitud proactiva a nivel nacional puedan servir de gran ayuda, en el medio y largo plazo las soluciones jurídicas más plausibles deberán tener un marcado carácter internacional. Por eso son especialmente bienvenidos los estudios de Derecho comparado y las iniciativas globales de armonización. Respecto lo primero, cabe decir que es necesario estudiar iniciativas legislativas desarrolladas por otros países, como sería, a título de ejemplo, el Libro Blanco que ha publicado la *Office of the Controller of the Currency* de los Estados Unidos¹⁷⁶¹. Respecto lo segundo, cabe destacar que en el largo plazo se apreciará un proceso de armonización de las

¹⁷⁶¹ SÁNCHEZ MONJO, M., "Fintech: panorama actual y tendencias regulatorias", *Revista del derecho del mercado de valores*, núm. 19, 2016, p. 4.

soluciones transversales y específicas para la industria *fintech* en sede de Unión Europea. Es de esperar que conforme los Estados vayan regulando este tipo de empresas, la Unión Europea y algunas organizaciones internacionales tomen cartas en el asunto. Esto queda evidenciado en el hecho de que la gran banca europea ya está solicitando una respuesta comunitaria mediante la creación de un *regulatory sandbox* supranacional de ámbito europeo¹⁷⁶². Previsiblemente, algo parecido ocurrirá también con las criptomonedas¹⁷⁶³. En definitiva, como han señalado algunos autores, uno de los retos fundamentales del futuro de la regulación del sector financiero será la colaboración y coordinación¹⁷⁶⁴.

4º) Necesidad de regirse por un principio de proporcionalidad

Cualquier actuación encaminada a regular el nuevo paradigma que impera hoy en el sector financiero debe inspirarse en un principio de proporcionalidad. Ha de encontrarse un justo equilibrio entre la creación de un régimen normativo favorecedor de la innovación y el nacimiento de nuevos sujetos al mercado y la satisfacción de las exigencias de seguridad necesarias.

Las empresas *fintech* a menudo suelen tratarse de compañías de pequeña dimensión y en fase de crecimiento, de ahí que deba existir proporcionalidad entre su fomento y las diferencias efectivas que tengan con las entidades tradicionales que actúan en el sistema financiero, cuyo sistema ya se encuentra vigente¹⁷⁶⁵. Y es que no hay que olvidar que estos nuevos actores pueden beneficiarse de un régimen de normas más laxo, tal como ocurriría si la entrada en el *sandbox* no requiriese a los proyectos que participan en el mismo un carácter

¹⁷⁶² CONTRERAS, E., "La banca pide un laboratorio europeo para fintech con el español en stand by", en lainformacion.com, 21 de marzo de 2018. Disponible en: www.lainformacion.com/empresas/banca/sandbox-banca-fintech-laboratorio-europa/6344550

¹⁷⁶³ VALERO, J., "La UE calienta motores para regular las criptomonedas", en *el economista*, 5 de septiembre de 2018. Disponible en: www.eleconomista.es/economia/noticias/9367069/09/18/La-UE-calienta-motores-para-regular-las-criptomonedas.html

¹⁷⁶⁴ BLANCO SÁNCHEZ, M.J., "Digitalización del sector financiero y sus consecuencias. Especial referencia a las Fintech", *Derecho Mercantil y tecnología* (Dir. MADRID PARRA, A.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 390.

¹⁷⁶⁵ BLANCO SÁNCHEZ, M.J., "Digitalización del sector financiero...", *op. cit.*, p. 387.

innovador. Si modelos de negocio que replican a los ya existentes se encuentran con menores trabas normativas que los agentes tradicionales, podríamos desencadenar efectos nocivos para la competencia funcional¹⁷⁶⁶. Por eso es necesario que al *sandbox* solo accedan aquellas iniciativas novedosas.

Por otro lado, las preocupaciones clásicas del Derecho de contratos y de consumidores, tales como el consentimiento válido, la información suficiente y el conocimiento efectivo, no pueden ser un freno a la innovación o nuevas formas de comercialización de bienes y servicios. Sin embargo, es evidente que tampoco pueden desatenderse o quedar renegadas a un segundo plano. Por el contrario, deben regir cualquier iniciativa normativa en materia *fintech*. En este sentido, se valora muy positivamente el anteproyecto de Ley de transformación digital del sistema financiero, el cual prevé mecanismos de salvaguarda de los intereses de los consumidores y se muestra consciente de los riesgos asociados al cambio, entre los que se encuentran la falta de claridad en los derechos del consumidor por la ausencia de un régimen claro, especialmente en caso de prestación transfronteriza de servicios financieros, los procedimientos de gestión de reclamaciones inadecuados o inexistentes, la información insuficiente para los consumidores en el entorno digital, etc¹⁷⁶⁷.

Por último, no puede perderse de vista que si bien la transformación digital del sistema financiero es necesaria por motivos de eficiencia y competitividad, éste es un sector fuertemente regulado por motivos de peso. La sensibilidad e importancia del sistema financiero y su repercusión en todas las industrias hace que el jurista deba ser especialmente cauto a la hora de proponer normas y reformas en materia *fintech* e *insurtech*. Una actitud demasiado permisiva, podría introducir riesgos innecesarios en el sistema. En este sentido, también ha de valorarse positivamente el anteproyecto, pues prevé límites temporales y cuantitativos en virtud de los cuales es de esperar que el conjunto del sistema no corra peligro.

¹⁷⁶⁶ Sobre la relación de competencia entre los modelos de negocio *fintech* y aquellos tradicionales ya me pronuncié en GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., "La relación entre los modelos de negocio de las entidades *Fintech*...", *op. cit.*, *passim*.

¹⁷⁶⁷ BLANCO SÁNCHEZ, M.J., "Digitalización del sector financiero...", *op. cit.*, p. 388.

4. Conclusiones

Para finalizar este breve trabajo, conviene resaltar algunas de las ideas expuestas y las reflexiones que se derivan de éstas. No cabe duda de que es necesario que el legislador y los juristas sean proactivos en materia *fintech* para poder adaptar más pronto que tarde el ordenamiento jurídico a los nuevos y más eficientes modelos de negocio. En este sentido, es especialmente destacable la conveniencia de un *regulatory sandbox*, por tratarse de una medida transversal que al menos en el anteproyecto que se encuentra sobre la mesa, se ha mostrado bastante consciente de los retos a los que nos enfrentamos. En particular, la experiencia que cabe esperar de la puesta en práctica de este espacio seguro debería contribuir a descubrir cuáles son las necesidades regulatorias. Aunque la aparición de un fenómeno disruptivo, como es la transformación digital del sistema financiero, pueda parecer una tarea difícil, es una exigencia de nuestro tiempo. El régimen de la propiedad y su forma de adquisición, la regulación del contrato de compraventa o la existencia del Derecho de la competencia desleal, entre otros, no tuvieron procedencia divina. Surgieron de la necesidad y la capacidad de creación del ser humano. Los juristas de hoy, especialmente los más jóvenes, debemos estar a la altura de nuestro legado. La sociedad se encuentra inmersa en una revolución tecnológica y el Derecho no puede darle la espalda. No obstante, para esta tarea que se nos confía, debemos de tener siempre presentes cuatro obstáculos que debemos superar al ofrecer propuestas de *lege ferenda*. Esta es la finalidad de este breve escrito, que en futuros trabajos se tenga presente el carácter técnico y disruptivo de la materia, su heterogeneidad, su alcance global y el imprescindible principio de proporcionalidad.

5. Bibliografía

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FINTECH E INSURTECH., *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España*, AEFI, España, 2017

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FINTECH E INSURTECH., “Balance de las fintech en 2016 y tendencias en 2017”, *Contact Center Call Center & IP solutions*, núm. 84, 2017

BLANCO SÁNCHEZ, M.J., “Digitalización del sector financiero y sus consecuencias. Especial referencia a las Fintech”, *Derecho Mercantil y tecnología* (Dir. MADRID PARRA, A.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018

ECHEBARRÍA SÁENZ, M., «Contratos electrónicos autoejecutables (smart contract) y pagos con tecnología blockchain», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017

FUNCAS Y FINNOVATING., “I Barómetro de Innovación Financiera”, Observatorio de digitalización financiera de Funcas, 2018

GARCÍA DE LA CRUZ, R., “La irrupción del *sandbox* regulatorio: propuestas para las *fintech* españolas”, *Cuadernos de información económica*, núm. 264, 2018

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., “La relación entre los modelos de negocio de las entidades *Fintech* y de la banca tradicional desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal: a propósito del libro blanco de la regulación *Fintech* en España”, *Derecho Mercantil y tecnología* (Dir. MADRID PARRA, A.), Thomson Reuters- Aranzadi, 2018

IOSCO., *Research Report on Financial Technologies*, IOSCO, 2017

MAGALI SILVA, B., “El acelerado crecimiento de las fintech y los desafíos para su regulación”, *revista moneda*, núm. 171, 2017

MARTÍN FABÁ, J.M., «El crowdlending en España: regulación y experiencias.», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15 2015

PASTOR SEMPERE, M.C., «Criptodivisas: ¿Una disrupción jurídica en la eurozona?», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017

RASCÓN CASTILLO, R.C y CAMACHO CASTILLO, M.A., "Startups de Fintech vs bancos: competencia desleal o área de oportunidad. Un enfoque jurídico", *Hacia una Justicia 2.0: actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (Dir. Federico Bueno de Mata) Vol. 2, Ratio Legis, Salamanca, 2016

SÁNCHEZ MONJO, M., "Fintech: panorama actual y tendencias regulatorias", *Revista del derecho del mercado de valores*, núm. 19, 2016

Derecho del Trabajo

La capacitación del técnico en prevención de riesgos laborales en relación a la educación y formación como síntoma de la cultura preventiva

Tomás García Aranda

Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de Málaga

1. Introducción

De los agentes que intervienen en la integración de la prevención de riesgos laborales en una organización empresarial: empresario, trabajadores, representantes de éstos, personal designado y técnicos del servicio de prevención, quizás sean estos últimos, especialmente los técnicos superiores en prevención de riesgos laborales (en adelante TSPRL), los que se encuentran en una posición más vulnerable y sufren en mayor medida las consecuencias de una pobre cultura preventiva en su empresa, por su alta responsabilidad, pero sin embargo, su escasa autoridad para la toma de decisiones de mando que le permita actuar sobre el resto de trabajadores, incluidos sus máximos directivos de los que depende jerárquicamente.

En efecto, la figura del técnico de prevención se encuentra en un terreno intermedio entre las obligaciones del empresario y los derechos de los trabajadores. Por un lado, como técnico del servicio de prevención que apoya al empresario en la implantación de la prevención, demasiadas veces actúa inadecuadamente por delegación de éste, arrogándose a sí mismo competencias y obligaciones que corresponden al empresario y, en consecuencia, asumiendo responsabilidades, que si bien en un principio, puede facilitarle su trabajo al brindarle una capacidad ejecutora en sus actuaciones, también le puede suponer un problema en tanto a las graves consecuencias que se puedan derivar de dichas actuaciones a través de riesgos incontrolados, contingencias profesionales y

conflictos de intereses entre empresario y trabajador. Este profesional, al actuar apoyando técnicamente al empresario, en ocasiones, puede ser percibido por el trabajador y sus representantes como una figura ajena a ellos que actúa por intereses de la empresa y que no siempre tiene entre sus prioridades al trabajador como centro de la política de seguridad y salud de la empresa.

Por otro lado, el técnico de prevención, en su papel de trabajador, bien de la propia empresa dentro de su servicio de prevención propio, bien de la empresa que actúa como servicio de prevención ajeno, no se encuentra en el mismo nivel de obligaciones y responsabilidades que el resto de los trabajadores. Esto se debe a que el técnico actúa como oposición y límite al poder unilateral del empresario, priorizando en sus actuaciones criterios de seguridad y salud laborales frente a otros como la productividad, lo que le lleva a una exposición frente al empresario que no tiene el resto de trabajadores. Dicha exposición, en algunos casos, supone para el técnico de prevención un riesgo importante sobre su persona, con consecuencias tan graves como los derivados de la responsabilidad por sus actuaciones técnicas en materia preventiva (ej: evaluación de riesgos), al no actuar siempre en sintonía con las expectativas y cultura preventiva del empresario, lo que puede suponer para éste la tentación de abusar de su condición jerárquica imponiendo sus criterios acudiendo si es preciso a coacciones, intimidación y represalias, directamente o a través de terceros, mediante medidas de acoso laboral además de las disciplinarias en forma de sanciones o incluso de despido por causas objetivas o por una sospechosa y sobrevenida «inaptitud del técnico» declarada por los servicios de vigilancia de la salud o la mutua de accidentes y enfermedades profesionales.

Como trabajador, el técnico de prevención no tiene una protección de sus derechos acorde a la alta responsabilidad y exposición que tiene en el desempeño de sus funciones, más allá de las mismas garantías que disfrutaban los representantes de los trabajadores (arts. 68, a), b) y c) y 56.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁷⁶⁸. En este punto, el técnico de

¹⁷⁶⁸ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE n° 255, de 24 de octubre de 2015).

prevención cuenta con varias opciones para ejercer su defensa frente al empresario que le acosa:

- Acudir a los representantes de los trabajadores (a esos mismos a los que también asesora en materia de prevención). A través de éstos o directamente, también puede acudir a cualquiera de las restantes vías que se señalan.
- Instar la activación del Protocolo de Acoso Laboral en el caso de que éste exista. Esta vía puede resolverse mediante: un acuerdo entre las partes, la intervención del Comité de Seguridad y Salud, resolución de la Inspección de Trabajo, o resolución judicial.
- Acudir a la Inspección de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Acudir a la vía judicial.

Hay que decir que, al contrario de lo que ocurre en otras profesiones, la del técnico de prevención, es una profesión no regulada. En este sentido, los TSPRL, como colectivo, sólo cuentan con un colegio profesional propio en toda España (en la Comunidad Valenciana¹⁷⁶⁹), y que recientemente ha visto como se aprobaba un segundo Convenio Colectivo¹⁷⁷⁰ que sólo los incluye parcialmente¹⁷⁷¹ y que apenas entra en detalle en sus condiciones específicas propias de trabajo más allá de encuadrarlos en un grupo profesional y en un nivel retributivo¹⁷⁷².

1769 Ley 1/2009, de 26 de marzo, de la Generalitat, de creación del Colegio Oficial de Técnicos Superiores en Prevención de Riesgos Laborales de la Comunitat Valenciana. (DOCV nº 5983, 27-03-2009 y BOE nº 91, de 14 de abril de 2009).

1770 Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo nacional de servicios de prevención ajenos. (BOE nº 242, de 7 de octubre de 2017). Este Convenio sucede a la Resolución de 20 de agosto de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo nacional de los Servicios de Prevención Ajenos (BOE nº 220, de 11 de septiembre de 2008).

1771 Según el art. 1 del Convenio, éste «es de aplicación en todo el territorio del Estado Español para aquellas empresas y plantillas encuadradas en el ámbito funcional y personal en los términos definidos en los artículos siguientes...». Es decir, este Convenio se aplica sólo a Servicios de Prevención Ajenos, y en el caso de empresas que se dediquen a otras actividades además de las propias de un servicio de prevención ajeno, se aplicará sólo a las personas que desarrollen de manera preeminente actividades y/o funciones propias del servicio de prevención ajeno. Se excluyen de este Convenio las actividades de formación, asesoría y consultoría no reguladas en el art. 20 del RSP, y las actividades relacionadas con la auditoría en materia preventiva.

1772 En este Convenio los médicos especialistas en Medicina del Trabajo se adscriben al grupo profesional 1, nivel retributivo 1, mientras el personal TSPRL y el personal de enfermería especialista en Enfermería del Trabajo se adscriben al grupo profesional II, nivel retributivo 3.

2. Diagnóstico de la regulación formativa de acceso para el TSPRL

Desde que entró en vigor la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales¹⁷⁷³, (en adelante LPRL), y su desarrollo parcial mediante el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (en adelante RSP)¹⁷⁷⁴, ha existido una muy variada oferta formativa de acceso a esta cualificación técnica, con diferentes calidades tanto en sus contenidos formativos como en la regulación de éstos, que ha permitido acceder a esta profesión desde perfiles formativos muy diferentes, a veces sin ninguna afinidad con la materia preventiva o no respaldado por una formación complementaria que lo enlace, lo que puede suponer, más allá de una hipotética fortaleza por su transversalidad de contenidos, su devaluación por una programación de éstos inconexa, deficiente o con prioridades en su diseño ajenas a la propia prevención de riesgos laborales (en adelante PRL).

En este sentido, la preparación formativa que capacita para ejercer esta profesión técnica, a pesar de haber pasado más de 20 años de la entrada en vigor del RSP que regula sus contenidos mínimos formativos de acceso, y de las posteriores modificaciones que éste ha sufrido, no ha servido para poner en valor esta formación a pesar de la importancia del máximo bien jurídico que protege como es el derecho a la vida, a la integridad física y moral, y a la protección de la salud, regulados en los arts. 15 y 43 de nuestra Carta Constitucional, sin olvidar la referencia que ésta hace al derecho al trabajo regulado en su art. 35 y su exigencia a los poderes públicos para velar por la seguridad e higiene como exigencia inherente a la dignificación de tal derecho en su art. 40.

A pesar de la alta capacitación que se exige al técnico superior de prevención por su elevada responsabilidad, la formación que le capacita, a lo más

1773 La LPRL se publica en BOE nº 269, de 10 de noviembre de 1995, entrando en vigor a los tres meses después de dicha publicación.

1774 El RSP se publica en BOE nº 27, de 31 de enero de 1997, entrando en vigor a los 2 meses de dicha publicación, a excepción del art. 35.2, que lo hizo a los 12 meses, y de los arts. 36.2 y 37.2, que lo hicieron el 31 de diciembre de 1998.

que ha llegado en estos 20 años ha sido a la actual configuración en másteres de 1 o 2 años, cuya aparición se debe más a necesidades comerciales que a la propia demanda de estos profesionales en el mercado actual, al que desembocan demasiadas veces con escasa experiencia y con una formación poco especializada. Es preciso no tanta oferta académica en esta materia sino más calidad en sus contenidos y con un compromiso verdadero de los poderes públicos en el diseño de programas educativos y formativos creíbles y exigentes para esta materia, que, por qué no, se merece como tal unos estudios específicos de grado en vez de un postgrado, los cuales ni siquiera cumplen sus funciones como estudios de especialización. Porque, difícilmente se puede especializar a un titulado universitario con una formación a veces tan remotamente afín a la prevención cuando accede a éste mercado sin tener validadas no ya académicamente sino, al menos, con una experiencia demostrable y acreditable, unas mínimas bases jurídicas, técnicas, científicas o culturales en prevención como herramientas necesarias para especializarse en esta materia. Es imposible especializarse en algo de lo que no se tienen unos conocimientos básicos.

Con la actual regulación académica formativa, estos estudios de postgrado se convierten en una formación excesivamente genérica al tener que emplear buena parte de sus contenidos en sentar las bases que ya se le suponían al aspirante a técnico de prevención en su formación y experiencia anteriores. Contenidos que se podrían dedicar a una verdadera profundización y «especialización» no ya teórica sino también verdaderamente práctica. Quizás habría que plantearse en este punto, sino es mejor optar en vez de por un postgrado como solución formativa a esta materia, a un propio grado al igual que otras titulaciones a las que no desmerece por su amplitud de contenidos formativos necesarios para ejercer esta profesión ni por la alta responsabilidad por el bien jurídico con el que trata. ¿Acaso la PRL no tiene también entre su razón de ser la integridad, salud, seguridad y bienestar de las personas?

-¿Quizás esta situación sea debida a que no se considera que estos estudios hayan de tener la misma entidad que otras titulaciones técnicas o jurídicas, como la ingeniería, arquitectura, medicina, psicología, biología, químicas, derecho o graduado social, por citar algunas de las más afines y contempladas en los

contenidos formativos exigidos por la normativa actual para ejercer como técnico superior de prevención?

- ¿Quizás se deba a que no cuenten con una planificación y programación propias y uniformes en sus contenidos formativos, con carácter de grado universitario en vez de los actuales estudios de especialización de máster universitario, a cuyas especialidades preventivas se puede acceder desde todo el espectro de titulaciones universitarias¹⁷⁷⁵ sin filtro ninguno y con programaciones de contenidos formativos tan diversas y dispersas con intereses y enfoques nada que ver con la prevención de riesgos hasta el punto de que a veces no cuentan con una sola asignatura en su programación académica que permita enlazar o facilitar las herramientas básicas necesarias para poder, no ya especializarse, sino al menos comprender los conceptos básicos de la PRL?

- ¿Quizás se deba a que esta disciplina fue de las últimas en incorporarse al mercado laboral y por tanto universitario, y esto le ha supuesto ser la «cenicienta» que se tiene que hacer hueco entre sus hermanas mayores, que prefieren «mirar para otro lado» en vez buscar puntos de encuentro en el ámbito académico que aproveche y oriente eficaz y coordinadamente los recursos académicos ya existentes de otras titulaciones académicas más veteranas?

- ¿Quizás sea debido a una falta de dinamismo en el mundo académico que no responde con la rapidez exigida a los cambios políticos, sociales, productivos, económicos, tecnológicos, científicos y jurídicos que inciden directamente en el mercado laboral, que plantean nuevas cuestiones y retos en el ámbito de la seguridad y salud laborales, y que la Universidad debiera resolver como esencia de su razón de ser, anticipándose en el análisis y búsqueda de soluciones a los problemas reales que le plantea la sociedad?

¹⁷⁷⁵ Esto ocurre con las especialidades propias de los TSPRL, es decir, Seguridad en el trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicosociología aplicada. No ocurre así con la especialidad de Medicina del Trabajo, a la cual sólo es posible acceder desde la titulación de Medicina (Orden SCO/1526/2005, BOE nº 127, de 28 de mayo de 2005), ni con la especialidad de Enfermería del Trabajo, para la cual es necesaria la titulación de diplomado o graduado en Enfermería (Orden SAS/1348/2009, BOE nº 129, de 28 de mayo de 2009).

- ¿Quizás se de en el ámbito académico, partiendo desde los niveles inferiores educativos hasta los superiores universitarios, una falta de cultura preventiva, una falta de sensibilidad y comprensión de la verdadera dimensión de la problemática de la seguridad y salud en el ámbito laboral, y que explica todos los «quizás» planteados anteriormente?

Se podría argumentar que la evolución de los requisitos formativos de acceso al ejercicio de Técnico Superior de Prevención, especialmente en sus etapas más tempranas tras la aprobación de la LPRL, se justifica, por una parte, ante la obligatoriedad de contar con estos técnicos por parte de las empresas, por la alta demanda impuesta por la nueva norma preventiva y, por otra parte, por la escasa oferta inicial de estos técnicos¹⁷⁷⁶. Eso podría explicar que en un principio esta formación estuviera fuera del catálogo de titulaciones universitarias. Pero tras más de 20 años de la entrada en vigor del RSP no es excusa para que la programación de contenidos actual en esta materia se reduzca a un máster de 1 o 2 años y no se concrete en unos estudios de mayor duración como el grado, y si se quiere complementados, pero no sustituidos, con un máster de especialización en áreas muy concretas de la materia preventiva.

La educación no es diferente en su análisis y diagnóstico a otros ámbitos que inciden en la PRL, al tratar de explicar dónde y por qué falla el modelo de la prevención en España, a pesar de contar con una legislación y desarrollo normativo prolíficos en esta materia en relación a los países más avanzados y con menores índices de siniestralidad laboral. Entendemos que el diagnóstico es una falta de cultura preventiva en la educación y en la formación, a todos los niveles y en todos los agentes que intervienen en ella. Sus síntomas no sólo se detectan en unos mejorables índices de siniestralidad laboral sino en el amplio margen de mejora en la capacitación de los profesionales que intervienen en la reducción de

¹⁷⁷⁶ En este sentido la exposición de motivos del Real Decreto 780/1998, de 30 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención (BOE nº 104, de 1 de mayo de 1998). señala en su tercer párrafo: «Ante la inexistencia actual de titulaciones académicas o profesionales correspondientes a los niveles formativos mencionados, salvo en lo relativo a la especialidad de medicina del trabajo, se contempla la posibilidad transitoria de acreditación alternativa de la formación exigida, hasta tanto se determinen las titulaciones correspondientes por las autoridades competentes en materia educativa».

estos índices con mayor o menor éxito a pesar de todos los inconvenientes del modelo preventivo actual. A conclusiones parecidas llegó el Informe Durán (2001)¹⁷⁷⁷ al analizar la formación y educación en el modelo preventivo en España.

Por tanto, en el análisis del factor educativo y de su derivada en la formación como uno de los ejes de la PRL en España, habría que preguntarse si existe un verdadero interés por parte de los poderes públicos en que esta materia se trate como se merece no ya en los niveles universitarios, sino también en los niveles inferiores de la enseñanza. Sólo así se creará una verdadera y deseable cultura preventiva en la sociedad y ésta podrá revertir de forma natural a la ciudadanía no sólo cuando se incorpore al mundo laboral, sino también:

- Cuando se incorpore al ámbito de la política legislando y ejecutando decisiones que remuevan obstáculos y planteando estrategias que actúen desde cada uno de los ámbitos que conforman la PRL, que protejan verdaderamente el derecho del trabajador a ejercer su jornada laboral en las mejores condiciones de seguridad y salud, desarrollando una mejor tutela jurídica para los técnicos responsables en seguridad y salud laborales, que día tras día se enfrentan a la dura tarea de proponer las mejores soluciones para que ésto sea así.

- Cuando se incorpore al ámbito académico y educativo programando e impartiendo contenidos formativos más adecuados, cercanos y consonantes con la realidad laboral.

- Cuando se incorpore al ámbito jurídico garantizando el cumplimiento del derecho al trabajo en unas condiciones de seguridad y salud óptimas, y la tutela efectiva y decidida del técnico en prevención que le permita el desarrollo de altas responsabilidades de forma autónoma, objetiva, íntegra y ética, frente a cualquier injerencia de terceros, especialmente con capacidad de influencia por su jerarquía.

¹⁷⁷⁷ El Informe Durán debe su nombre a Federico Durán López, Presidente del Consejo Económico y Social, el cual fue entregado el 13 de marzo de 2001 al Presidente del Gobierno. Dicho informe contenía un estudio sobre el estado por esas fechas de la siniestralidad en España.

- Cuando se incorpore como responsable jerárquico, directivo o mando intermedio en una organización empresarial, pública o privada, comprometiéndose con la política preventiva de ésta y difundiéndola a todos sus trabajadores, favoreciendo una cultura preventiva proactiva, situando a la prevención como un valor en si mismo más allá de parámetros productivos y económicos.

3. Evolución de los requisitos formativos de acceso para el TSPRL

Los requisitos formativos para poder desempeñar las funciones en materia de seguridad y salud laborales han ido evolucionado desde sus orígenes, a pesar de lo cual la regulación en esta materia desde el enfoque verdaderamente preventivo es relativamente reciente en España, con la aprobación de la LPRL en el año 1995. Anteriormente a la LPRL y al RSP ya existían profesionales técnicos desempeñando funciones preventivas, formando parte de los servicios de seguridad e higiene en el trabajo y de los servicios médicos de empresa. El RSP estableció en su Disposición Adicional 5ª la posibilidad de convalidar las funciones que venían desempeñando estos profesionales para adaptarlas al marco normativo actual. Dicho reglamento establecía originalmente en su Disposición Transitoria 3ª un periodo transitorio en relación a las titulaciones académicas y profesionales correspondientes a la formación mínima exigida relativa a las funciones de los niveles intermedio y superior en PRL, disposición que estuvo vigente hasta su derogación por el Real Decreto 337/2010¹⁷⁷⁸. La existencia de diferentes marcos regulatorios de acceso a la profesión preventiva ha supuesto que, en la actualidad, coexistan técnicos que realizando sus funciones, han accedido a éstas con unos requisitos formativos muy diferentes según en qué período temporal ingresaron en este mercado laboral. A

¹⁷⁷⁸ Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción. (BOE nº 71, de 23 de marzo de 2010).

continuación señalaremos cómo han evolucionado esos requisitos para el acceso del TSPRL, desde la aprobación de la LPRL hasta la actualidad.

A). A fecha de publicación de la LPRL, 10 de noviembre de 1995. (Al amparo del Apartado 1 de la Disposición Adicional 5ª del RSP)

Quienes a esta fecha vinieran realizando las funciones de nivel intermedio o superior, indicadas en los arts. 36 y 37 del RSP respectivamente, y no contaran con la formación mínima prevista en éstos, podrán continuar desempeñando dichas funciones en la empresa o entidad en que la vinieran desarrollando, siempre que cumplieran los siguientes **requisitos**:

- a) Experiencia no inferior a 3 años a partir de 1985, en la realización de funciones de nivel intermedio, en una empresa, institución o en las Administraciones Públicas. En el caso de las funciones de nivel superior la experiencia será de 1 año cuando posean titulación universitaria o de 5 años si carecen de ella.
- b) Acreditar una formación específica en materia preventiva no inferior a 100 horas, (computan tanto la recibida como la impartida), cursada en algún organismo público o privado de reconocido prestigio. Esta formación no será de aplicación al personal sanitario, el cual se registrará por su normativa específica.

Por tanto, los técnicos de nivel superior contemplados en este epígrafe sólo podrán seguir desarrollando sus funciones en la misma empresa o entidad en la que ya vinieran haciéndolo antes de la publicación de la LPRL, ya que carecen de la formación mínima exigida para los niveles intermedio o superior. No obstante, a partir de 1998 podrán ampliar sus funciones a otras empresas si cumplían los requisitos que se describen en el epígrafe siguiente.

B). Durante el año 1998. (Al amparo del Apartado 2 de la Disposición Adicional 5ª del RSP)

Aquellos profesionales, descritos en el epígrafe A), que durante el año 1998 vinieran desempeñando las funciones de nivel intermedio o nivel superior según los arts. 36 o 37 del RSP respectivamente, podrían ser acreditados por la autoridad laboral competente del lugar donde residiera el solicitante, expidiéndoles la correspondiente certificación de formación equivalente¹⁷⁷⁹ que les facultaría para poder desempeñar las funciones correspondientes a dicha formación, tras la verificación del cumplimiento de los tres siguientes requisitos:

- a) Experiencia no inferior a 3 años a partir de 1985 en la realización de funciones de nivel intermedio o de nivel superior, según los arts. 36 y 35 del RSP, respectivamente.
- b) Acreditar poseer una formación específica en materia preventiva no inferior a 100 horas (computan tanto la recibida como la impartida), cursada en algún organismo público o privado de reconocido prestigio. Esta formación ha de incluir los contenidos sustanciales de los anexos V o VI del RSP, para los niveles intermedio y superior, respectivamente.
- c) Poseer una titulación universitaria de primer o segundo ciclo si se solicita la acreditación para el nivel superior.

Como se observa, los requisitos de acceso en este período se han endurecido respecto al período anterior descrito en el epígrafe A). Además, durante el año 1998, también podrán acceder a esta acreditación aquellos profesionales que, en virtud de los conocimientos adquiridos y de su experiencia profesional anterior a la publicación de la LPRL, debidamente acreditados, contaran con la cualificación necesaria para desempeñar las funciones de nivel intermedio o nivel superior en alguna de las tres especialidades de seguridad en el trabajo, higiene industrial y ergonomía y psicología aplicada. Antes de

¹⁷⁷⁹ La expedición de esta certificación por la autoridad laboral competente se realizará de acuerdo al apartado 3 de la Disposición Adicional 5ª del RSP.

acceder a esta acreditación tendrán que cumplir con los tres requisitos señalados en este epígrafe.

C). Al amparo de la Disposición Transitoria 3^a del RSP. (Hasta antes de la entrada en vigor del Real Decreto 337/2010¹⁷⁸⁰ el 24 de marzo de 2010)

Ante la inexistencia, a fecha de la entrada en vigor del RSP, de titulaciones académicas o profesionales correspondientes a los niveles formativos intermedio y superior en materia de PRL, el RSP establecía en su Disposición Transitoria 3^a¹⁷⁸¹, un período transitorio de acreditación alternativa de la formación exigida, hasta tanto se determinaran las titulaciones correspondientes por las autoridades competentes en materia de educación. Se señalaba en dicha disposición que, en tanto no se determinaran por las autoridades educativas las titulaciones académicas y profesionales correspondientes a la formación mínima exigida para el nivel intermedio y superior en los arts. 36 y 37 del RSP respectivamente, dicha formación podría ser acreditada sin efectos académicos a través de certificación expedida por una entidad pública o privada que tuviera capacidad para desarrollar actividades formativas en esta materia y estuviera autorizada por la autoridad laboral competente. La Orden de 27 de junio de 1997¹⁷⁸² señalaba en su artículo 7 cuáles eran los requisitos mínimos que tenían que cumplir dichas entidades formativas para ser autorizadas para desarrollar y certificar actividades formativas en materia de PRL.

1780 Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción. (BOE nº 71, de 23 marzo de 2010).

1781 Esta disposición fue derogada por el Real Decreto 337/2010.

1782 Orden de 27 de junio de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con las condiciones de acreditación de las entidades especializadas como servicios de prevención ajenos a las empresas, de autorización de las personas o entidades especializadas que pretendan desarrollar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y de autorización de las entidades públicas o privadas para desarrollar y certificar actividades formativas en materia de prevención de riesgos laborales. (BOE nº 159, de 4 de julio de 1997). (Esta orden está derogada).

Por otra parte, la Disposición Adicional 1ª del Real Decreto 337/2010 señala que los técnicos cuya formación en esta materia hubiera sido acreditada sin efectos académicos mediante la certificación descrita en este epígrafe al amparo de la Disposición Transitoria 3ª del RSP, obtenida antes de la entrada en vigor de este Real Decreto, el 24 de marzo de 2010, podrán seguir desempeñando las funciones de nivel intermedio o superior, referidas respectivamente en los arts. 36 y 37 del RSP. De la lectura de la Disposición Adicional 1ª del Real Decreto 337/2010, también podemos considerar incluidos en esta tercera vía de acceso a aquellos técnicos cuya formación en la fecha de publicación de este Real Decreto, el 23 de marzo de 2010, estuviese en curso de ser acreditada sin efectos académicos mediante la certificación referida anteriormente, permitiéndoles, una vez obtenida la misma, tener plena capacidad para desempeñar las funciones de nivel intermedio o superior.

D). Requisitos formativos de acceso después de la entrada en vigor del Real Decreto 337/2010, a partir del 24 de marzo de 2010 hasta la actualidad

Las modificaciones planteadas por el Real Decreto 337/2010 se basan en las propuestas de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012, en especial la señalada en su línea de actuación 6.3 que incide sobre el art. 37.2 del RSP, referido a la formación para las funciones de nivel superior. Este Real Decreto también se nutre de las cuestiones planteadas y debatidas dentro de un grupo de trabajo constituido por la Administración General del Estado y Comunidades Autónomas, y con las organizaciones sindicales y empresariales, que dará como resultado un documento de consenso sobre las actuaciones para la mejora de la calidad y eficacia del sistema de PRL. El Real Decreto 337/2010 deroga la Disposición Transitoria 3ª del RSP y con ello finaliza la etapa de transición hacia la acreditación formativa actual de los profesionales en materia de PRL. A partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, la vía de acceso para los nuevos profesionales que quieran ejercer estas funciones será a través de una titulación académica y profesional, lo cual no impedirá mantener la validez de

las acreditaciones realizadas al amparo de esta disposición transitoria y de otras regulaciones normativas anteriores.

Este Real Decreto además modifica los requisitos de formación para el desempeño de las funciones de nivel superior al modificar el art. 37.2 del RSP. Hasta antes de su entrada en vigor, cuando en las etapas contempladas en los epígrafes A), B) y C) de nuestro estudio se hablaba de tales requisitos y se remitía a este artículo, se hacía referencia al cumplimiento de los siguientes requisitos establecidos en la redacción original del RSP: contar con una titulación universitaria; poseer una formación mínima con el contenido especificado en el programa del Anexo VI del RSP; y el desarrollo de esta formación mínima tendrá una duración no inferior a 600 horas y una distribución horaria adecuada a cada proyecto formativo, respetando la establecida en el anexo citado. Esta finalización del período de transición en la formación de acceso de nivel superior supone no admitir otra formación que la acreditada por una universidad, agotándose de este modo la previsión establecida en la Disposición Transitoria 3ª del RSP, según la cual, hasta que no se determinasen por las autoridades competentes educativas las titulaciones académicas y profesionales correspondientes a la formación mínima señalada en el art. 36 y, en nuestro caso, el art. 37 del RSP, «podrá» ser acreditada dicha formación sin efectos académicos con la correspondiente certificación expedida por una entidad pública o privada autorizada por la autoridad laboral competente. Se resalta «podrá» porque, en efecto, la citada disposición transitoria deja abiertas otras vías de acreditación más allá de la no académica.

De hecho, ya antes de la entrada en vigor del Real Decreto 337/2010 existían titulaciones académicas universitarias en esta materia que habilitaban para el ejercicio de estas funciones, aunque su número era entonces despreciable en relación al del resto de ofertas formativas. Por tanto, la modificación operada por este Real Decreto sobre el art. 37.2 del RSP supone una restricción de los requisitos establecidos inicialmente en dicho artículo, al señalar su nueva redacción que la titulación universitaria ha de ser «oficial» y que la formación mínima poseída ha de ser «acreditada» por una universidad con el contenido especificado en el anexo VI. La modificación no afecta a los requisitos de

contenido, duración y distribución horaria de esta formación mínima. Esto supone que en la práctica esta formación de nivel superior se desarrolle de manera generalizada a través de una titulación universitaria de máster.

A pesar de la reforma del art. 37.2 del RSP por el Real Decreto 337/2010, y en la línea de lo que señala García Jiménez¹⁷⁸³, dicho reglamento presenta un nivel tal de indefinición que ha favorecido muchas de las inconsistencias actuales con las que cuenta la formación superior en PRL, partiendo de la no concreción de cuál ha de ser la formación que habilite para el ejercicio profesional de las funciones de este nivel, lo que conlleva a no quedar claro si dicha formación se puede realizar a través de un grado o de un máster universitario oficiales¹⁷⁸⁴, o también cabe la posibilidad, como de hecho ocurre en la práctica, de realizarse a través de cursos universitarios de especialización dentro del catálogo de títulos propios de la universidad, o incluso va más allá, con la posibilidad de ser realizada a través de entidades «acreditadas» o «concertadas» por una universidad. Quizás en esta dirección iba la propuesta de modificación del art. 37.2 del RSP en el Plan Nacional de Formación para la PRL. Es decir, se da a las universidades, en palabras de García Jiménez¹⁷⁸⁵, «una amplia capacidad de concretar y desarrollar el programa formativo [...] dejando de este modo, a decisiones puntuales -de política interna universitaria- y que no siempre responden a la búsqueda de la calidad formativa» lo que puede suponer, en palabras del autor¹⁷⁸⁶ «una definición del programa formativo que presenta importantes descompensaciones, en cuanto a carga lectiva y contenidos, sobre las materias» contempladas en el Anexo VI del RSP. Esta situación puede tener graves consecuencias sobre las capacitación del futuro profesional en PRL, al

1783 GARCÍA JIMÉNEZ, M. (2016). Luces y sombras de la formación en materia de prevención de riesgos laborales: Balance crítico y claves para una reforma. En C. MOLINA NAVARRETE, M. GARCÍA JIMÉNEZ Y M. SORIANO SERRANO (DIRS). *Ley de Prevención de Riesgos Laborales: Una revisión crítica, veinte años después*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, pp. 132-133.

1784 Al hablar de titulaciones universitarias oficiales nos referimos a aquellas que han sido previamente evaluadas favorablemente por la ANECA, verificadas por el Consejo de Universidades, autorizadas en su implantación por las correspondientes Comunidades Autónomas, - según el art. 35.2 de la Ley Orgánica 6/2001 de 12 de diciembre, de Universidades (BOE nº 307, de 24 de diciembre de 2001), modificada por la Ley Orgánica 4/2007 de 12 de abril (BOE nº 89, de 13 de abril de 2007)-, y haber sido inscritas en el Registro de Universidades, Centros y Títulos. *Ibíd.*, p. 132.

1785 GARCÍA JIMÉNEZ. *Op. cit.*, p. 133.

1786 *Ibíd.*, p. 133.

generarse una desconexión entre los títulos universitarios ofertados como másteres universitarios en PRL y las necesidades formativas que éstos pretenden cubrir para realizar las funciones de nivel superior del art. 37 del RSP.

De hecho, otra consecuencia palpable del extremo al que puede llegar esta amplia capacidad de desarrollo del programa formativo del Anexo VI por parte de las universidades promotoras es la coexistencia en la oferta actual formativa de másteres universitarios que habilitan para estas funciones, con cargas lectivas muy dispares, que van desde los 60 créditos ECTS¹⁷⁸⁷, 90 créditos ECTS hasta los 120 créditos ECTS, con una duración temporal de 1 año, 1 año y medio y 2 años, respectivamente. Además, no todos estos másteres habilitan para las tres especialidades (seguridad en el trabajo, higiene industrial, ergonomía y psicología aplicada), sino que algunos sólo lo hacen para una de ellas, a cambio de incluir en sus programas contenidos de otras materias con cierto grado de afinidad con la PRL como son el medio ambiente, la gestión de la calidad o la integradora responsabilidad social corporativa. Con esta ampliación de materias se dota a estos estudios de postgrado de un contenido polivalente y flexible que los hace atractivos no sólo a aquellos futuros profesionales de la PRL, sino también a aquellos profesionales que ya ejercen en este sector pero que no cuentan con alguna de las tres especialidades señaladas, o simplemente, la de quienes prefieren ampliar su horizonte profesional con un currículum formativo más allá de la PRL.

Otro problema no resuelto es el acceso a esta formación con el formato de máster desde otras titulaciones universitarias no estando claramente definidos los contenidos formativos complementarios necesarios según la formación de procedencia. En este punto, habría que preguntarse por qué apenas se incluye, o cuando se hace por qué no siempre lo es con carácter obligatorio, la formación en materia preventiva en los programas formativos de las titulaciones universitarias más afines a la PRL como algunas ingenierías o arquitectura, por citar dos claros ejemplos, cuyos profesionales debieran contar con una formación inicial en esta

materia por las funciones que realizan, las cuales incluyen gestionar situaciones donde la PRL adquiere un protagonismo importante.

4. Conclusiones

Los técnicos de PRL son la «punta de lanza» de la gestión preventiva en una organización y una manifestación palpable del grado de implantación en ella de la cultura de la prevención. En este sentido, la formación de estos profesionales adquiere un valor esencial en su capacitación para hacer frente a sus responsabilidades consistentes básicamente en gestionar la obligación del empresario que deriva del derecho de sus trabajadores a unas condiciones óptimas de seguridad y salud en su entorno de trabajo. Es decir, se trata de garantizar el derecho al trabajo pero en armonía con el derecho fundamental a la vida, a la integridad física y moral, derecho fundamental que explica el nivel de responsabilidad del técnico PRL. En consecuencia, esa responsabilidad exige de este profesional una elevada capacitación, necesaria para ejercer con plenitud sus funciones. Para ello es vital una formación de acceso además una formación permanente en su puesto de trabajo.

A pesar de haber transcurrido más de 20 años desde la aprobación de la LPRL, y de las políticas desarrolladas en España para su implantación real y efectiva, a día de hoy es cuestionable que éstas hayan tenido éxito en cuanto se refiere a la capacitación de los profesionales de la PRL en base a un diagnóstico de una formación de acceso que dista mucho de ser idónea, suficiente y efectiva para dar la mejor respuesta a los retos con los que estos profesionales se encuentran en su día a día. Las carencias de esta formación obedecen a múltiples causas pero destaca entre ellas una dispersión de los programas de contenidos formativos en PRL impartidos por una excesiva variedad de entidades, con unas prioridades no siempre en consonancia con los motivos esenciales de la prevención sino que demasiadas veces se rigen por criterios alejados de éstos. Es decir, asistimos a una política formativa en PRL alejada de las necesidades reales.. En este sentido, la consolidación de la formación y por extensión, de la educación en materia preventiva son vitales para conseguir un giro en el enfoque de la

capacitación del profesional de la PRL. Para lograrlo es necesario incidir más allá del ámbito laboral, hay que actuar sobre toda la extensión y niveles de la sociedad, para lograr la asimilación de la cultura de la prevención por la conciencia colectiva.

A pesar de las políticas desarrolladas en formación y educación en PRL desde el inicio de la andadura de la LPRL, desde entonces no se han producido cambios sustanciales en las demandas de éstas, ni se ha terminado de conseguir la pretendida integración de la educación y formación en la mejora de la cultura preventiva. En este punto cabría preguntarse, si es la falta de esa cultura preventiva la que motiva este aparente desinterés y apatía institucional que se plasma en unas políticas que no llegan a consolidar esa integración, teniendo en cuenta que nuestros gestores públicos son integrantes, a su vez, de esa sociedad que adolece de una escasa cultura preventiva. Es definitiva, ¿son unas políticas erróneas las causantes de una educación y formación en materia preventiva deficientes?, o quizás ¿son precisamente una educación y formación pobres en esta materia las que generan unas políticas erróneas al estar imbuidos sus máximos responsables, tanto los que la elaboran como los que la implantan, de una pobre cultura preventiva?

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R. (2000). Sobre las garantías de los trabajadores que ejercen funciones preventivas. *Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, 3, 2994-2998.
- COBOS SANCHIZ, D. (2006). La formación del técnico superior en prevención de riesgos laborales en España: estudio Delphi. *Prevention World Magazine*, 14, 24-31.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2005). La prevención de riesgos laborales en el marco de la Constitución Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 57, 353-366.
- GONZÁLEZ DÍAS, F.A. (2002). Fuentes constitucionales y pilares normativos de la obligación de seguridad y salud en el trabajo. *Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, 5, 705-740.

MOLINA NAVARRETE, C, GARCÍA JIMÉNEZ, M. Y SORIANO SERRANO, M. (DIRS.) (2016). *Ley de Prevención de Riesgos Laborales: Una revisión crítica, veinte años después*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C. (2004). ¿Qué hay de la famosa cultura de la prevención?. En J.L. Monereo Pérez. *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*. Granada: Comares.

MONEREO PÉREZ, J.L. Y DEL MAR LÓPEZ INSÚA, B. (2016). El derecho a la prevención: un análisis del modelo organizativo preventivo español. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 395, 17-38.

MORA, J.G. (2009). Las políticas europeas de educación superior. Su impacto en España. *Papeles de economía española*, 119, 263-276.

PÉREZ MERLOS, R. (2017). *Análisis sobre la formación en prevención de riesgos laborales en España: Luces y sombras*. Recuperado de <https://diagnosticoprconstruccion.files.wordpress.com/2017/06/libro-formacic3b3n-documento-final-19-6-2017-blog.pdf>

Tratamiento de la discapacidad en el ámbito laboral y en el ámbito penal

Francisco José Malfeito Natividad

Estudiante de Doctorado

I. INTRODUCCION

En artículo 49 de la Constitución se establece que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadanos. La discapacidad se considera un problema individual o personal, causado por una enfermedad, deficiencia o condición de salud. La realidad biológica es el punto de partida de la deficiencia y la discapacidad, y las limitaciones que éstas provocan en el funcionamiento del individuo se subsanan eliminándolas a través de tratamiento médico curativo y rehabilitador, y mediante políticas de atención a la salud orientadas a la compensación y adaptación de la persona con discapacidad. Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente es, según el párrafo primero de su artículo 1, el propósito de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13.12.2006.

La historia reciente de la discapacidad se ha explicado mediante la dialéctica entre el modelo médico y el modelo social, considerados los principales análisis conceptuales de la discapacidad.

En el modelo médico, la discapacidad se considera un problema individual o personal, causado por una enfermedad, deficiencia o condición de salud. Los

rasgos del modelo médico se reflejan en la Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías.

El modelo social pretende corregir las omisiones y lagunas del modelo médico. La atención se desplaza al entorno social.

Las críticas conceptuales y prácticas al modelo médico, movieron a la Organización Mundial de la Salud a revisar su clasificación y su definición de discapacidad con el propósito de armonizar la aproximación médica y la aproximación social. El resultado de esta síntesis es la Clasificación internacional del funcionamiento, la discapacidad y la salud.

Más reciente es el modelo de la diversidad, que hace suyos algunos postulados del modelo social, acoge las propuestas del movimiento de vida independiente, en particular el ejercicio de la libertad y la noción de independencia entendida como control sobre la propia vida, y, subraya el valor de la discapacidad en cuanto rasgo de la diversidad humana y factor de enriquecimiento social.

II. DISCAPACIDAD EN EL AMBITO LABORAL

El punto de partida de este derecho se encuentra en el artículo 49 de la CE. Para cumplir con dicho mandato, se dictó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los minusválidos, en la que se recogían los pilares de la integración social y colectiva de este colectivo, mediante un empleo de tipo protegido.

El artículo 3 LISMI establece que las personas con discapacidad tendrán derecho a la integración laboral.

Dicho mandato se articula asimismo en el artículo 37 de dicha norma, donde se determina que será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores discapacitados su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido.

Para facilitar la integración laboral, la Ley 13/1982 establece una serie de mecanismos, como son la necesidad de que las empresas con más de 50 trabajadores cuenten con un 2 % de los puestos de trabajo ocupados por personas

con discapacidad; o la existencia de centros especiales de empleo donde se ocupa a las personas que no cuentan con la capacidad mínima necesaria para poder emplearse en puestos ordinarios de trabajo, materia que luego fue objeto de desarrollo mediante los Reales Decretos 2273/1985, de 4 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, y Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

La integración laboral de las personas con discapacidad sigue siendo un aspecto de la discapacidad en el que aún queda mucho por hacer. Muestra de ello es la normativa que se ha venido aprobando en los últimos años a partir de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en la que vuelve a respaldarse legalmente el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación. Entre esas nuevas normas, que han supuesto un notable impulso a la tarea de llevar a la práctica ese principio de igualdad de trato, pueden citarse las siguientes:

La Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de personas con discapacidad, desarrollada por el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

El Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

El Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

El Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo.

La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

El 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, y que en su art. 1 establece el objeto de esta Ley. Se debe tener en cuenta la Disposición adicional única y la Disposición derogatoria única estableciendo con esta Ley una labor de refundición regularizando y armonizando la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se hizo realidad con la aprobación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Y finalmente, es imprescindible hacer referencia a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13.12.2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el 3.12.2007 y que entró en vigor el 3.05.2008. La Convención supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo.

Con independencia de lo anterior, cuando el trabajador discapacitado pueda incorporarse al sistema ordinario de empleo, su relación laboral se someterá al Estatuto de los Trabajadores. En dicha norma no se determinan derechos específicos a favor de los trabajadores con discapacidad.

En lo que aquí nos interesa, el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores determina el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate. También el artículo 4.2.d) establece el derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene; y finalmente el artículo 4.2.e), al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad.

Asimismo, el artículo 17.1 de dicha norma determina que se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo.

Las personas con discapacidad sufren con mayor dureza los impactos de la exclusión social que se traduce en una menor ocupación laboral por inactividad ocupacional y que genera una mayor tasa de desempleo. La realización de un trabajo retribuido es uno de los factores más importantes de desarrollo, realización y autonomía personal, y es la principal muestra de integración de este amplio colectivo en la sociedad, y de igualdad respecto al resto de ciudadanos.

Los Centros Especiales de Empleo contribuyen a mitigar el problema del desempleo en estas personas, teniendo como finalidad asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos.

III. DISCAPACIDAD EN EL AMBITO PENAL.

El artículo 314 del Código Penal regula el delito de discriminación laboral.

En cuanto al delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 314 del código penal y sus elementos nos señala la Sentencia 4/2010, de 13 de enero de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5^a, en su FD. 2, confirmada posteriormente mediante Auto del Tribunal Supremo de 2 Jun. 2010, rec. 633/2010 al rechazar la inadmisión del recurso de casación interpuesto que la acción consiste en originar y mantener una grave discriminación en el empleo, público o privado que supone una diferencia de trato laboral como consecuencia de la concurrencia de determinadas características en el sujeto discriminado que le distinguen de otros empleados o trabajadores. Tales características son aquéllas incluidas en el artículo 4.2 c) del ET.

La mera discriminación en el empleo, no basta para que se cometa el delito, el precepto exige que venga acompañada de un requerimiento o sanción

administrativa y que el requerimiento haya sido desoído, con lo que se trata de reservar el castigo penal sólo para los casos contumaces.

El artículo 510.1 a), b), c) y 2 a) y b) del Código Penal regula la revocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos regulando las personas que tengan discapacidad.

El artículo 511.1 y 2 del CP regula la denegación de prestación de un servicio público por razones de discapacidad.

El artículo 512 CP la denegación de prestación profesional o empresarial por razones de discapacidad.

El artículo 515.4 CP establece que son punibles las asociaciones ilícitas que fomenten, promuevan o inciten el odio por su situación de discapacidad.

IV. CONCLUSIONES.

Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad.

El anhelo de una vida plena y la necesidad de realización personal mueven a todas las personas, pero esas aspiraciones no pueden ser satisfechas si se hallan restringidos o ignorados los derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad. Este es el caso en que se encuentran aún hoy mujeres y hombres con discapacidad, quienes, a pesar de los innegables progresos sociales alcanzados, ven limitados esos derechos en el acceso o uso de entornos, procesos o servicios que o bien no han sido concebidos teniendo en cuenta sus necesidades específicas o bien se revelan expresamente restrictivos a su participación en ellos.

Existe, pues, un variado y profuso conjunto de impedimentos que privan a las personas con discapacidad del pleno ejercicio de sus derechos y los efectos de

estos obstáculos se materializan en una situación de exclusión social, que debe ser inexcusablemente abordada por los poderes públicos.

BIBLIOGRAFIA

- Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Artículos 314, 510.1 a), b), c) y 2 a) y b), 511.1 y 2, 512, 515.4.
- Constitución Española. Constitución de 27 de diciembre de 1978.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13.12.2006.
- Estatuto de los Trabajadores de 2015. Artículos 4.2 c), d) y e). Artículo 17.1.
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de personas con discapacidad, desarrollada por el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.
- Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.
- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Reales Decretos 2273/1985, de 4 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, y Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.
- Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

- Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.
- Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo.
- 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
- Sentencia 4/2010, de 13 de enero de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, en su FD. 2, confirmada posteriormente mediante Auto del Tribunal Supremo de 2 Jun. 2010, rec. 633/2010.

Derecho Procesal

El caso “Siria” ante la jurisdicción universal española

Andrea Spada Jiménez

Doctoranda en el área de Derecho Procesal.

Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, nos enfrentamos a una crisis migratoria sin precedentes que encuentra su base en los conflictos que se producen en diferentes regiones sobre todo de oriente medio, donde la crisis de los refugiados Sirios parece ser la noticia constante en los medios de comunicación y el lamentable reflejo de una de las tantas consecuencias que acarrear tales conductas. Han transcurrido seis años desde el comienzo de la guerra civil en Siria y la cifra de refugiados reconocidos a los que se les ha concedido el derecho de asilo, según el último informe de 28 de Junio de 2018 es de 5.624.891, siguiendo en constante aumento con el transcurso del tiempo, lo cual, como no es de extrañar, ha llevado a las víctimas a la búsqueda de una consecuencia jurídica eficaz contra el régimen de Bashar Al-Ásad que dada la ausencia de un poder judicial efectivo en su propio Estado, se incoa un procedimiento en España a través de la aplicación de la JU.

El 1 de Febrero de 2017 se presenta una querrela por la comisión de un delito de lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo, desaparición forzada y torturas, por una ciudadana nacional española hermana de un ciudadano sirio desaparecido y ejecutado por las Fuerzas de Seguridad sirias, la cual habiendo sido admitida a trámite por el Juez Central de Instrucción, generó gran expectación no solo para la familia de la víctima, sino para toda la comunidad internacional que observa un ápice de esperanza frente a la impunidad de tal régimen, sin embargo, lamentablemente el Ministerio Fiscal llevó a cabo una labor determinante para que tal querrela finalmente no se admitiera a trámite a través de la vía oportuna de recurso, llegando al conocimiento del Pleno de la Audiencia Nacional, quien a través del dictado de Auto de inadmisión, no solo

determina la incompetencia para conocer por parte de los órganos jurisdiccionales, sino que también realiza una interpretación bastante restrictiva del estatus de víctima de la querellante, dejando claramente vacío de contenido el Art. 23.4 LOPJ y generando la presentación del voto particular por parte de cinco magistrados en los que se pone de manifiesto la preocupación ante una JU ineficaz, planteándose incluso la necesidad de una cuestión de inconstitucionalidad contra la regulación del Art.23.4 LOPJ.

Habiendo expuesto lo anterior, parece claro que la JU actualmente carece de eficacia y llama la atención la labor del Ministerio Fiscal y la del órgano jurisdiccional en cuanto a la interpretación del precepto regulador, cuando de violación de derechos humanos se trata, por lo que cabe un pormenorizado análisis del caso.

2. AUTO DEL JUEZ CENTRAL DE INSTRUCCIÓN.

2.1 Hechos e interposición de la querella.

El 17 de Febrero de 2013 se produce la desaparición de un ciudadano sirio el cual residía en Siria y trabajaba como transportista, siendo constantemente buscado por su familia por diferentes zonas, tras el transcurso de dos años sin obtener respuesta alguna, su hermana lo reconoce a través de unas fotografías tomadas por el fotógrafo forense de la policía militar siria, ahora exiliado y presente como testigo en la causa, de un centro de detención ilegal controlado por las agencias de seguridad sirias, observándose en ellas un cartel con el número de prisionero que le asignaron y el de fallecimiento, además de las señales que denotan torturas en el cuerpo como quemaduras de cigarrillos y hematomas.

Por los anteriores hechos, la hermana del fallecido interpone querella y se admite a trámite por el Juzgado Central de Instrucción nº6 (JCI), sin embargo el Ministerio Fiscal emite un informe contrario a la admisión por no ostentar la competencia jurisdiccional para conocer del hecho, cuestión que es resuelta

mediante Auto el 27 de Marzo de 2017 admitiendo definitivamente la querrela el JCI¹⁷⁸⁸.

2.2 Fundamentos de Derecho

Los hechos denunciados se producen en otro territorio, cuyos presuntos autores y querrellados son nacionales de otro Estado y el sujeto pasivo también lo es, por lo cual *a priori* no parece que los tribunales españoles pudieran ostentar la competencia jurisdiccional para el enjuiciamiento de tales hechos, sin embargo, para la protección judicial de los delitos de primer grado¹⁷⁸⁹, se debe acudir a la JU prevista en el Art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), como así lo hizo el JCI, interpretando cada apartado en relación con el delito cometido y la concurrencia de los requisitos para la atribución de competencia de la siguiente manera.

2.2.1 En cuanto a la calificación de los hechos:

- Se comete un delito de lesa humanidad en relación con la desaparición forzada, teniendo como base la definición que otorga el Art. 5 del Convenio para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹⁷⁹⁰, ya que la conducta delictiva se produce de forma generalizada y sistemática.
- Crimen de guerra, ya que el sujeto pasivo es persona que tiene el estatuto de protegida en un conflicto armado interno, aplicando para ello las definiciones otorgadas por los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales con

¹⁷⁸⁸ Auto de 27 de Marzo de 2017 del Juzgado Central de Instrucción nº6. Nº Ref. ARP\2017\308 Aranzadi.

¹⁷⁸⁹ OLLÉ SESÉ, M. En Justicia Universal para crímenes internacionales. p.184-200. Ed. La Ley. Madrid, 2008. ISBN: 978-84-9725-901-9. El autor establece las características de los delitos de primer y segundo grado.

¹⁷⁹⁰ Art. 5 del Convenio citado: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.” Extraído de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>

respecto a la población civil¹⁷⁹¹ y hace hincapié sobre todo en el Art. 4 apartado 1 del Protocolo Adicional II, donde se establece que las personas protegidas en los conflictos armados son aquellas que no participan en las hostilidades o hayan dejado de participar.

- Delito de tortura, regulado en el CP en los arts.173 y ss.
- Delito de terrorismo, que en el CP se establece en los Arts. 571 a 573 bis¹⁷⁹² y lo relaciona con lo establecido en la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo¹⁷⁹³.
- Desaparición forzada, prevista en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹⁷⁹⁴, dado que si se acude al CP no se encuentra una regulación del tipo penal autónomo de desaparición forzada sino que se incluye como una de las conductas correspondientes al delito de lesa humanidad¹⁷⁹⁵, por lo que para este caso concreto habrá que regirse por lo estipulado en el Convenio. Este instrumento define la conducta de desaparición forzada¹⁷⁹⁶ y lo encuadra en un delito de lesa humanidad cuando se haya llevado a cabo de forma generalizada y sistemática¹⁷⁹⁷ lo que en el caso analizado se produce y así lo entiende el JCI.

2.2.2 En cuanto al cumplimiento de requisitos de atribución de competencia:

Los delito de lesa humanidad y crimen de guerra: Se establecen en la letra a) del apartado 4 del Art. 23, no pudiendo ejercer al competencia en JCI por la no concurrencia con los requisitos exigidos en el mismo, y es que desde la reforma

¹⁷⁹¹ Los preceptos donde se encuentra la definición de las personas protegidas a los que se hace referencia son los siguientes: Arts. 13, 24, 25, 26 del I Convenio de Ginebra de Ginebra, Arts. 13, 36, 37 del II Convenio de Ginebra, Art. 4 del III Convenio de Ginebra sobre los prisioneros de guerra, Arts. 4 y 20 del IV Convenio de Ginebra, Art. 50 del Protocolo Adicional I, y el Art.4.1 del Protocolo Adicional II.

¹⁷⁹² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

¹⁷⁹³ Derogada. Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. «DOCE» núm. 164, de 22 de junio de 2002, páginas 3 a 7 (5 págs.)

¹⁷⁹⁴ Convención de 20 de diciembre de 2006, sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. «BOE» núm. 42, de 18/02/2011, págs.18254 a 18271.

¹⁷⁹⁵ Ver Art.607 Bis.2.6º del Código Penal.

¹⁷⁹⁶ Ver Art. 2 de la Convención sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

¹⁷⁹⁷ Ver Art. 5 de la Convención ut supra.

operada en el año 2014¹⁷⁹⁸, dicho apartado es casi inutilizable para la mayoría de los casos que actualmente pudieran presentarse y se acerca más a un principio de personalidad activa que al de la justicia universal.

Ahora bien, desde mi parecer, el delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, aunque estando incluido en el mismo apartado que el de genocidio y lesa humanidad con los mismos requisitos, sí que tiene una salvedad, y es la aplicación de la IV Convención de Ginebra de 1949 que en el Art.146 establece una persecución obligatoria para los Estados Parte relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra¹⁷⁹⁹, siendo a su vez el propio Código Penal en el Art. 608 el que nos remite a lo establecido en los Convenios de Ginebra, que el propio órgano judicial mencionaba anteriormente para catalogar como persona protegida, por lo que entiendo que pudiera también ser aplicable para el ejercicio de competencia con un simple fundamento, y es que España mediante la ratificación del Tratado asume las obligaciones expuestas en el mismo, siendo una de ellas la de hacer comparecer a los autores de dichos hechos delictivos ante sus tribunales, independientemente de la nacionalidad y del territorio donde se haya cometido, presentando esta obligación un carácter *self-executing*, que no necesita de un desarrollo normativo por parte del ordenamiento interno, como así lo ha expresado Esperanza Orihuela Calatayud en cuanto a las obligaciones previstas en los Convenios de Ginebra en relación con la justicia universal¹⁸⁰⁰.

¹⁷⁹⁸ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 2014, páginas 23026 a 23031.

¹⁷⁹⁹ Art. 146 del IV Convenio de Ginebra, de 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra y el Art.85.1 del Protocolo I, de 8 de Junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados internacionales.

¹⁸⁰⁰ ORIHUELA CATALAYUD, E. La Jurisdicción Universal en España, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, 2016, pág. 55 ISBN: 978-84-608-4839-4. La autora no solo hace referencia a la obligación en el IV Convenio de Ginebra sino que la incluye en los otros tres, sin embargo en concreto cabe aplicar el mencionado por su relación con el delito cometido, expresando a su vez a lo largo del capítulo IV como se establece el principio de jurisdicción universal en diversos tratados internacionales y su obligatoriedad derivada de la regla *aut dedere aut iudicare*.

En relación con este hecho delictivo concreto y la aplicación del IV Convenio de Ginebra (IVCG) para el ejercicio de competencia jurisdiccional de los órganos judiciales españoles, también se ha expresado en el mismo sentido, el JCI nº1 en 2014 mediante Auto¹⁸⁰¹, aseverando que existe la obligatoriedad de hacer comparecer cuando se cometa tal hecho delictivo, independientemente de la nacionalidad de los sujetos, afirmando así la inaplicación del Art.23.4.a) de la LOPJ por ser contrario a tal Tratado, vulnerando con ello lo que se establece en el Art. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸⁰² y el cauce procedimental para poder llevar a cabo alguna modificación previsto en la propia Constitución Española¹⁸⁰³.

Para el delito de tortura y el de desaparición forzada: La LOPJ¹⁸⁰⁴ aunque en diferentes apartados, establece los mismos vínculos conectivos otorgando en el primero la competencia cuando el autor sea nacional español, y en el segundo, cuando la víctima sea española en el momento de comisión de los hechos y -de forma acumulativa- cuando la persona a la que se le imputa el hecho se encuentre en territorio español.

Ahora bien, el JCI en su análisis, aunque determina la incompetencia por incumplimiento de los requisitos exigibles, hace referencia al Convenio contra la Tortura de 1984¹⁸⁰⁵, estableciendo que el Estado Parte está obligado a ejercer su jurisdicción cuando la víctima sea nacional de dicho Estado¹⁸⁰⁶ y añade que cuando se produzca la muerte de la víctima, las personas a su cargo tienen derecho a una indemnización¹⁸⁰⁷. Por lo cual, cabría el resarcimiento a la familia,

¹⁸⁰¹ FJ 1º y 2º del Auto del Juzgado Central de Instrucción nº1 de 17 de marzo de 2014, Nº Ref. JUR\2014\116314 Aranzadi., relativo a la inaplicación de la reforma del Art.23.4 en relación con el caso José Couso.

¹⁸⁰² Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. «BOE» núm. 142, de 13 de junio de 1980, páginas 13099 a 13110 (12 págs.)

¹⁸⁰³ Art. 96.1 de la Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.)

¹⁸⁰⁴ Letra b) del Art.23.4 LOPJ para el delito de tortura, y letra c) para el de desaparición forzada.

¹⁸⁰⁵ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, hecho en Nueva York, de 10 de Diciembre de 1984. «BOE» núm. 268, de 9 de noviembre de 1987, páginas 33430 a 33436.

¹⁸⁰⁶ Art. 5.1 de la Convención ut supra.

¹⁸⁰⁷ Art. 14 ut supra.

pero el Convenio aunque sí que insta a los Estados parte para combatir la impunidad, lo hace sin perjuicio de lo establecido en las leyes nacionales¹⁸⁰⁸, con lo que es facultativo.

En relación con la desaparición forzada¹⁸⁰⁹, el JCI considera lo contrario, argumentando que el segundo párrafo del Art.23.4 c) le atribuye la competencia, omitiendo así el segundo párrafo acumulativo.

El delito de terrorismo: EL JCI se declara competente por el cumplimiento con el requisito del apartado 4 de la letra e) del Art. 23.4 LOPJ¹⁸¹⁰, a razón de que la víctima es nacional española, considerándola como víctima indirecta del delito, de acuerdo con lo dispuesto en el Art.2 del Estatuto de la víctima del delito¹⁸¹¹, la Directiva de 25 de octubre de 2012¹⁸¹² y la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, de 16 de diciembre de 2005¹⁸¹³ como fundamento de lo expuesto.

Refuerza en este caso la atribución de competencia con la necesidad de perseguir tales hechos delictivos por los órganos judiciales nacionales, al conocer la imposibilidad de ser perseguidos por los tribunales internacionales competentes para ello, haciendo referencia a el veto chino y ruso impuesto en el Consejo de Seguridad el 22 de Mayo de 2014, al requerimiento de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del 18 de Enero del 2013 de remitir

¹⁸⁰⁸ Art. 16.2 ut supra.

¹⁸⁰⁹ Art. 23.4. c) LOPJ

¹⁸¹⁰ Concretamente el apartado 4 del Art.23.4 letra e).

¹⁸¹¹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. «BOE» núm. 101, de 28/04/2015.

¹⁸¹² Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. «DOUE» núm. 315, de 14 de noviembre de 2012, páginas 57 a 73 (17 págs.)

¹⁸¹³ Véase Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, A/RES/147 de 16 de diciembre de 2005 sobre los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Acceso en línea:
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>

la situación siria ante la Corte Penal Internacional, que llevó a la Comisión de Investigación Internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria a determinar la necesidad de aplicar vías alternativas para obtener justicia, incluyendo los procesos ante tribunales nacionales en la línea de complemento del Estatuto de Roma al que se refiere el Preámbulo (4) de la Decisión 2003/335/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 8 de mayo de 2013 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra¹⁸¹⁴.

3. RECURSO DE APELACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

El MF alega la no concurrencia de los requisitos para el delito de lesa humanidad¹⁸¹⁵, para tortura y desaparición forzada.

Para el delito de terrorismo señala que el JCI realiza una “calificación forzada” del tipo, y considera que en el caso de calificarse como tal, igualmente no concurren los requisitos, interpretando, por un lado, que el precepto concreto para el terrorismo no añade un vínculo de conexión cuando se refiere a una víctima nacional española, sino que es un principio de personalidad pasiva - “encubierto”-, y por otro, no concurre el requisito de atribución de competencia de víctima nacional española, no considerando a la querellante víctima¹⁸¹⁶, a través de una restrictiva interpretación del MF que determina el concepto de víctima, solo atribuible el sujeto pasivo del delito, fundamentando tal cuestión en lo establecido en la Exposición de motivos de la LO 1/2014 de reforma de la JU¹⁸¹⁷ y la nueva configuración más restrictiva de la misma y en la Ley

¹⁸¹⁴Decisión 2003/335/JAI del Consejo, de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, DO n° L 118 de 14/05/2003 p. 0012 - 0014 Acceso en línea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32003D0335>

¹⁸¹⁵ Ver Art. 23.4.a) LOPJ y página 3.

¹⁸¹⁶ Se debe recordar que el JCI entendió que nos encontramos ante una víctima “indirecta” cumpliendo con el requisito del Art.23.4.e) ap.4. Véase págs.5 y 6 del presente texto.

¹⁸¹⁷ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. «BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 2014, páginas 23026 a 23031 (6 págs.) Ref.: BOE-A-2014-2709

29/2011¹⁸¹⁸, que regula la determinación de víctima de terrorismo en cuanto a titular del derecho a prestaciones económicas, por lo que carece de sentido. En relación a la categoría de víctima indirecta prevista en la Ley 4/2015¹⁸¹⁹, la descarta alegando la existencia de una prelación excluyente del precepto que denomina víctima indirecta a los familiares, estando primero cónyuges e hijos, y en caso de no existir, parientes en línea recta y colateral¹⁸²⁰, añadiendo a ello la inaplicación de tal normativa en el caso por ser aplicable a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España.

4. INTERPRETACIÓN DE LA AUDIENCIA NACIONAL.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la AN resuelve¹⁸²¹ el procedimiento con base en la interpretación sobre la JU expuesta por el Tribunal Supremo (TS) ¹⁸²² posteriormente a la LO 1/2014, de 13 de marzo, estableciendo expresamente lo estipulado en la Sentencia 296/2015 de 6 de mayo¹⁸²³ y sucesivas, al caso concreto.

En el Auto objeto de estudio, la AN hace referencia a la inexistencia de una contradicción con los Tratados internacionales, concretamente con los Convenios de Ginebra en los cuales hace hincapié en el carácter facultativo, siendo capaz cada Estado Parte de configurar el sistema de JU con los límites que estime oportunos y por tanto, no existiendo una vulneración del Art.96 CE¹⁸²⁴. Añade a

¹⁸¹⁸ Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. «BOE» núm. 229, de 23 de septiembre de 2011, páginas 100566 a 100592 (27 págs.) Ref.: BOE-A-2011-15039

¹⁸¹⁹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Publicado en: «BOE» núm. 101, de 28/04/2015. Ref.: BOE-A-2015-4606.

¹⁸²⁰ Véase Art. 2 de la ley ut supra.

¹⁸²¹ Auto nº 35/2017 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2017.

¹⁸²² Concretamente: Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 869/2016 de 18 de noviembre. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 297/2015 de 8 de mayo. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 551/2015 de 24 de septiembre. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 296/2015 de 6 de mayo. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 797/2016 de 25 de octubre.

¹⁸²³ Véase el FJ trigésimo, página 40 de la Sentencia.

¹⁸²⁴ El art.96 de la Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978, establece que los tratados ratificados por España desde el momento de su publicación se entenderán que forman parte de nuestro ordenamiento interno, teniendo que utilizar el cauce procedimental específico para el caso en que se quiera suspender, modificar o derogar lo expuesto en el mismo.

su vez que la doctrina del TC que hasta ahora se venía utilizando realiza una interpretación concreto de la época, no del actual, por lo que determina que no cabe una cuestión de inconstitucionalidad por parte del órgano judicial contra la LO 1/2014 de 13 de marzo, por no plantearle dudas al órgano judicial.

En cuanto a los requisitos: no concurren los requisitos exigibles en el Art.23.4 para la persecución de los delitos de genocidio y torturas, sin justificación alguna dando por supuesta la respuesta en todo lo expuesto por el TS. Ahora bien, de forma más específica analiza la no atribución de competencia por el delito de terrorismo, aludiendo principalmente a la indebida calificación del hecho, demostrándose conforme con lo alegado por el MF, considerando que los dirigentes del Estado no han sido reconocidos internacionalmente como una organización criminal terrorista y que los hechos cometidos no cumplen con lo previsto en el art.573 CP y añade “sin que tampoco exista una base para sostener que pudieran dirigirse a provocar un estado de terror en la población o en parte de ella”. A su vez añade que aun calificándose como terrorismo, de acuerdo con la interpretación del TS¹⁸²⁵ sobre el apartado e) del Art.23.4, el vínculo sobre la existencia de una víctima con nacionalidad española, no se considera como tal, sino que hace referencia al principio de personalidad pasiva¹⁸²⁶.

Finalmente, en relación con el concepto de víctima indirecta, asevera que la querellante en este caso no es considerada como tal y que por tanto, solo será atribuible al sujeto pasivo del delito, basando tal parecer en el carácter restrictivo que se ha configurado actualmente – tanto por el legislador como por el poder judicial – de la JU caracterizándose por una aplicación excepcional que no le permite a la AN en este caso extender el termino de víctima más que al sujeto pasivo del delito, mencionando el art.1 y 4 de la Ley 29/2011 de 22 de diciembre¹⁸²⁷ como justificación de tal consideración, dado que para la sala, los familiares según el parentesco o relación con el causahabiente tendrán derechos preparatorios, asistenciales, indemnizatorios o solamente honoríficos, añadiendo

¹⁸²⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 297/2015 de 8 de mayo.

¹⁸²⁶ Ver la Sentencia ut supra en FJ decimocuarto y el FJ cuarto del Auto de la AN analizado.

¹⁸²⁷ Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. «BOE» núm. 229, de 23 de septiembre de 2011, páginas 100566 a 100592 (27 págs.).

a su vez que el art.75.1 del Estatuto de Roma¹⁸²⁸ prevé prácticamente lo mismo y finalmente descarta por completo la consideración de víctima indirecta aplicando la Ley 4/2015 de 27 de abril¹⁸²⁹, afirmando la existencia del orden de prelación excluyente que alegaba el MF.

5. VOTOS PARTICULARES DE LA SALA.

Lo expuesto en el auto de estimación del recurso del MF, como no podía ser de otra manera, resultó controvertido para una parte de la sala que no conforme con el mismo emitió su contraria interpretación mediante dos votos particulares:

En el primero: Se recuerda el verdadero significado de la JU, discrepando con el criterio interpretativo del resto de la sala, mencionando que el fin de la JU es la lucha contra la impunidad ante las violaciones más graves de derechos humanos ya sea por particulares, por autoridades de Estado o por los Estados, operando el sistema de complementariedad del Estatuto de Roma¹⁸³⁰ para la jurisdicción de los tribunales nacionales en los casos en que no exista una persecución eficaz en otro Estado, planteando la obligatoriedad de persecución para crímenes de guerra que disponen los cuatro Convenios de Ginebra, y el sistema de JU implícito en otros Tratados internacionales¹⁸³¹. Realiza un breve resumen de lo expuesto en las Sentencias del TC¹⁸³² sobre JU, donde se declaró la inconstitucionalidad de la norma con requisitos de conectividad mucho menos restrictivos que los actuales, considerando que se vulnera el derecho de acceso al proceso estableciendo que no se pueden condicionar por condiciones impuestas

¹⁸²⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002, páginas 18824 a 18860 (37 págs.)

¹⁸²⁹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. «BOE» núm. 101, de 28/04/2015.

¹⁸³⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002, páginas 18824 a 18860 (37 págs.)

¹⁸³¹ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984. «BOE» núm. 268, de 9 de noviembre de 1987, páginas 33430 a 33436 (7 págs.) Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. «BOE» núm. 34, de 8 de febrero de 1969, páginas 1944 a 1945 (2 págs.) Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero de 2011, páginas 18254 a 18271 (18 págs.)

¹⁸³² Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 227/2007, de 22 de octubre.

en los sujetos¹⁸³³ y con normas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción, cuando sean innecesarios, excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad¹⁸³⁴.

Lo siguiente que se analiza es la calificación del delito de terrorismo, entendiendo que no es una calificación forzada si no que en el caso de no poder atribuirse la competencia para el delito de lesa humanidad, siendo lo idóneo, no se puede descartar directamente la atribución de competencia para el resto de las conductas delictivas que se cometen.

Finalmente, en el voto particular se realiza una amplia labor de interpretación del concepto de víctima con base en legislación estatal, europea e internacional, - merecedor de un análisis específico - dejando en claro que la querellante es víctima del delito y considerando que no hay justificación jurídica para llevar a cabo una interpretación tan restrictiva, determinando que tal labor limitadora afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva puede considerarse como una vulneración del art. 24.1 y no solo eso, también deja en claro que ante la negación del conocimiento de los hechos estaría vulnerando los derechos del CEDH¹⁸³⁵.

En el segundo voto particular, se discrepa en torno al concepto de víctima del delito en la querellante y el sistema de prelación excluyente que alegaba el MF, plasmando el relato de los hechos donde se manifiesta como la esposa del fallecido lleva a cabo una labor exhaustiva en la búsqueda de su cónyuge, sin obtener ninguna información y habiendo tenido acceso a las fotografías presentadas la querellante gracias a exiliados sirios y no habiendo podido enseñarlas a la esposa del fallecido hasta el año 2016 por cuestiones de seguridad. Por lo cual, según el relato de los hechos, aunque exista un orden de prelación excluyente, no operaría en este caso por la imposibilidad del ejercicio de una

¹⁸³³ FJ 8 de la STC núm. 237/2005.

¹⁸³⁴ FJ 5 de la STC núm. 4/1988 de 12 de enero y FJ 7 de la STC núm. 141/1988 de 29 de junio.

¹⁸³⁵ Art. 3, 6 y 13 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 («BOE» número 243, de 10 de octubre de 1979), con las modificaciones introducidas por el protocolo número 11, relativo a la reestructuración de los mecanismos de control establecidos en el Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 («BOE» número 152, de 26 de junio de 1998).

acción penal cuando su Estado continúa en el mismo régimen de violencia generalizada desde hace seis años, lo que conllevaría a equiparar tal imposibilidad con la inexistencia de víctimas directas que preceden en orden. Y añade, que no solo existe una imposibilidad en el propio Estado, sino también ante la Corte Penal Internacional haciendo remisión a lo expuesto por el JCI¹⁸³⁶, con lo cual refuerza la necesidad de reconocer como víctima a la querellante.

Por otro lado, los magistrados consideran necesario el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, en relación con los apartados 4, 5 y 6 del art. 23 de la LO 1/2014 de 13 de marzo y el art. 24, 10.2 y 96.1 CE, estimando la concurrencia de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad del planteamiento de acuerdo con lo establecido por el propio TC¹⁸³⁷, y hacen hincapié en la necesidad de la interpretación de la norma por el TC aunque el TS estime en las Sentencias mencionadas lo contrario y considere que nos encontramos ante un nuevo modelo muy restrictivo de JU que se aplica de forma excepcional.

6. CONCLUSIONES

En torno a la labor del MF, desde mi punto de vista, es realmente cuestionable, principalmente porque lleva a cabo unos grandes esfuerzos de interpretación contraria con lo expuesto por el TC y en los Tratados Internacionales, con el fin de no atribuir la competencia al órgano judicial. Seguidamente, por la aplicación de la Ley 29/2011, cuando tal texto legislativo no regula la consideración de la víctima, sino que determina cuales son los titulares del derecho a prestaciones de diversas índoles por haber sufrido algún acto terrorista, dejando a un lado lo previsto en las leyes europeas e internacionales y en el propio Estatuto de la víctima, que es interpretado de forma contraria a la exposición de motivos y la Directiva 2012/29/UE transpuesta en la misma.

El auto de la AN se remite constantemente a una nueva configuración restrictiva de la ley como fundamento, no actuando conforme a lo interpretado por el TC

¹⁸³⁶ Véase antecedentes de hecho tercero del Auto de 27 de marzo de 2017 del JCI nº6 y págs. 2 y 3 del presente texto.

¹⁸³⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia 73/2004 de 22 de abril y Sentencia 140/1993 de 19 de abril.

sobre dicha ley. La restricción de la JU por el legislador ya era bastante criticable, pero la interpretación que se otorga por la AN acerca de la nueva configuración de dicho principio es tan restrictiva que la desnaturaliza por completo. Sorprende de forma evidente como la mayoría de la sala de la AN vive ajena a la realidad, al determinar que los hechos cometidos no son constitutivos de un delito de terrorismo, porque no se ha demostrado que siembre el terror en la población, le recomendaría la lectura de los informes de la Comisión Internacional Independiente sobre la República Árabe.

La labor interpretativa del TS en las sucesivas sentencias que se utilizan como base para el pronunciamiento del Auto, es exageradamente restrictiva que plantea la cuestión no solo a los magistrados, sino también a cualquier lector sobre los límites entre la interpretación para la delimitación de una norma y la restricción del derecho de acceso a la justicia y más aún cuando son los derechos humanos los que se vulneran. Por lo que con la nueva interpretación otorgada por el TS, realmente el principio de jurisdicción universal es totalmente inaccesible y parece más un principio de personalidad activa, que ya está regulado, dejando a las víctimas nacionales españolas totalmente desprotegidas, ya que no está regulado el de personalidad pasiva.

Por todo lo expuesto, considero necesario el pronunciamiento por parte del TC en diversas cuestiones como, el incumplimiento con los Convenios de Ginebra, y por ende de la CE, el derecho a la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. No pudiendo, desde mi punto de vista, existir una normativa que prevea dependiendo del tipo delictivo unas condiciones *sine qua non* basadas en particularidades de los sujetos para determinar o no el acceso a la justicia, porque con ello no solo que se genera una inseguridad jurídica en las víctimas que no saben a qué atenerse, sino que se les otorga un grado de protección diferente a unas y otras favoreciendo solo la impunidad. Reflejo de tal necesidad es el carácter tan discrecional con el que se ha actuado ante este procedimiento necesitado de una modificación de dicha normativa o del pronunciamiento del TC o el TEDH ante la vulnerabilidad o no de los derechos fundamentales en la consideración de víctima y en el derecho al acceso a la justicia.

Finalmente, debo añadir que la redacción de la LO 1/2014 de 13 de marzo genera ciertas dudas en torno a la acumulación o no de requisitos, al significado de encontrarse el sujeto pasivo en España y sus consecuencias para el caso de dictar una orden de busca y captura cuando solo es aplicable a residentes, al momento de interposición de querrela cuando el autor transite por el Estado español y el cumplimiento o no del requisito, y obviamente en la sobrecarga a la víctima sobre el conocimiento de tales circunstancias, y finalmente, me surge la duda sobre la retroactividad de la norma cuando se trata de una norma procesal y no de carácter sustantivo, porque finalmente el poder legislativo se inmiscuye en el judicial determinando los procedimientos a sobreseer.

BIBLIOGRAFIA.

Auto nº 35/2017 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2017.

Auto del Juzgado Central de Instrucción nº1 de 17 de marzo de 2014.

Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.)

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, hecho en Nueva York, de 10 de Diciembre de 1984. «BOE» núm. 268, de 9 de noviembre de 1987, páginas 33430 a 33436.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero de 2011, páginas 18254 a 18271 (18 págs.)

Convenio de Ginebra I, de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña. BOE de 23 de agosto de 1952.

Convenio de Ginebra II, de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en campaña. BOE 26 de agosto de 1952.

Convenio de Ginebra III, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra. BOE de 5 de septiembre de 1952.

Convenio de Ginebra, de 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra. BOE 2 de septiembre de 1952.

Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. «BOE» núm. 34, de 8 de febrero de 1969, páginas 1944 a 1945 (2 págs.)

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 («BOE» número 243, de 10 de octubre de 1979), con las modificaciones introducidas por el protocolo número 11, relativo a la reestructuración de los mecanismos de control establecidos en el Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 («BOE» número 152, de 26 de junio de 1998).

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. «BOE» núm. 142, de 13 de junio de 1980, páginas 13099 a 13110 (12 págs.)

Decisión 2003/335/JAI del Consejo, de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, DO n° L 118 de 14/05/2003 p. 0012 - 0014.

Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. «DOCE» núm. 164, de 22 de junio de 2002, páginas 3 a 7 (5 págs.)
Derogada.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. «DOUE» núm. 315, de 14 de noviembre de 2012, páginas 57 a 73 (17 págs.)

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002, páginas 18824 a 18860 (37 págs.)

Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. «BOE» núm. 229, de 23 de septiembre de 2011, páginas 100566 a 100592 (27 págs.).

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. «BOE» núm. 101, de 28/04/2015.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 2014, páginas 23026 a 23031.

OLLÉ SESÉ, M. En Justicia Universal para crímenes internacionales. p.184-200. Ed. La Ley. Madrid, 2008. ISBN: 978-84-9725-901-9. El autor establece las características de los delitos de primer y segundo grado.

ORIHUELA CATALAYUD, E. La Jurisdicción Universal en España, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, 2016, pág. 55 ISBN: 978-84-608-4839-4.

Protocolo I, de 8 de Junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. BOE 26 DE JULIO DE 1989.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, A/RES/147 de 16 de diciembre de 2005 sobre los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre.

Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 227/2007, de 22 de octubre.

Tribunal Constitucional, Sentencia 73/2004 de 22 de abril.

Tribunal Constitucional, Sentencia 140/1993 de 19 de abril.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 869/2016 de 18 de noviembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 297/2015 de 8 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 551/2015 de 24 de septiembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 296/2015 de 6 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 797/2016 de 25 de octubre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 297/2015 de 8 de mayo.

Tutela procesal frente a los *okupas*: el nuevo procedimiento sumario de recuperación de la posesión de la vivienda

Pedro Manuel Quesada López

*Contratado Predoctoral FPU*¹⁸³⁸

Área de Derecho Procesal

Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN.

El pasado 11 de junio se firmó la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la ocupación ilegal de viviendas.

Dicha modificación estableció un nuevo proceso declarativo sumario, con el que se podrá pedir “la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social”.

Como rasgo diferenciador de este proceso es que con el traslado de la demanda para su contestación podrá pedirse la entrega de la posesión inmediata al demandante. El demandado y los ocupantes de la vivienda, si bien podrán oponerse al Auto que acuerde el lanzamiento, no podrán suspender eficazmente la medida.

Esta nueva configuración legal, si bien es la respuesta a una amplia demanda social que beneficia a los propietarios de una vivienda que pueden verse injustamente desposeídos de su hábitat. Por ello en el presente trabajo trataremos de estudiar los diferentes cauces jurídicos previstos en la legislación

¹⁸³⁸ Referencia: FPU014/04912.

penal y civil para justificar la necesidad del procedimiento, para poder afrontar un análisis de los puntos principales de la reforma.

II. EL SURGIMIENTO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN DE LA VIVIENDA ILEGALMENTE OCUPADA

1. INICIATIVA LEGISLATIVA.

Como germen de la Ley 5/2018, de 11 de junio, es preciso destacar la proposición de ley de regulación de un procedimiento específico para el lanzamiento o desalojo de las viviendas ocupadas contra la voluntad del titular, emanado de la Comisión Normativa conjunta del Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya (CICAC) y del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona de 11 de noviembre de 2016¹⁸³⁹.

La proposición originaria CICAC-ICAB partía de una premisa básica y fundamental: que ninguno de los cauces jurídicos establecidos en el Derecho español destinados a conseguir el desalojo de inmuebles cuya posesión se tomaba por la fuerza resultaba satisfactorio.

El texto puso de manifiesto la insuficiencia del sistema procesal español tanto en la tutela ofrecida por el Derecho penal como en el civil y procesal civil. Tal carencia fue avalada por la doctrina cercana a la formulación de la proposición, y en particular por PÉREZ DAUDÍ y SÁNCHEZ GARCÍA¹⁸⁴⁰, quienes subrayaron la desprotección del propietario privado ilegítimamente de la posesión de la vivienda.

Todo ello desembocó en la Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, a instancias del Partit Demòcrata el 19 de enero de 2017.

¹⁸³⁹ El autor de este capítulo desea agradecer públicamente al CICAC, y especialmente al letrado y secretario de la institución D. Albert Conesa Bausà, su cooperación en la redacción de este estudio al haber proporcionado el borrador del texto original de la proposición de ley.

¹⁸⁴⁰ PÉREZ DAUDÍ, V. Y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», *Diario La Ley*, vol. 9008, 2017, edición digital.

2. LA RESPUESTA PENAL A LA OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS.

El punto de partida del régimen penal de protección de la vivienda frente a la ocupación del inmueble sería la regulación del delito de usurpación, previsto en el art. 245 del Código penal con el siguiente tenor literal: *“1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado. 2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”*.

Este artículo comprende dos figuras delictivas. Por un lado la ocupación de un inmueble o la usurpación de un derecho real con violencia o intimidación a las personas, correspondiente al párrafo primero, que contempla dos modalidades de conducta. Por un lado, la ocupación violenta del inmueble, y por otro, la usurpación violenta de un derecho real inmobiliario. El segundo tipo delictivo es la ocupación llamada “pacífica” de inmueble que no constituya morada¹⁸⁴¹, donde no mediaría violencia o intimidación contra las personas.

En la modalidad con violencia o intimidación la doctrina entiende que el inmueble también puede ser objeto de otros delitos, como el allanamiento de morada del art. 202 del Código penal o el robo con fuerza cualificado (art. 241-1 del Código penal). No obstante, el inmueble en tales casos sería el escenario de la conducta en la que se protegen otros bienes jurídicos (como la intimidad del domicilio protegida en el art. 18-1 de la Constitución Española u 8-1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Por lo tanto, en la ocupación de un inmueble es posible la acumulación de ataques a otros bienes jurídicos protegidos por los dos delitos comentados¹⁸⁴².

¹⁸⁴¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). De la extorsión. Del robo y hurto de uso de vehículos. De la usurpación.», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.) *Sistema de Derecho penal. Parte especial.*, 2, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 491-494.

¹⁸⁴² *Ibid.*, pp. 493-494.

El delito de allanamiento de morada contenido en el art. 202 del Código penal igualmente prevé dos conductas, una que se puede ejecutar con la mera ausencia de voluntad de la persona que irrumpa en morada ajena y otro cometido con violencia e intimidación: “1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses”.

De todo lo expuesto pueden extraerse varias notas diferenciadoras. Por un lado, que el elemento típico imprescindible para la comisión del delito de usurpación violenta es que la víctima tenga sobre el bien un derecho real inmobiliario. En el delito de usurpación pacífica se requiere expresamente que el bien no constituya morada o domicilio habitual de la víctima. Por su parte en el delito de allanamiento de morada sí se requiere que el bien constituya morada, sin que sea necesario que el morador ostente un derecho real inmobiliario concreto.

Por todo ello, puede determinarse que la persona que ocupe un bien inmueble a la fuerza que constituya vivienda habitual de la víctima y además sea de su propiedad (u otro derecho real inmobiliario) puede cometer acumuladamente, en concurso ideal o medial de delitos, los delitos de usurpación violenta y allanamiento de morada con violencia o intimidación. No obstante, si la ocupación es pacífica, el propio tipo de la usurpación pacífica excluye que pueda hacerse sobre vivienda habitual (más cercano a la idea clásica de la “okupación”)¹⁸⁴³, ya que de lo contrario habría que acudir a la protección de otros delitos (allanamiento de morada contra la voluntad del morador sin

¹⁸⁴³ QUINTERO OLIVARES, G., «Comentario al artículo 245», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 645, el cual interpreta que el tipo del art. 245-2 no deba ser una casa habitada, pudiéndose incluir las viviendas de utilización temporal que durante la mayor parte del tiempo estén vacías. Este autor señala dos notas principales para excluir a la vivienda del tipo: por un lado, que el inmueble esté totalmente abandonado. Por otro lado que exista una persona con capacidad de autorizar la ocupación o uso del inmueble cuyo permiso no se tiene.

violencia del art. 202-1 CP). Por lo tanto, en los casos de ocupación “pacífica” el ámbito de aplicación de la norma es más restringido.

Del marco de delitos establecidos por el Código penal se desprende fácilmente que la multitud de supuestos que pueden derivarse de la casuística pueden tener diferentes encajes en función de la dispar interpretación de los elementos que conforman el tipo. En particular adquieren especial relevancia dos: el de morada (o vivienda habitual) y el de violencia o intimidación para ocupar o usurpar la misma. Se entiende que la violencia o intimidación en la usurpación debe dirigirse contra las personas, correspondiéndose con los elementos para el robo con violencia o intimidación y pudiendo recaer sobre el dueño del inmueble, el titular del derecho real usurpado o un tercero¹⁸⁴⁴, y por tanto no contra las cosas.

Pero el concepto penal de violencia previsto en la norma se ceñiría a la violencia contra las personas. La acción de ocupación quedaría más diferenciada. Esta es señalada por la jurisprudencia penal como la que comprendería el ejercicio de los actos materiales propios del contenido del dominio: la entrada en el lugar, su cerramiento o cercamiento, la realización de obras en él o el aprovechamiento de sus posibilidades económicas por parte del usurpador (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 17^a, núm. 145/2004 de 20 febrero. JUR 2004\260867)¹⁸⁴⁵.

La fuerza en las cosas para acometer la ocupación (rotura o forzamiento de puertas, ventanas) no es entendida por la doctrina como subsumible en la violencia descrita por el tipo de usurpación. Se ha descrito como inidónea, en el sentido que sólo con fuerza en las cosas el delito de usurpación sería atípico. Si

¹⁸⁴⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). De la extorsión. Del robo y hurto de uso de vehículos. De la usurpación.», cit., p. 493. En igual sentido QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial.*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 520, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial.*, 20, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 364.

¹⁸⁴⁵ En similar sentido las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Valladolid (Sección 4^a), núm. 183/2016 de 16 junio. JUR 2016\186566; de Madrid (Sección 16^a), núm. 862/2013 de 26 diciembre. JUR 2014\55170; de La Rioja (Sección 1^a), núm. 97/2010 de 31 marzo. ARP 2010\878; de Cantabria (Sección 3^a), núm. 278/2016 de 29 septiembre. JUR 2017\58855 o Zaragoza (Sección 1^a), núm. 149/2016 de 6 mayo. JUR 2017\85467, entre otras.

sólo se acredita la actuación del ocupante contraria a la voluntad del sujeto propietario del inmueble ocupado, no habría delito¹⁸⁴⁶.

La consecuencia de todo ello es que la usurpación empleando fuerza en las cosas sin violencia o intimidación contra las personas constituiría solamente el tipo de la ocupación “pacífica” del art. 245-2¹⁸⁴⁷.

Al tener la violencia un contenido determinante del delito, y su ausencia conlleva o bien la atipicidad o bien el encaje en el tipo de ocupación pacífica (en función de las circunstancias), la propia doctrina penal se remite a la posibilidad de ejercitar acciones civiles orientadas a restablecer la integridad o el pacífico disfrute de los derechos patrimoniales vulnerados¹⁸⁴⁸. Por ello, la ilegalidad en la ocupación de un inmueble no tiene por qué significar que las actuaciones del ocupante tengan naturaleza delictiva a los efectos del Código penal.

De este modo, la doctrina procesal ha considerado que la regulación penal del delito de usurpación es insuficiente para garantizar al propietario el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸⁴⁹. No sólo por el carácter limitativo del tipo penal, sino por las múltiples vicisitudes para la aplicación del mismo, como la posible apreciación del eximente de situación de necesidad (Sentencia de la sección 3.^a de la AP de Madrid número 159/2016, de 23 de marzo) o la absolución al imputado por haberse quedado acreditado que el ocupante había pagado a un tercero para vivir allí (Sentencia de la Sección 29 de la AP de Madrid número 486/2016, de 29 de septiembre).

Aun así los tribunales han posibilitado el desalojo del ocupante del inmueble como medida cautelar en los procesos penales incoados por el delito de usurpación pacífica. Por ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1.^a) núm. 469/2010 de 29 de septiembre (ARP 2011\71), que

¹⁸⁴⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial.*, cit., p. 520.

¹⁸⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial.*, cit., p. 364, MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.», en LAMARCA PÉREZ, C.: ALONSO DE ESCAMILLA, A.: MESTRE DELGADO, E. Y OTROS (coords.) *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3, Majadahonda, Madrid, Colex, 2015, pp. 355-356.

¹⁸⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, G., «Comentario al artículo 245», cit., p. 643.

¹⁸⁴⁹ PÉREZ DAUDÍ, V. Y OTROS, «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», cit., edición digital.

entiende incluidos los presupuestos para el delito de usurpación pacífica¹⁸⁵⁰, el Auto de la AP Sevilla (Sección 1ª), núm. 771/2009 de 25 noviembre (JUR 2010\62253) o el Auto de la AP de Madrid, Sección 5ª, núm. 1153/2005 de 20 abril, JUR 2005\269835. No obstante la jurisprudencia penal es contradictoria, pues otros órganos jurisdiccionales (como la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona núm. 434/2001 de 6 noviembre. ARP 2001\688) han entendido por el contrario que el art. 245.2 del Código Penal debe interpretarse restrictivamente, en tanto que el derecho penal es la última ratio del *ius puniendi* del Estado. Además, la posesión por ocupación pacífica no tendría –a juicio del JP– por qué causar perjuicio económico de clase alguna a los sucesivos titulares del inmueble, ya que la posesión y uso real era inexistente antes de ser utilizado por los acusados (argumento claramente criticable). El Juzgado barcelonés incluso llega a considerar que en los casos de usurpación pacífica resultaría más adecuado acudir a la vía civil: *“En el caso sometido a juicio, resulta evidente que el desalojo de la finca por parte de sus moradores coyunturales hubiera podido obtenerse sin mayores dificultades por la vía civil, si la propiedad consideraba que carecían de título o buena fe”*. De este modo, la vía de las medidas cautelares en el proceso de

¹⁸⁵⁰ *“Para adoptar la medida cautelar solicitada deben darse indicios de criminalidad contra determinadas persona a las que afecte la adopción de las medida cautelares, y conforme al tipo objeto de imputación del 245.2 del CP dedicado a la ocupación de inmuebles ajenas sin autorización, se precisa: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia -extremo reconocido por todos los imputados-. b) Que el realizador de esa ocupación carezca de título jurídico alguno que legitime esa posesión, pues en el caso de que inicialmente hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque sea temporalmente y en calidad de precarista, el titular de la vivienda o edificio deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles para recuperar su posesión -extremo reconocido por todos los imputados-. c) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio "contra la voluntad de su titular", que en tal caso deberá ser expresa -basta la remisión al contenido de la denuncia y actuación policial (folio 11 y siguientes de la causa). d) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio -todos los imputados reconocieron no poseer título habilitante para poseer el inmueble y la ajeneidad del mismo-. El bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la posesión, es decir, una relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa derivada de su condición de propietario de ella. Se afirma, por último, que el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no resulta de aplicación al caso presente por cuanto no se ha acreditado su necesidad y urgencia, así como tampoco la existencia de ningún perjuicio. Ahora bien, ciertamente si se ha producido y se produce un delito de usurpación no parece razonable que el hecho punible continúe desplegando efectos hasta el pronunciamiento de la sentencia. El delito de usurpación es un delito permanente y caso de que se considere su existencia en el caso concreto pueden adoptarse las medidas oportunas para evitar que continúe la situación ilícita. Por tanto, esta medida cautelar no tiene por objeto garantizar el buen fin del proceso o el cumplimiento de una sentencia futura sino dar fin a la comisión del hecho delictivo”*.

usurpación pacífica en la jurisdicción penal puede no dar una protección adecuada o favorable.

Pero la desprotección se pone aún más de relieve cuando la respuesta del Derecho penal incluso castiga a la víctima de la ocupación ilegal de la vivienda. Y esto es así porque el propietario de la vivienda ocupada debe seguir afrontando los gastos de electricidad, calefacción o agua del domicilio ocupado. De lo contrario podría ser considerado autor de un delito de coacciones agravadas al tener por objeto *“impedir el legítimo disfrute de la vivienda”* del art. 172-1 párrafo 3º del Código Penal. Esta es la postura seguida por la jurisprudencia, que incluso reconoce la injusticia de tal situación.

Citamos, a modo ejemplificativo, la Sentencia de la AP de Cantabria (Sección 1ª) núm. 334/2012 de 16 julio (JUR 2012\385749), si bien aplicado a un impago de arrendamiento (aplicable *mutatis mutandi* a una situación de ocupación ilegal, si la vivienda ilegalmente ocupada acaba convirtiéndose en la morada del ocupante): *“la conducta consistente en cortar o interrumpir el suministro de energía eléctrica a una vivienda por parte del propietario de la misma, como medida de retorsión ante el hecho de que el inquilino haya dejado de abonar la renta y otros gastos (...) constituye el ilícito penal de coacción. Esta situación, injusta a todas luces, sin embargo no puede justificar la conducta consistente en acudir a la vía de hecho interrumpiendo el suministro de energía eléctrica a la vivienda¹⁸⁵¹ - pese a que no se abona por el arrendatario-, debiendo la arrendadora iniciar el correspondiente procedimiento para recuperar la posesión del inmueble de su propiedad y reclamar los importes adeudados por el inquilino”¹⁸⁵²*, así como SAP de Murcia (Sección 2ª), núm. 64/2002 de 29 abril (JUR 2002\157031) o la SAP de León (Sección 3ª), núm. 12/2004 de 24 septiembre (JUR 2004\277650).

¹⁸⁵¹ El subrayado es nuestro.

¹⁸⁵² En contra, vid Auto de la AP de Girona (Sección 4ª) núm. 543/2016 de 29 septiembre (JUR 2017\52326): *“el legislador ha querido que sea en el marco de la referida Ley y su desarrollo reglamentario donde se resuelvan el tipo de conflictos planteado por la apelante, debiendo confirmarse por ello la decisión de la juez de instrucción, que está inspirada en el principio de intervención mínima del Derecho penal, siendo fácilmente imaginable lo que sucedería si cuestiones relacionadas con el incumplimiento de los contratos de suministros esenciales para la comunidad, tuviesen que ser resueltos por la jurisdicción penal”*.

En definitiva, mientras que la ocupación no consentida en la vivienda con fuerza en las cosas constituye la máxima manifestación de la vía de hecho, no siempre tutelable penalmente, la reacción de hecho de la víctima que sea propietario en defensa de sus derechos sí que podría llegar a constituir ilícito penal.

3. LAS VÍAS PREEXISTENTES EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL PARA LA RECUPERACIÓN DE LA VIVIENDA.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la Ley 5/2018, de 11 de junio, establecía cuatro categorías de procedimientos sumarios cuya consecución llevaría aparejada el lanzamiento (despojo de la posesión por fuerza judicial, en su quinta acepción de la RAE) del ocupante de una vivienda¹⁸⁵³.

En primer lugar destacarían los juicios de desahucio de naturaleza arrendaticia. Estos procedimientos tendrían como presupuesto la suscripción de un arrendamiento, de naturaleza rústica o urbana, respecto del cual el arrendatario no paga la renta o expira el plazo legal o contractual, como se establece en el art. 250.1.1.º LEC. En definitiva, una institución de origen y naturaleza contractual, protegida por el derecho.

En segundo lugar, el desahucio precario. En este procedimiento (art. 250.1.2.º LEC) el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca pretendería la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario. La figura del precario, sólo regulada procesalmente, puede entenderse como la mera posesión tolerada o graciosa de un inmueble, basada en el puro ánimo liberal del concedente sin que el beneficiario (o precarista) tenga que pagar renta¹⁸⁵⁴. Aun siendo una institución de hecho no presupone una ocupación ilegal o no consentida a manos del propietario o titular del derecho real, sino todo lo contrario, tolerada por el mismo.

¹⁸⁵³ CARRILLO FUILLERAT, D., «Procedimientos que llevan aparejado el lanzamiento», *Diario La Ley. Sección Tribuna*, vol. 9289, 2018, edición digital.

¹⁸⁵⁴ MARTÍNEZ GALLEGOS, E., «Desahucio por precario», *Actualidad Civil*, vol. 7, 1, 2008, p. 719.

Por ello, la proposición de ley de 2016 la Comisión Normativa CICAC-ICAB entendió que, si bien la vía del desahucio precario es habitualmente empleado en la práctica para recuperar la posesión, en puridad en la ocupación no consentida no existe la figura del precario, al no haber un uso tolerado del propietario o titular del derecho de posesión del inmueble (nota característica de dicha institución). El fundamento del uso tolerado por el propietario como distinción entre la ocupación y el precario es igualmente apuntada por la doctrina¹⁸⁵⁵.

En el tercer grupo de procedimientos se encontrarían los procedimientos de naturaleza posesoria. Aquí se incluiría el genérico procedimiento de reintegración de la posesión o antiguo interdicto posesorio, regulado en el art. 250.1.4.º LEC, en el que el propietario reclamaría la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. Igualmente se incluirían el procedimiento posesorio hereditario del art. 250.1.3.º LEC, que perseguiría la puesta en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia, o los procedimientos en los que se persiga adquirir (art. 250.1.3.º LEC) o de retener y recobrar (igualmente previsto en el art. 250.1.4.º LEC).

Finalmente en el cuarto grupo cabría incluirse los incidentes de puesta en posesión derivados de procesos de ejecución. Aquí se incluiría el incidente al que se encuentra legitimado el ejecutante pidiendo, antes de anunciarse la subasta, que el Tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble (art. 661 LEC) y el incidente de puesta en posesión del adquirente tras la adjudicación del inmueble subastado (art. 675 LEC).

Pero la proposición de ley de 2016 la Comisión Normativa CICAC-ICAB entendió que los enunciados cauces procesales resultaban insuficientes para pretender una tutela sumaria frente a la ocupación no consentida de un inmueble. Por un lado, para acceder a algunos de dichos procedimientos se requiere unos presupuestos previos bien de naturaleza contractual o de

¹⁸⁵⁵ PÉREZ DAUDÍ, V. Y OTROS, «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», cit., edición digital.

consentimiento (desahucio arrendaticio o precario), o ejecutiva. Y la demanda para recuperar la tutela sumaria de la posesión (procedimientos de naturaleza posesoria) tendrían a juicio de la Comisión Normativa dos limitaciones: la aplicación del plazo de caducidad de la acción posesoria un año a contar desde que se produce el despojo del art. 439; y por otro la necesidad de acreditación de un estado posesorio previo, que puede no producirse en numerosas ocasiones (recibimiento del inmueble por herencia o adquisición en una ejecución o concurso de acreedores, párrafo 5º de la propuesta de la Comisión Normativa).

En cualquier caso el Código Civil sí establece en su artículo 441 una imposibilidad amplia para adquirir la posesión de hecho o de forma violenta, al establecerse que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello, que el Derecho procesal debe garantizar de la forma más garantista y ágil posible.

Y es que como señalan algunos autores, la ocupación no consentida ni tolerada, no es título de acceso a la posesión de una vivienda ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna del art. 47 de la Constitución. Por ello, a pesar de la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, la jurisdicción civil y penal debe garantizar el establecimiento de los cauces legales oportunos para recuperar las viviendas ilegalmente ocupadas¹⁸⁵⁶.

III. CONTENIDO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO Y ESPECIALIDADES PROCESALES AL PROCESO SUMARIO DE DESPOJO O PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN.

Las especialidades procesales establecidas en la nueva Ley 5/2018, de 11 de junio dotan de una nueva dimensión más concreta y especializada al tradicional proceso sumario o interdicto de despojo o perturbación en la

¹⁸⁵⁶ URRUTIA SAGARDÍA, E., «Medidas para la recuperación inmediata de la ocupación ilegal de viviendas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, vol. 942, 2018, p. 6.

posesión, que como hemos comentado se ha encontrado regulado tradicionalmente en el art. 250.1.4.º LEC¹⁸⁵⁷.

El primer precepto modificado es un nuevo apartado (cuarto) al art. 150 LEC, en virtud del cual *“Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados”*. Este texto no se propone en la redacción original de la proposición CICAC-ICAB, sino que se incorpora como enmienda en el Senado durante la tramitación de la ley (enmienda 6ª) por el Grupo Parlamentario Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea, bajo la justificación de concretar las actuaciones que se pretende que realicen los servicios públicos competentes en materia de política social a fin de garantizar que no se produzca ninguna situación de desamparo. Consideramos que este precepto no se aplicaría exclusivamente al nuevo procedimiento sobre ocupación ilegal de inmuebles, ya que por su ubicación (en el artículo relativo a la notificación de resoluciones procesales) se haría extensible a todos los procedimientos que tuviesen como resultado el lanzamiento de un ocupante de una vivienda, con independencia de la forma de ocupación y el título preexistente.

El segundo precepto modificado correspondería al art. 250, añadiéndose un segundo párrafo al párrafo 4º del apartado primero, en virtud del cual *“Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social”*. El proyecto original CICAC-ICAB comprendía gran amplitud en el elenco de personas con legitimación activa para instar la puesta en posesión, bastando con ser el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la

¹⁸⁵⁷ De hecho, algunos autores afirman que no se trata de un procedimiento nuevo, sino de una variante del interdicto de retener y recobrar la posesión del art. 250.1.4 LEC. Vid. SCHUMANN BARRAGÁN, G., «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas.», *Diario La Ley*, vol. 9264, 2018, edición digital.

vivienda. El Proyecto presentado por el Partit Demòcrata matizó la legitimación activa al hecho de que “se trate de personas físicas, o bien de entidades sociales y de administraciones públicas tenedoras de un parque de vivienda de alquiler social”. Finalmente, con una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (enmienda 7) se limitó al texto actual, es decir, a personas físicas o entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseer la vivienda. De hecho, algunos autores consideran criticable la restricción del nuevo procedimiento posesorio a entidades con ánimo de lucro por constituir una diferencia injustificada ante el titular de la propiedad a los efectos del art. 33 CE, obligando a acudir a un cauce insatisfactorio¹⁸⁵⁸.

El carácter limitado del procedimiento tendría una consecuencia directa, y es la posible restricción de acudir a la vía del desahucio precario a las personas excluidas del ámbito de la reforma operada por la Ley 5/2018. Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha venido interpretando el concepto de precario de forma amplia, más allá de los límites tradicionales, incluyendo la posesión sin título (concepto en el que podrían caer los “okupas”): *“una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho”*¹⁸⁵⁹. La especificación del legislador podría provocar la decadencia de tal doctrina del Tribunal Supremo, en tanto que se da por bueno el cauce procesal de aquel precepto para supuestos de concepto amplio de precario¹⁸⁶⁰. Se hace por tanto, necesario, que el legislador delimite el cauce jurídico a seguir por las personas que, no siendo legitimadas activas para

¹⁸⁵⁸ Vid. JIMÉNEZ PARÍS, J. M., «Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas», *Diario La Ley*, vol. 9262, 2018, edición digital. En igual sentido vid. SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Las acciones civiles frente a la ocupación ilegal de inmuebles tras la Ley 5/2018, de 11 de junio», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 46, 2018, edición digital.

¹⁸⁵⁹ Vid. SSTS (Sala 1ª) nº 110/2013, 28 de febrero (RJ 2013, 2162) ; 557/2013, 19 de septiembre (RJ 2013, 7428) y 545/2014, de 1 de octubre (RJ 2014, 4613).

¹⁸⁶⁰ FRAGA MANDÍAN, A., «La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas: Aspectos de interés», *Editorial jurídica Sepín*, 2018, edición digital.

acudir al cauce del procedimiento para la ocupación ilegal de viviendas, sufran una ocupación ilegal.

De hecho algunos tribunales, como la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 4ª) en su reciente jurisprudencia (sentencia núm. 659/2018 de 11 octubre, JUR 2018\279197) han considerado que, aun regulándose el nuevo procedimiento de ocupación ilegal de viviendas, si el particular opta por ejercitar una demanda de desahucio por precario en base al artículo 250.1.2º de la LEC, acudir a la vía del desahucio precario no significa que el procedimiento sea inadecuado. Esta interpretación reconocería la libertad de opción de las dos vías procesales al propietario del inmueble, sin que el concepto jurisprudencial amplio de precario se vea modificado por la nueva Ley.

El requisito establecido para que las personas comprendidas en el nuevo art. 250-1 párrafo 4º-2 puedan acceder al procedimiento serían dos: 1.- que se hayan visto privados de la vivienda sin su consentimiento y 2.- que sea propietaria o poseedora legítima por otro título. Respecto al primer requisito el artículo no hace alusión a la forma en la que se privaría de la posesión, pudiendo ser la vía de la fuerza en las cosas, violencia contra las personas, o simplemente la mera desaprobación o ausencia de consentimiento del propietario, manifestada de cualquier forma¹⁸⁶¹. El tenor del artículo tampoco obliga a que la vivienda a recuperar sea la habitual o vacacional, en tanto que no distingue si debe tratarse de viviendas vacías o habitadas¹⁸⁶². Respecto al segundo párrafo, entendemos que además de la propiedad se incluirían en el ámbito objetivo de la norma todos los derechos que en base a la legislación civil concedan la posesión (arrendamiento, usufructo, servidumbres...). No se incluiría la recuperación de

¹⁸⁶¹ En este sentido la doctrina entiende necesario precisar qué debe tenerse en cuenta como ausencia del consentimiento a la hora de acceder al procedimiento, pudiendo diferenciarse entre la posesión sin título previo (acceso violento o clandestino), quien ostentaba título previo (arrendatario) o quien sin título contaba con el simple consentimiento del propietario (como el precario). Vid. BASTANTE GRANELL, V., «Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos «ocupa» y «ocupado»», *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 47, 2018, edición digital.

¹⁸⁶² Como resume CABRERA MERCADO, R., «Entrevista en ¿Qué puedes y qué no puedes hacer si «okupan» tu casa?», *Diario Sur*, 2018, Málaga, fecha de consulta en <https://www.diariosur.es/malaga/puedes-puedes-okupan-20180901194412-nt.html>, edición digital.

la finca cedida en precario, tanto por carecer de regulación sustantiva civil (su protección es meramente procesal) como por seguir conservando su régimen jurídico y especialidades.

Al art. 437 LEC se incorpora un apartado 3º bis que introduce importantes modificaciones en lo que respecta a la legitimación activa en los procesos civiles. En este tipo de procedimientos, la demanda podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación¹⁸⁶³. Esta novedad constituye una clara excepción a la regla que impera el proceso civil, en base a la cual constituye una carga del demandante consignar en la demanda los datos y circunstancias de identificación del demandado en base a los arts. 155 y 399-1 de la LEC.

Del texto, además de la introducción del nuevo art. 441-1 bis se interpreta que continúa siendo obligatorio proceder a la notificación de parte en base al art. 150, pero contemplando la posibilidad de que a lo largo del proceso la persona contra la que se dirija el proceso pueda ser otra o no quiera manifestarse (*“la notificación se hará a quien se encuentre habitando aquélla. Se podrá hacer además a los ignorados ocupantes de la vivienda”*). Si bien esta medida puede constituir una respuesta al posible fraude de cambio de personas empleado por ocupantes para dilatar el procedimiento, quizás hubiese sido preferible, al igual que ocurre en la subasta del proceso de ejecución, establecer un portal web donde se publiquen los procesos de esta naturaleza iniciados para evitar perjuicios a adquirentes de buena fe (piénsese, por ejemplo, en la vivienda arrendada a un tercero por un ocupante o publicitada en una página web o aplicación que simule ser el legítimo propietario, existiendo un procedimiento en curso).

Además se establece como presupuesto de procedibilidad que a la demanda se deberá acompañar el título en que el actor funde su derecho a poseer.

¹⁸⁶³ Introducido a la Proposición de Ley por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, a través de la enmienda nº 8, bajo la justificación de regular el problema de la legitimación pasiva en este tipo de procedimientos.

De este modo la ley exige un principio de prueba documental, sin la cual se carecerá de la posibilidad de acceso al procedimiento.

El procedimiento se sustanciaría conforme al art. 441-1 bis. En el decreto de admisión de la demanda se requerirá a los ocupantes que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación, el título que justifique su situación posesoria. Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Contra el auto que decida sobre dicho incidente no cabrá recurso alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda.

La redacción de este artículo se ha ido igualmente diluyendo en lo que respecta a la propuesta original. Tanto en la propuesta original CICAC-ICAB como en la Proposición de Ley se planificó que el Tribunal debía acordar de forma simultánea con el traslado de la demanda para su contestación la entrega de la posesión inmediata al demandante sin exigir caución ni concurrencia de peligro por la mora procesal, como medida cautelar específica al catálogo establecido en el art. 727 LEC, quedando al demandado como vía la oposición al Auto de medidas cautelares en la forma establecida en el art. 739 LEC. Tal proposición fue corregida a través de la enmienda presentada por el Grupo Popular en el Congreso de los Diputados (enmienda 11), quedándose en el texto hoy aprobado.

Con el trámite actualmente regulado se pretende que el Tribunal no proceda a lanzar a los ocupantes hasta que demuestren, en un breve plazo de cinco días, los posibles documentos habilitantes de la posesión. Al igual que con el demandante, se exige un medio de prueba escrito. Igualmente el legislador vuelve a aplicar la “técnica monitoria”¹⁸⁶⁴: se deja un plazo al demandado para

¹⁸⁶⁴ La similitud con el proceso monitorio es puesto de relieve por ARIZA COLMENAREJO, M. J., «Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas», *Diario La Ley*, vol. 9245, 2018, edición digital. Según la autora, no queda claro muy claro si el legislador ha pretendido implantar un proceso sumario (más similar al desahucio arrendaticio), o un proceso similar al monitorio en el que la aportación documental del título en que el actor funda su derecho a poseer es suficiente para ejecutar el auto de inmediata entrega de la posesión de la vivienda.

que conteste oponiéndose, atribuyendo un valor a la incomparecencia (decretándose inmediata entrega de la posesión de la vivienda y lanzamiento).

En la fase inicial y una vez resuelto el incidente derivado del traslado de la demanda el tribunal decidiría el estado posesorio por medio de Auto. Tal sería la sustanciación de la fase inicial. Pero la técnica monitoria no sólo se aplica a la notificación de la demandada (con la obligación inicial del demandado de presentación de documentos justificantes de la oposición), sino igualmente a la contestación a la demanda. Y es que igualmente se incorpora un art. 444-1 bis, en base al cual si el demandado o demandados no contestaran a la demanda en el plazo legalmente previsto, se procederá de inmediato a dictar sentencia. El legislador, consciente de la necesaria independencia del Poder Judicial, no establece límites al contenido de la sentencia, si bien se desprende que de las resultas del procedimiento y ante la pasividad del demandado tenderá a ser de condena, y habilitaría al lanzamiento.

Igualmente, y como proceso de naturaleza sumaria se limitan las causas de oposición del demandado, pudiendo únicamente fundarse la contestación de la demanda en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor. En este sentido, entendemos necesariamente aplicable la carencia de efecto de cosa juzgada previsto en el art. 447 LEC.

Y para facilitar la celeridad, expresamente se prevé que la sentencia estimatoria de la pretensión permitirá su ejecución -previa solicitud del demandante- sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el artículo 548 LEC.

De todo ello es posible realizar una crítica de constitucionalidad, tanto por la posible vulneración al Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del art. 18-2 de la Constitución como el Derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la misma¹⁸⁶⁵. De hecho, la Ley 5/2018 está siendo objeto de recurso de

¹⁸⁶⁵ No en vano algunos autores apuntan a una posible colisión en el mandato del derecho a una vivienda digna (art. 47) y al propio tiempo el principio del respeto a la propiedad privada (art. 33) ante la falta de una completa regulación que traslade tales principios al derecho sustantivo español y su reflejo en las respectivas leyes procesales civiles y penales. Vid. CONTIJOCH

inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, admitido a trámite por providencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 2018 (BOE núm. 245, de 10 de octubre de 2018, Sec. I, p. 98348)¹⁸⁶⁶. No obstante, la mejor doctrina entiende subsanado dicho escollo en tanto que el presunto ocupante sigue conservando plenamente su derecho a un proceso con todas las garantías, en tanto que cuenta con tres ocasiones en las que tendría la posibilidad de ser oído en el proceso. Por un lado el incidente inicial derivado de la admisión en el que tendría un plazo de cinco días para contestar al requerimiento efectuado por el Juzgado para aportar su título de posesión. Por otro en la contestación a la demanda; y por último en el incidente de audiencia al ocupante del bien inmueble en el ámbito del proceso de ejecución¹⁸⁶⁷.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano se orienta, por su parte, a proteger la ágil recuperación de la puesta en posesión de los edificios ocupados ilegalmente frente a la ausencia de actuación por parte de las autoridades.

Tal es la postura sostenida por la Sección Primera del TEDH en su reciente Sentencia de 13 de diciembre de 2018, caso Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. contra Italia (demanda nº 67944/13). En tal caso la Sección Primera del TEDH entendió que, al abstenerse las autoridades judiciales italianas de tomar todas las medidas necesarias para cumplir con una decisión judicial definitiva y ejecutiva que ordenaba la puesta en posesión de una vivienda durante más de cinco años

PRATDESABA, R., «Desahucio de ocupantes sin título o título ineficaz», *Editorial jurídica Sepín*, 2018, edición digital.

¹⁸⁶⁶ Los argumentos principales sostenidos en el cuerpo del recurso consiste en la inconstitucionalidad de la Ley 5/2018 con el art. 18 de la Constitución, relativo al a inviolabilidad del domicilio, en relación con los arts. 24 (tutela judicial efectiva) y 47 (derecho a la vivienda). Además se incumplirían las garantías mínimas en materia de desalojos forzosos contenidas en los Principios Básicos y Directrices Sobre los Desalojos y el Desplazamiento Generados por el Desarrollo presentadas por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Vivienda presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 7 de febrero de 2008 (A/HRC/4/18), así como la Observación General nº 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, sobre Desalojos Forzosos, al no dejar margen de apreciación a los tribunales. El autor de este capítulo desea agradecer públicamente tanto a Elena Hernández Cortés como a Rafael Mayoral Perales su cooperación en la redacción de este estudio al haber proporcionado el texto del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2018.

¹⁸⁶⁷ PÉREZ DAUDÍ, V., «Especialidades procesales del desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 46, 2018, edición digital.

desde la ocupación ilegal se conculcó el art. 6-1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en las vertientes de Estado de derecho y seguridad jurídica. No se entendió admisible una demora tan prolongada, aun mediando razones de orden público o carácter social, pues además la empresa propietaria era responsable de los costos de energía de los ocupantes del inmueble (demostrándose que la misma tuvo que hacer frente a los 30.000 euros de coste de suministro de electricidad consumidos por los ocupantes más el impuesto a la propiedad).

IV. CONCLUSIONES.

La ineficacia de la jurisdicción penal para la amplia gama de delitos que pueden protegerse ante el fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles puede llegar a ser ineficaz tanto por la definición de los tipos como por la posible discrecionalidad que puede surgir en la adopción de medidas cautelares en procesos cuyo objeto sea el delito de usurpación pacífica.

Dadas las vías que contempla el Derecho procesal civil, el nuevo proceso para la ocupación ilegal de inmuebles es acogido como un nuevo cauce, derivado del juicio posesorio, destinado a facilitar la más ágil protección del propietario o titular de derechos reales que conlleven posesión de inmuebles.

No obstante, la ley arroja sombras que es preciso aclarar. Por un lado, el estrecho margen de personas legitimadas para acudir a este procedimiento deja en el aire la vía a acudir en casos de ocupación ilegal, al diferenciarse el fenómeno de la ocupación ilegal del precario con la amplitud con la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo la definía.

Igualmente, las posibles críticas sobre su inconstitucionalidad y el actual recurso de inconstitucionalidad admitido contra la Ley 5/2018 plantean un futuro incierto sobre el procedimiento, en el que nos posicionamos a favor de la constitucionalidad de la norma que comentamos.

Por ello, entendemos que el legislador debe volver a estudiar los elementos esenciales del procedimiento, tales como el ámbito de aplicación, o en

su caso establecer un estatuto jurídico-procesal del fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles que proteja a todos los derechos reales sobre inmuebles, sin diferenciar el tipo de derecho real o la naturaleza de la persona titular del derecho. Todo ello para diferenciar este proceso del resto de cauces jurídico-procesales existentes, y en particular del desahucio precario.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIZA COLMENAREJO, M. J., «Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas», *Diario La Ley*, vol. 9245, 2018, p. edición digital.
- BASTANTE GRANELL, V., «Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos “ocupa” y “ocupado”», *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 47, 2018, p. edición digital.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). De la extorsión. Del robo y hurto de uso de vehículos. De la usurpación.», en Morillas Cueva, L. (coord.) *Sistema de Derecho penal. Parte especial.*, 2, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 477-500.
- CABRERA MERCADO, R., «Entrevista en ¿Qué puedes y qué no puedes hacer si “okupan” tu casa?», *Diario Sur*, 2018, Málaga, p. edición digital, fecha de consulta en <https://www.diariosur.es/malaga/puedes-puedes-okupan-20180901194412-nt.html>.
- CARRILLO FUILLERAT, D., «Procedimientos que llevan aparejado el lanzamiento», *Diario La Ley. Sección Tribuna*, vol. 9289, 2018, p. edición digital.
- CONTIJOCH PRATDESABA, R., «Desahucio de ocupantes sin título o título ineficaz», *Editorial jurídica Sepín*, 2018, p. edición digital.
- FRAGA MANDÍAN, A., «La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas: Aspectos de interés», *Editorial jurídica Sepín*, 2018, p. edición digital.
- JIMÉNEZ PARÍS, J. M., «Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas», *Diario La Ley*, vol. 9262, 2018, p. edición digital.

- MARTÍNEZ GALLEGO, E., «Desahucio por precario», *Actualidad Civil*, vol. 7, n.º 1, 2008, p. 719.
- MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.», en Lamarca Pérez, C., Alonso de Escamilla, A., Mestre Delgado, E. y Rodríguez Núñez, A. (coords.) *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3, Majadahonda, Madrid, Colex, 2015, pp. 315-500.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial.*, 20, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «Especialidades procesales del desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 46, 2018, p. edición digital.
- PÉREZ DAUDÍ, V.; y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», *Diario La Ley*, vol. 9008, 2017, p. edición digital.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial.*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Comentario al artículo 245», en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coords.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 643-645.
- SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Las acciones civiles frente a la ocupación ilegal de inmuebles tras la Ley 5/2018, de 11 de junio», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 46, 2018, p. edición digital.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas.», *Diario La Ley*, vol. 9264, 2018, p. edición digital.
- URRUTIA SAGARDÍA, E., «Medidas para la recuperación inmediata de la ocupación ilegal de viviendas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, vol. 942, 2018, p. 6.

La intermediación hipotecaria: ¿una categoría propia de ADR?¹⁸⁶⁸

Jesús del Águila Martínez

Contratado Predoctoral FPU de Derecho Procesal

Universidad de Almería

1. ANTECEDENTES

En los últimos años, se ha puesto de manifiesto la urgente necesidad de tutelar los intereses de los usuarios de servicios financieros debido a la extraordinaria crisis económica que azotaba el sistema español. Siendo conscientes de la posibilidad que tienen los consumidores de acudir a un proceso judicial con todas las garantías, el ordenamiento jurídico se ha visto abocado a establecer instrumentos extrajudiciales de resolución de conflictos a través de los cuales se tutelén los intereses de los consumidores en materia financiera ante la incapacidad intrínseca de las tradicionales instituciones procesales de dar una respuesta rápida, sencilla y eficaz ante el gran número de demandas ejecutivas en materia hipotecaria que han desbordado los tribunales civiles.

En este contexto de crisis económica, dado el riesgo de exclusión social en el que se encontraban los deudores hipotecarios, el Gobierno se vio obligado a adoptar numerosas textos legislativos que hicieran frente a la situación de vulnerabilidad por la que estaban atravesando un gran número de familias españolas.

Una de las primeras medidas adoptadas fue el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios¹⁸⁶⁹. Este texto legislativo, afectaba a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudicase al

¹⁸⁶⁸ Este estudio se ha desarrollado en el marco del Proyecto I+D «Asignaturas pendientes del sistema procesal español (DER2017-83125-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España).

¹⁸⁶⁹ BOE, núm. 276, de 16 de noviembre de 2012.

acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. La finalidad que se perseguía con esta norma era impedir que el lanzamiento de la vivienda diera lugar al desalojo de las familias.

La norma antedicha se complementó años más tarde con la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social¹⁸⁷⁰, que establecía un plazo dos años de suspensión de los desahucios de los deudores que se encontraban en riesgo de exclusión social. Persistiendo la situación de vulnerabilidad de un gran número de familias españolas, dos años más tarde ambas disposiciones fueron modificadas por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que ampliaba el plazo de suspensión de lanzamientos hasta el 15 de mayo de 2017. Finalmente, este plazo fue ampliado por tres años más por el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012¹⁸⁷¹, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social¹⁸⁷².

La ingente normativa surgida hasta el momento ha puesto de manifiesto el intento fallido de los poderes públicos por paliar la situación de los deudores hipotecarios. En este contexto, surge una fórmula extrajudicial conocida como intermediación hipotecaria -inicialmente conocida por la doctrina como mediación hipotecaria-, cuyo objetivo es ofrecer a los deudores una vía extrajudicial para evitar un proceso de ejecución contra la única vivienda habitual del deudor, mediante soluciones autocompositivas. Se trata de llegar a soluciones menos gravosas para éste, como son, la suspensión de lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos que fueran considerados de especial

¹⁸⁷⁰ BOE, núm. 116, de 15 de mayo de 2013.

¹⁸⁷¹ El Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE, núm. 66, de 18 de marzo de 2017), que incorporaba un Código de Buenas Prácticas de adhesión voluntaria para los bancos para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

¹⁸⁷² BOE, núm. 66, de 18 de marzo de 2017.

vulnerabilidad o en riesgo de exclusión social; la posibilidad de quitas en el capital pendiente de amortización o la reestructuración de la deuda hipotecaria; y, como última opción, la dación en pago de la vivienda, siempre y cuando constara el carácter habitual de la misma.

Dada la imposibilidad de analizar al completo todos los aspectos relativos a este mecanismo que excederían las dimensiones permitidas en este trabajo. Centraremos el presente estudio en analizar los aspectos más problemáticos de este instrumento extrajudicial, haciendo hincapié en las dudas existentes en cuanto a su naturaleza jurídica, las funciones del intermediador y los conflictos que plantea la cesión de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas en materia de consumo, con especial atención a la regulación de la intermediación en Cataluña.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA

La intermediación hipotecaria es un procedimiento autocompositivo de resolución de conflictos, en el que dos o más partes en conflicto – normalmente deudor y acreedor hipotecario-, mediante la intervención de un tercero-mediador, tratan de alcanzar un acuerdo voluntario a través de la reestructuración del préstamo, u otras soluciones alternativas que aminoren el sobreendeudamiento del consumidor para evitar la ejecución hipotecaria, permitiendo al consumidor-deudor la conversación de la vivienda habitual¹⁸⁷³.

A pesar de no existir dudas en cuanto a la naturaleza autocompositiva de este mecanismo, por cuanto que la solución de la controversia se encomienda a las propias partes, aunque en la resolución intervenga un tercero. Existen dos corrientes doctrinales bien diferenciadas en torno a la calidad de la intervención

¹⁸⁷³ En esta línea, BLANCO GARCÍA, A.I., «La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2015, p. 14; BASTANTE GRANELL, V., «Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares», *Revista Anales de Derecho*, nº 31, 2013, p. 7; y, QUESADA LÓPEZ, P.M., «La integración de los medios de solución autocompositivos en el procedimiento de ejecución hipotecaria: problemáticas desde la perspectiva procesal y propuesta de fase prerealizatoria» en *La mediación como método para la resolución de conflictos* (Cabrera Mercado dir. y Quesada López coord.), Dykinson, Madrid, 2017, p. 198 y 199.

de éste. De tal forma, que para unos estaremos en presencia de un sistema de intermediación hipotecaria independiente y autónomo; y, para otros, se trataría de una modalidad especial de la mediación de consumo.

Para la última corriente doctrinal, se trataría de una modalidad especial y dependiente de la mediación de consumo puesto que el concepto de consumidor engloba a los deudores hipotecarios, y su ámbito de protección engloba a la reestructuración del préstamo hipotecario y a la defensa de un bien de consumo de protección prioritaria, como es la vivienda habitual¹⁸⁷⁴. En caso de ser una especialidad de la mediación de consumo, deberíamos encuadrarla dentro de la mediación que se regula con carácter previo al arbitraje de consumo, cuyo régimen jurídico viene establecido por el Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo¹⁸⁷⁵; y a la que a nuestro juicio, le será de aplicación supletoria la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁸⁷⁶.

Entendemos que para este último supuesto le es de aplicación la Ley 5/2012; y ello, porque la Ley 7/2017 de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo¹⁸⁷⁷ ha suprimido el artículo 2.2. d); precepto éste, que excluía los conflictos en materia de consumo del ámbito de aplicación de la citada Ley.

No obstante, a nuestro juicio, resulta más que criticable el encaje de la intermediación hipotecaria como una modalidad dependiente de la mediación de consumo, pues las funciones que desempeña el tercero en la intermedaición hipotecaria, difieren considerablemente de las funciones que realiza el mediador en la medaición de consumo.

¹⁸⁷⁴ Véase, BASTANTE GRANELL, V., *ibidem*, p. 12. En la misma línea, ARANDA RODRÍGUEZ, R., «La mediación hipotecaria», en *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos* (Sánchez García y López Peláez coords.), Aranzadi, Madrid, 2016, p. 21.

¹⁸⁷⁵ Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (BOE, núm. 48, de 25 de febrero de 2008).

¹⁸⁷⁶ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE, núm. 162, de 7 de julio de 2012).

¹⁸⁷⁷ Ley 7/2017, de 2 de noviembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español a través de la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE, núm. 268, de 4 de noviembre de 2017).

Así pues, nos confesamos partidarios de la corriente doctrinal que considera la intermediación hipotecaria como una modalidad *sui generis*¹⁸⁷⁸, distinta y autónoma de la mediación de consumo, pues las funciones que realiza el tercero en la intermediación hipotecaria son distintas a las que realiza un mediador. En este sentido, algunos autores, como BLANCO GARCÍA, han afirmado que en la intermediación, «*las funciones del tercero son normalmente asumidas por un abogado –el abogado defensor– posicionado claramente a favor del deudor (al que representa), de forma que hace las voces de asesor y consejero de las posibles medidas a adoptar para el restablecer el equilibrio entre acreedor y deudor*»¹⁸⁷⁹. Postura ésta que compartimos plenamente, pues no olvidemos que el mediador, en principio, ocupa una posición imparcial en la resolución del conflicto, ofreciendo soluciones a las partes; mientras que el intermediador hipotecario trata de mediar a favor de una de las partes del conflicto, el usuario del servicio financiero.

Parece claro que en la intermediación hipotecaria, el papel del “mediador” busca más equilibrar las posiciones de las partes, sacrificando el principio de neutralidad e imparcialidad; velando por los intereses del consumidor y proponiendo distintas soluciones que en ningún caso tendrán carácter vinculante para éstas. Consideramos más acertada dicha teoría, pues sin la ayuda del mediador, resultaría prácticamente ineficaz la intermediación, teniendo en cuenta que el acreedor tiene un poder casi absoluto, pues puede hacer valer su garantía hipotecaria en cualquier momento amparado por la Ley.

Por tanto, resulta difícil encajar la intermediación hipotecaria con los principios en los que está inspirada la mediación convencional, pues el intemediador realiza más una negociación asistida, a caballo entre la negociación y la mediación, que una mediación *stricto sensu*. De este modo, concluimos que,

¹⁸⁷⁸ A favor, BLANCO GARCÍA, A.I., «La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria», *op. cit.*, pp. 14-15, 17-19; y, COBAS COBIELLA, M. E., «La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión», *CEFlegal*, núm. 160, 2014, p. 19.

¹⁸⁷⁹ BLANCO GARCÍA, A.I., *Ibidem*.

a nuestro juicio, es una categoría propia de ADR que comparte lo mejor de la mediación convencional y la parte de las estrategias de la negociación¹⁸⁸⁰.

3. LOS OFICINAS DE INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA

Los poderes públicos, siendo conscientes de la ineficacia del sistema hipotecario español, opta por la creación de Oficinas de Intermediación Hipotecaria, tanto a nivel autonómico, como municipal y regional, intentando dar una respuesta alternativa, rápida y eficaz a los deudores hipotecarios.

La creación de las Oficinas de Intermediación Hipotecaria ha venido a dar cumplimiento al mandato constitucional encomendado a los poderes públicos, que se traduce en el deber de éstos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces que protejan los intereses económicos de los mismos (artículo 51 de la Constitución Española).

La finalidad que tienen estas Oficinas es asesorar a los deudores hipotecarios sobre las posibilidades que ostentan ante un cambio sobrevenido de sus circunstancias económicas, desplegando su actividad en caso de que el deudor se encuentre -o prevea encontrarse- en una situación de insolvencia frente al pago de las cuotas hipotecarias. Además, las funciones de estas Oficinas giran en torno a tres ejes principales: *«la prevención a través del asesoramiento, la intermediación y la protección del deudor y de su vivienda objeto de garantía hipotecaria»*¹⁸⁸¹.

Por otra parte, la creación de Oficinas de Intermediación a todos los niveles -local, municipal y regional-, se debe a la cesión de competencias en materia de defensa de consumidores y usuarios operada por la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la

¹⁸⁸⁰ Véase, CRUZ ZABAL, M., y COBAS COBIELLA, M^a. E., «¿Mediación hipotecaria o Intermediación hipotecaria?», en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad* (Ortega Giménez, Cobas Cobiella y Barona Vilar coords.), Difusión Jurídica y Temas de actualidad, Madrid, 2013, p. 367.

¹⁸⁸¹ BLANCO GARCÍA, BLANCO GARCÍA, A.I., «La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria», *op. cit.*, p. 13.

Constitución¹⁸⁸². La citada Ley implicó la cesión de competencia legislativa y ejecutiva en materia de mediación de consumo y, por ende, en intermediación hipotecaria, aunque como una modalidad distinta y autónoma. Los Estatutos de Autonomía hacen referencia a la mediación de consumo como un procedimiento voluntario para la resolución de conflictos que garantice los intereses de los consumidores, si bien, se limitan exclusivamente a mencionarla sin desarrollarla.

Por tanto, podemos afirmar que la problemática surgida en el ámbito de la mediación de consumo es extensible a la intermediación hipotecaria, pues no existe una legislación uniforme y clara que la desarrolle¹⁸⁸³. Muestra de ello, es la regulación de las Leyes autonómicas de consumo; algunas hacen referencia a ésta en su propio Estatuto de Autonomía, mientras otras lo hacen en una Ley Protección de los Consumidores Autonómica. Así se ha puesto de manifiesto en algunas Comunidades Autónomas, siendo pioneras en la materia Cataluña¹⁸⁸⁴ y País Vasco¹⁸⁸⁵.

3.1. Competencia autonómica en la regulación de la Intermediación Hipotecaria

Las competencias cedidas por el Estado a las Comunidades Autónomas en materia de intermediación hipotecaria han dado lugar a la instauración de un modelo de intermediación distinto en función del territorio autonómico en el que se encuentre el deudor hipotecario. Tanto es así que incluso el marco jurídico de la intermediación, es distinto en función de cada autonomía. Mientras que algunas Comunidades Autónomas la han regulado dentro de la normativa de

¹⁸⁸² BOE, núm. 308, de 24 de diciembre de 1992.

¹⁸⁸³ Como ya pusimos de relieve en otro trabajo sobre la mediación de consumo: «(...) *con carácter general, los Estatutos del Consumidor, Códigos de Consumo y Leyes Autonómicas de Protección de los Consumidores y Usuarios, hacen referencia a la mediación como mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos en consumo, sin establecer -como se desprende del contenido de la propia legislación autonómica- un análisis completo de la mediación de consumo*». DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., «La mediación de consumo», *Práctica de Tribunales*, nº 128, 2017, p.2.

¹⁸⁸⁴ BOE, núm. 18, de 21 de enero de 2015.

¹⁸⁸⁵ Al hilo de la regulación de estas CCAA también han regulado sobre la mediación de consumo otras. Entre ellas, podemos citar la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid (artículo 30), (BOE, núm. 206, de 28 de agosto); y la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE, núm. 99, de 26 de Abril de 2011).

consumo, otras lo han hecho en la normativa de vivienda. Siguiendo a algunos autores, como BASTANTE GRANELL, consideramos que la colaboración entre ambas normativas sería el modelo ideal a seguir por todas las Comunidades Autónomas que han legislado en la materia, pues es la alternativa que mejor se adapta a la condición del deudor hipotecario, como consumidor de un préstamo hipotecario, que normalmente afecta a la vivienda habitual.

Así pues, el área de consumo sería la encargada de informar y asesorar al deudor. Mientras que el área de vivienda, se encargaría de adoptar medidas alternativas al desahucio hipotecario con la finalidad de alojarlos en alguna vivienda, mediante alquileres sociales en caso de no resultar con éxito la intermediación y encontrándose el deudor en situación de inminente lanzamiento¹⁸⁸⁶.

Por otra parte, la ausencia de una normativa estatal que unifique al menos de forma mínima los criterios de la intermediación, va a tener como resultado un tratamiento diferido y desigual en cuanto a las garantías ofrecidas al deudor hipotecario en función de la autonomía donde resida. Esta situación, a nuestro juicio, es cuanto menos, contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, pues provoca desigualdades por razón del territorio donde resida el consumidor hipotecario.

3.2. Cataluña: un modelo especial de intermediación hipotecaria

El deber de los poderes públicos de garantizar la protección de los consumidores y usuarios, y el deber de éstos de fomentar la creación de medidas que lleven a cabo dicha protección, llevó a Cataluña a ser la primera Comunidad Autónoma en instaurar su Oficina de Intermediación Hipotecaria en 2010, bajo el nombre de Ofideute¹⁸⁸⁷; dependiente a su vez de la Agencia de Vivienda de la

¹⁸⁸⁶ Cfr., BASTANTE GRANELL, V., «Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares», *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁸⁷ En este sentido, también ha sido pionera en la materia la Oficina de Mediación Hipotecaria del Excmo. Ayuntamiento de Torrelavega; proyecto presentado por la Asociación de Mediación de Cantabria (AMECAN) al Ayuntamiento de Cantabria para combatir los lanzamientos hipotecarios en Cantabria. Para un estudio más profundo sobre la materia puede

Generalitat de Cataluña; seguida de País Vasco¹⁸⁸⁸, que instauró su Oficina de Intermediación en 2012.

Aunque ambas Comunidades Autónomas han sido pioneras en la materia, vamos a centrar nuestra atención en el modelo de intermediación catalán, por cuanto que éste plantea serias dudas. Y es que, la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo¹⁸⁸⁹, que modificó la Ley 22/2010 de julio, del Código de Consumo de Cataluña¹⁸⁹⁰; añadiendo el artículo 132-4.3, que regula un sistema de intermediación hipotecaria con carácter obligatorio, pues obliga a acudir al procedimiento de mediación con carácter previo al ejercicio de cualquier reclamación administrativa, o demanda judicial para la ejecución de la vivienda habitual.

La problemática que plantea el modelo de instauración de la intermediación hipotecaria¹⁸⁹¹ en Cataluña es su carácter obligatorio, pues puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva. Y ello, porque el Código de Consumo de Cataluña, plantea la mediación como presupuesto de admisibilidad *ex ante* a la presentación de una demanda judicial.

Esta peculiaridad, nos lleva a la necesidad de analizar con detenimiento la especialidad de la intermediación hipotecaria en esta Comunidad Autónoma, pues a nivel estatal, no hay ninguna Ley que imponga perceptivamente al consumidor a acudir a la mediación en ningún ámbito, ni familiar, ni de

verse, CEBALLOS PEÑA, D., «La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social», *Revista de Mediación*, nº 12, 2013, pp. 23-29.

¹⁸⁸⁸ Para un análisis de la intermediación hipotecaria en el País Vasco, véase, BALLUGUERA GOMEZ, C., «El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios», Bilbao; disponible en www.notariosyregistradores.com (consulta realizada el 20 de julio de 2018).

¹⁸⁸⁹ BOE, núm. 18, de 21 de enero de 2015.

¹⁸⁹⁰ BOE, núm. 196, de 13 de agosto de 2010.

¹⁸⁹¹ Nótese que Cataluña ha optado por hacer referencia a la mediación hipotecaria en vez de intermediación. Sin embargo, expuesto en este apartado la distinción entre ambos conceptos, consideramos que hubiera sido más acertado hacer referencia a tal concepto como intermediación.

consumo¹⁸⁹². De hecho, ni siquiera la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo ha establecido como presupuesto procesal obligatorio el intento de mediación¹⁸⁹³ para el consumidor, pues es precisamente la voluntariedad el principio esencial de este método autocompositivo de resolución de conflictos.

No obstante a lo anterior, podemos decir que desde que se aprobara la Ley 7/2017, se ha introducido perceptivamente la participación de las entidades financieras en los procedimientos alternativos de resolución de conflictos para resolver los conflictos en materia de consumo en el sector financiero (Disposición adicional primera). A nuestro juicio, consideramos muy acertada la obligatoriedad del sometimiento a los mecanismos de resolución alternativa para las entidades financieras, no sólo por el carácter tuitivo y proteccionista que debe cumplir esta Ley respecto a los consumidores, sino también por la reticencia que muestran las entidades bancarias para someterse a un procedimiento alternativo de resolución de conflictos, pues son conocedoras de su fortaleza jurídica respecto a los usuarios financieros.

A) Los conflictos de competencia

Como ya hemos manifestado, el ámbito de consumo, ha sido una de las competencias cedidas por el Estado a las CCAA. De este modo, al igual que Cataluña, el resto de CCAA tienen competencia para legislar en la materia a través de sus Estatutos de Autonomía.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, se atribuye la competencia en materia de consumo en lo referente a la defensa de los derechos de los consumidores y los usuarios; el establecimiento y la aplicación de los procedimientos administrativos de queja y reclamación; la regulación y el fomento de las asociaciones de los consumidores y usuarios y su participación en

¹⁸⁹² Exclusivamente sucede en el proceso laboral, en el que es presupuesto obligatorio para la celebración del juicio la celebración de la conciliación previa.

¹⁸⁹³ En este sentido, el artículo 6.1 de esta Ley, titulado «*voluntariedad y libre disposición*» relativo a los principios informadores de la mediación, establece que la mediación tiene carácter voluntario.

los procedimientos y asuntos que les afecten; la regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo, la formación y la educación en el consumo; y la regulación de la información en materia de consumidores y usuarios (art. 123).

Ahora bien, debemos plantearnos si el modelo de intermediación hipotecaria instaurado con carácter previo y obligatorio a la interposición de una demanda judicial se establece como un requisito procesal de admisibilidad. Si es así, el Código de Consumo de Cataluña podría estar invadiendo competencias exclusivas del Estado; pues éste último tiene competencia exclusiva en «*legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*» (art. 149.6 CE). A tenor de este precepto pueden deducirse dos teorías bien diferenciadas.

Por un lado, si la intermediación hipotecaria obligatoria instaurada con carácter previo en Cataluña es tenida en cuenta como requisito procesal de admisibilidad de la demanda. En este caso, Cataluña está invadiendo competencias de carácter procesal, pues a nuestro juicio, si se impone la intermediación hipotecaria como presupuesto de admisibilidad a la demanda judicial, nos encontramos que puede darse una invasión de competencias por el Código de Consumo de Cataluña, pues el Estado tiene competencia exclusiva en materia procesal (149.6 CE). En este sentido, se han pronunciado, autores como, ADAM DOMENECH, que afirman que «*la instauración de la mediación como requisito previo debería legislarse a nivel estatal, por ser leyes procesales aplicables, de forma homogénea, a todo el territorio estatal*»¹⁸⁹⁴.

A nuestro juicio, nos resulta acertada la teoría antedicha, pues la unificación de requisitos procesales, evitaría las desigualdades que se producen entre los distintos consumidores de las distintas Comunidades Autónomas. Es evidente que, la descentralización de poder debida a la cesión de competencias estatales va a provocar una desigualdad *per se* entre los distintos consumidores

¹⁸⁹⁴ ADAM DOMENECH, F., «¿Resulta conforme a derecho, la instauración de una mediación hipotecaria autonómica?», en *Nuevos horizontes de derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (Jimeno Bulnes y Pérez Gil coords.), Bosch, Barcelona, 2016, p. 200.

hipotecarios del territorio español. Por ello, el desarrollo básico debe legislarse a nivel estatal.

Por otro lado, existe también la teoría de que el derecho de consumo no es una disciplina jurídica propia, sino que tiene carácter extraprocesal e independiente del procedimiento de ejecución hipotecaria, dependiente del derecho civil y mercantil propio de las Comunidades Autónomas. Siendo así que se instaura la mediación atendiendo a las especialidades que derivan de las particularidades del derecho civil de cada Comunidad Autónoma (art. 149. 6 *in fine*).

Aunque esta teoría no está desprovista de argumentos jurídicos, olvida que los presupuestos de admisión a la demanda son requisitos procesales, cuya competencia corresponde en exclusiva al Estado. Consideramos más acertado que una Ley estatal estableciera los requisitos procesales que deben regir en la intermediación hipotecaria, pues se dispondría de un procedimiento uniforme para todo el territorio nacional. Es precisamente el modelo de intermediación hipotecaria de Cataluña un ejemplo de desigualdad respecto al resto de autonomías, pues es exclusivo para los deudores hipotecarios de Cataluña.

La situación antedicha llevó al Gobierno a presentar un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 132-4 del Código de Consumo de Cataluña¹⁸⁹⁵. Por ende, actualmente, el artículo 132-4 ha sido declarado inconstitucional y nulo «*por vulnerar las competencias estatales, en tanto y cuanto convierte a la mediación (siempre voluntaria, según el artículo 6.1 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles) en el presupuesto obligatorio de la interposición de una demanda judicial, lo que entra en el ámbito de la legislación procesal que el artículo 149.1.6 CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 54)*»¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁹⁵ Providencia del TC de 6 de octubre de 2015, por el que se admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 5459-2015 [BOE-A-2015-10865].

¹⁸⁹⁶ STC (Pleno) 54/2018, de 24 de mayo.

B) Mediación obligatoria *versus* derecho a la tutela judicial efectiva

El modelo de intermediación hipotecaria obligatorio instaurado en Cataluña con carácter previo a la presentación de una demanda judicial (o reclamación administrativa) plantea serias dudas de constitucionalidad respecto al contenido del artículo 24 de la Constitución. Concretamente, se plantea la duda de que la obligatoriedad de acudir a un procedimiento extrajudicial sea contrario al derecho a la tutela judicial efectiva por establecer límites desproporcionados de acceso a la jurisdicción.

Existe una corriente doctrinal que niega rotundamente la existencia de cualquier violación al derecho a la tutela judicial efectiva por el artículo 132-4.3, pues la ejecución hipotecaria es una modalidad especial del proceso ejecutivo, condicionada a una serie de requisitos, tanto civiles, como procesales¹⁸⁹⁷. Entre ellos, cabe citar, la expedición de la primera copia de la escritura pública con carácter ejecutivo, la constancia del domicilio del deudor, o, el precio de tasación de la vivienda en la escritura pública, entre otros (art. 682 LEC). No obstante, como han afirmado algunos autores, como ADAM DOMENECH, la falta de alguno de estos requisitos, no debe considerarse como un límite del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que resulta limitada a una modalidad concreta, la ejecución hipotecaria, condicionada a unos requisitos, como son el acudir a la mediación previa¹⁸⁹⁸.

Sin embargo, a nuestro juicio, consideramos criticable dicha opinión. Sí a nivel estatal el ordenamiento jurídico español carece de una regulación perceptiva de la mediación en todas sus modalidades¹⁸⁹⁹. A nuestro juicio, no consideramos acertada la posibilidad de que una normativa autonómica establezca un requisito de acceso a la jurisdicción. Siendo además la voluntariedad el principio esencial de los mecanismos ADR, al menos en cuanto al consumidor se refiere.

¹⁸⁹⁷ En este sentido, ADAM DOMENECH, F., *ibidem*, p. 201; y, GUITIÉRREZ SANTIAGO, P., «Mecanismos “alternativos” frente al desahucio hipotecario de la vivienda habitual», *Revista jurídica de la Universidad de León*, nº 2, 2015, p. 49.

¹⁸⁹⁸ ADAM DOMENECH, F., *ibidem*, p. 203.

¹⁸⁹⁹ Cfr. PÉREZ DAUDÍ, V., «Aspectos procesales de la mediación perceptiva en los procesos hipotecarios», *La Ley*, núm. 8541, 2015, p. 1.

A favor de la teoría antedicha se han mostrado, autores como, BARONA VILAR, que consideran que cuando se instaura la mediación perceptiva, que la denomina *mandator y mediation*, pierde la esencia y naturaleza de los ADR, pues quiebra un principio esencial que es la autonomía de la voluntad y el principio dispositivo de las partes¹⁹⁰⁰.

4. BIBLIOGRAFÍA

ADAM DOMENECH, F., « ¿Resulta conforme a derecho, la instauración de una mediación hipotecaria autonómica?», en *Nuevos horizontes de derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (Jimeno Bulnes y Pérez Gil coords.), Bosch, Barcelona, 2016.

ARANDA RODRÍGUEZ, R., «La mediación hipotecaria», en, *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos* (Sánchez García y López Peláez coords.), Aranzadi, Madrid, 2016.

BALLUGUERA GOMEZ, C., «El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios», Bilbao; disponible en *www.notariosyregistradores.com* (consulta realizada el 20 de julio de 2018).

BARONA VILAR, «ADR y consumo: dos realidades complementarias», en *Temas Actuales de Consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo* (Lorca Navarrete dir.), Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2001.

¹⁹⁰⁰ Véase, BARONA VILAR, «ADR y consumo: dos realidades complementarias», en *Temas Actuales de Consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo* (Lorca Navarrete dir.), Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2001, p. 50.

BASTANTE GRANELL, V., «Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares», *Revista Anales de Derecho*, nº 31, 2013.

BLANCO GARCÍA, A.I., «La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2015.

CEBALLOS PEÑA, D., «La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social», *Revista de Mediación*, nº 12, 2013.

COBAS COBIELLA, M. E., «La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión», *CEFlegal*, núm. 160, 2014.

CRUZ ZABAL, M., y COBAS COBIELLA, M^a. E., «¿Mediación hipotecaria o Intermediación hipotecaria?», en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad* (Ortega Giménez, Cobas Cobiella y Barona Vilar coords.), Difusión Jurídica y Temas de actualidad, Madrid, 2013.

DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., «La mediación de consumo», *Práctica de Tribunales*, nº 128, 2017.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Mecanismos “alternativos” frente al desahucio hipotecario de la vivienda habitual», *Revista jurídica de la Universidad de León*, nº 2, 2015.

PÉREZ DAUDÍ, V., «Aspectos procesales de la mediación perceptiva en los procesos hipotecarios», *La Ley*, núm. 8541, 2015.

QUESADA LÓPEZ, P.M., «La integración de los medios de solución autocompositivos en el procedimiento de ejecución hipotecaria: problemáticas desde la perspectiva procesal y propuesta de fase prerealizatoria» en *La mediación como método para la resolución de conflictos* (Cabrera Mercado dir. y Quesada López coord.), Dykinson, Madrid, 2017.

La sujeción a los principios rectores de la medida de intervención telefónica¹⁹⁰¹

Roser Casanova Martí

Profesora de Derecho Procesal

Investigadora postdoctoral SECTI

Universitat Rovira i Virgili

1. Introducción

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica¹⁹⁰², en diciembre de 2015, comportó la modificación de la escasa y obsoleta regulación de las intervenciones telefónicas, que hasta la fecha de la reforma se encontraba en un solo precepto, el antiguo art. 579 LECrim. La escueta regulación de esta diligencia de investigación había obligado a crear un cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre la materia por parte del Tribunal Supremo (TS) y Tribunal Constitucional (TC) con el fin de paliar las evidentes lagunas legales que tenía el mencionado artículo. La necesidad de reforma era evidente, como tanto habían reclamado los altos tribunales durante años¹⁹⁰³.

¹⁹⁰¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto I+D «Hacia una nueva regulación de la prueba pericial» (DER2016-7549-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y el Grupo de Investigación Consolidado "Evidence Law" (2017 SGR 1205) financiado por la AGAUR, en ambos como investigador principal el profesor Joan Picó i Junoy.

¹⁹⁰² BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90192 a 90219 (28 págs.).

¹⁹⁰³ En este sentido se pronuncian las recentísimas SSTS 216/2018, de 8 de mayo, ponente Excmo Sr. Vicente Magro Servet, f.j. 2º; 158/2018, de 5 de abril, ponente Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco [JUR 2018\105336], f.j. 4º; 86/2018, de 19 de febrero, ponente Excmo Sr. Juan Ramon Berdugo y Gómez de la Torre [JUR 2018\58379], f.j. 1º; 2/2018, de 9 de enero, ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [JUR 2018\69098], f.j. 2º; 738/2017, de 16 de noviembre, ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [RJ 2017\5343], f.j. 1º; 720/2017, de 6 de noviembre, ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 6º; 533/2017, de 11 de julio, ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [RJ 2017\3617], f.j. 1º; y 841/2016, de 8 de noviembre, ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [RJ 2016\6452], f.j. 3º.

Así pues, con la reforma, se actualiza y amplía el Título VIII del Libro II de la LECrim dedicado a las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución española (CE). En concreto, se añaden diversos capítulos dedicados a la regulación de las diligencias de investigación tecnológica¹⁹⁰⁴, entre las que se encuentra la intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas. El legislador dedica el Capítulo IV –arts. 588 bis a) a 588 bis k) LECrim– a las disposiciones comunes a todas las diligencias de investigación tecnológica, dejando para los capítulos siguientes las especificidades de cada una de ellas. En concreto, la regulación específica de las intervenciones telefónicas y telemáticas se encuentra en el Capítulo V –arts. 588 ter a) a 588 ter m) LECrim–.

La finalidad del presente trabajo es centrarnos en el estudio de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, exigidos jurisprudencialmente –desde hace décadas– y legalmente –tras la reforma de la LECrim indicada– cuando se autoriza una medida de intervención telefónica. La regulación de estos principios se encuentra en el art. 588 bis a) LECrim, y ya avanzamos que el contenido mínimo requerido por este nuevo precepto incluye gran parte de las exigencias del TC y TS en esta materia.

2. Principios rectores aplicables a las intervenciones telefónicas

A diferencia de lo que sucedía en la anterior regulación de las intervenciones telefónicas, el vigente art. 588 bis a) LECrim exige, en la línea de lo establecido por la jurisprudencia del TS y TC, que la autorización judicial que adopte esta medida de investigación debe dictarse con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y

¹⁹⁰⁴ Cuales son la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

proporcionalidad¹⁹⁰⁵. Ello significa que previamente a autorizar una intervención telefónica debe hacerse el control, por parte del juez instructor, sobre el cumplimiento de cada uno de estos principios, teniendo en cuenta su importancia en tanto que se trata de una diligencia limitadora de los derechos fundamentales protegidos por el art. 18 CE, esencialmente el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en su apartado tercero.

Pasamos seguidamente a examinar cada uno de estos principios.

2.1. Principio de proporcionalidad

El primero de los principios que vamos a analizar es el de proporcionalidad por ser el más general, de hecho entendemos que el resto – especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad– puede englobarse dentro del juicio de proporcionalidad. Así, el principio de proporcionalidad¹⁹⁰⁶, aunque no aparece de forma expresa en nuestro texto constitucional, en numerosas ocasiones es utilizado por el TC para verificar la correcta limitación de un derecho fundamental y analizar si resulta adecuado, necesario o racional con algún fin perseguido con la CE¹⁹⁰⁷. Debe tratarse como un principio general que

¹⁹⁰⁵ Sobre los principios rectores de las medidas de investigación tecnológica véase los recientes trabajos de: RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Edit. Wolkers Kluwer, Madrid, 2017, pp. 83 a 98; CASABIANCA ZULETA, P., *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 236 a 241; CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 199 a 229; y CASANOVA MARTÍ, R., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones en el proceso penal”, en *Principios y garantías procesales* (Dir. Joan Picó i Junoy), Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 543 a 556. Igualmente destacamos las recientes SSTs 216/2018, de 8 de mayo, ponente Excmo Sr. Vicente Magro Servet, f.j. 2º; 400/2017, de 1 de junio [RJ\2017\3872], ponente Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz, f.j. 2º; y 488/2017, de 29 de junio [RJ\2017\3087], ponente Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz, f.j.1º.

¹⁹⁰⁶ Sobre el principio de proporcionalidad se han pronunciado numerosos autores, entre los cuales destacamos a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, Edit. Colex, Madrid, 1990; PEDRAZ PENALVA, E. (con ORTEGA BENITO, V.), “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, en P.J., núm. 17, marzo, 1990, pp. 19 y ss; y GAVARA DE CARA, J. C., “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales”, Thomson Aranzadi [BIB 2003\1386], www.westlaw.es, 2003, p. 1.

¹⁹⁰⁷ Véase GAVARA DE CARA, J. C., “El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., p. 1.

se deduce del texto constitucional, y que se perfila como un límite a toda injerencia en los derechos fundamentales¹⁹⁰⁸.

Concretamente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que debe haber una racionalidad entre la restricción del derecho fundamental y la finalidad perseguida, de manera que haya una relación que implique que cuanto más intensa sea la restricción en el derecho fundamental más protección haya del bien jurídico protegido¹⁹⁰⁹.

Por ello, este principio es de aplicación al derecho al secreto de las comunicaciones, y en consecuencia a las intervenciones telefónicas, las cuales serán legítimas si se incoan bajo el control de los límites de la proporcionalidad. En este punto, es de importancia señalar que la doctrina constitucional¹⁹¹⁰, junto con la doctrina del TEDH¹⁹¹¹, mantienen que “una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad”, como ya apuntó la trascendente STC 49/1999, de 5 de abril¹⁹¹². Por otro lado, la STC 154/2002, de 18 de julio¹⁹¹³, señala que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales

¹⁹⁰⁸ Véase la STC 11/2006, de 16 de enero, ponente D. Manuel Aragón Reyes, f.j. 6º, que señala que: “[...] para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es preciso constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es adecuada para conseguir el objetivo perseguido (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de no existir otra medida igualmente idónea para la consecución del propósito pretendido que sea menos gravosa que la impugnada (juicio de necesidad); y por último, si se trata de una medida que resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

¹⁹⁰⁹ En este sentido, se pronuncia GAVARA DE CARA, J. C., “El principio de proporcionalidad...”, *ob. cit.*, p. 19.

¹⁹¹⁰ SSTC 14/2001, de 29 de enero, ponente Julio Diego González Campos, f.j. 2º y 3º; 126/2000, de 16 mayo, ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas, f.j. 6º; 236/1999, de 20 de diciembre, ponente D. Rafael de Mendizábal Allende, f.j. 3º; 49/1999, de 5 de abril, ponente D. Tomás S. Vives Antón, f.j. 7º y 8º; y 81/1998, de 2 de abril, ponente D. Tomás S. Vives Antón, f.j. 5º.

¹⁹¹¹ El TEDH hace referencia al principio de proporcionalidad en varias de sus resoluciones, en el ámbito de las intervenciones telefónicas, entre las cuales, destacan los siguientes: casos Klass, Sentencia de 6 septiembre de 1978 [TEDH 1978, 1]; Malone, Sentencia de 2 de agosto de 1984 [TEDH 1984, 1]; Kruslin [TEDH 1990, 1] y Huvig [TEDH 1990, 2], Sentencias de 24 de abril de 1990; Halford, Sentencia de 25 de junio de 1997 [TEDH 1997, 37]; Kopp, Sentencia de 25 de marzo de 1998 [TEDH 1998, 9]; y Valenzuela Contreras, Sentencia de 30 de julio de 1998 [TEDH 1998, 31]. La jurisprudencia europea en este ámbito será objeto de estudio en un trabajo posterior.

¹⁹¹² Ponente D. Tomás S. Vives Antón, f.j. 7º.

¹⁹¹³ Ponente D. Pablo Manuel Cachón Villar, f.j. 8º.

[...] ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone". Por todo ello, el juicio de proporcionalidad es imprescindible en cualquier acto o medida que se limite o restrinja un derecho fundamental, por lo que, la medida de intervención telefónica, para no entrar en el ámbito de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, debe ser adoptada sólo cuando sea necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, y cuando sea idónea e imprescindible para la investigación de los hechos en cuestión¹⁹¹⁴.

Además, el TC considera que el examen de la proporcionalidad debe realizarse *ex ante*, esto es, colocándose en la situación y con los conocimientos que se tenían al tiempo de adoptar la medida; de manera que no procede un examen *ex post*, una vez que se conoce el resultado de la investigación. En este sentido encontramos, las SSTC 126/2000, de 16 de mayo¹⁹¹⁵ y 239/2006, de 17 de julio¹⁹¹⁶, que exponen que la proporcionalidad o no de la medida debe analizarse según las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción. La primera de las sentencias citadas¹⁹¹⁷, establece que "la perspectiva desde la que se cuestiona con más énfasis por el demandante de amparo la proporcionalidad de la medida es la de la gravedad de la infracción. Según el demandante, el hecho de tratarse de una investigación de un delito de hurto no justifica, desde la idea de la proporcionalidad en sentido estricto, el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. El demandante [...] fue condenado por un delito de hurto, [...] lo que, a su juicio, [...] no justificaba la injerencia en el derecho fundamental. Pero la comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de construirse, como dijimos, analizando las circunstancias concurrentes en el

¹⁹¹⁴ Así, lo señala el ATC 344/1990, de 1 de octubre. En la misma línea, encontramos las SSTC 104/2006, de 3 abril, ponente Doña María Emilia Casas Baamonde, f.j. 3º; 14/2001, de 29 de enero, ponente Julio Diego González Campos, f.j. 2º y 3º; 166/1999, de 27 de septiembre, ponente D. Pablo García Manzano, f.j. 8º; 49/1999, de 5 de abril, ponente D. Tomás S. Vives Antón, f.j. 8º; y 123/1997, de 1 de julio, ponente D. Enrique Ruiz Vadillo.

¹⁹¹⁵ Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas, f.j. 8º.

¹⁹¹⁶ Ponente D. Javier Delgado Barrio, f.j. 2º y 6º. En el mismo sentido, se pronuncian las SSTC 14/2001, de 29 de enero, ponente Julio Diego González Campos, f.j. 2º y 3º; y 299/2000, de 11 de diciembre, ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas, f.j. 2º. Véase del TS sus sentencias 747/2017, de 21 de noviembre [RJ\2017\5627], ponente Excmo Sr. Antonio del Moral García, f.j. 2º; y 435/2013, de 28 de mayo [RJ 2013\6421], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 2º.

¹⁹¹⁷ STC 126/2000, de 16 de mayo, ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas, f.j. 8º.

momento de su adopción”. Según la propia resolución, “desde ese punto de vista no se aprecia que la medida acordada por el Juez fuera desproporcionada. En primer lugar, porque como reconoce el demandante se trató de una investigación de un delito de hurto, en cantidad de especial y cualificada gravedad [...] y continuado [...]. Se aprecia por tanto que, en el momento en que los órganos judiciales adoptaron la medida, la infracción podía no ser calificada como leve”. En función de todo ello, el TC consideró que la limitación del secreto de las comunicaciones fue motivada y proporcionada, y por tanto, totalmente constitucional.

En nuestra opinión, es lógico pensar que el juicio de proporcionalidad debe realizarse según las circunstancias existentes en el momento de adoptar la medida de intervención telefónica, ya que de lo contrario, en las ocasiones que al final del proceso se cambie la tipificación del delito a favor de uno más leve, dichas medidas se declararían inconstitucionales y vulneradoras del derecho fundamental, y en consecuencia no tendrían valor probatorio alguno, por ser consideradas ilícitas. Sin embargo, existen posiciones doctrinales contrarias, de los cuales destacamos a LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, que establece que el examen *ex ante* no es el correcto, puesto que éste sólo nos proporciona la racionalidad; pero, si queremos saber si el derecho fundamental ha sido afectado se debe adoptar una postura *ex post*, pues lo que importa no es lo se pensaba sino si realmente la afectación del derecho fundamental guarda la proporcionalidad debida¹⁹¹⁸.

Por su parte, la jurisprudencia del TS también se ha pronunciado sobre la necesidad de cumplir con el principio de proporcionalidad en una diligencia de intervención telefónica. El principio de proporcionalidad se traduce, según la jurisprudencia, en el requisito imprescindible para resolver adecuadamente la ponderación entre el derecho afectado y el fin procurado¹⁹¹⁹. Así, destacamos que la apreciación de la legitimidad de la adopción de una medida como la de

¹⁹¹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I y II, 5º Ed., Edit. Thomson Aranzadi, Navarra, 2012, p. 1584.

¹⁹¹⁹ Véase como ejemplo la STS 431/2013, de 15 de mayo [JUR 2013\227859], ponente Excmo. Sr. Luciano Varela Castro, f.j. 1º.

intervención telefónica, impone un primer juicio acerca de su proporcionalidad dirigido a comprobar si con ella se persiguió un propósito constitucionalmente lícito y capaz de justificar la medida de intervención¹⁹²⁰. Por ello, como recuerda la reciente STS 86/2018, de 19 de febrero¹⁹²¹, la intervención debe ser acordada judicialmente en una resolución que explicita los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, con el objetivo de respetar el derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, ya que, por su propia finalidad, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción. En efecto, los presupuestos del juicio de proporcionalidad vienen constituidos por los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre: 1.- la existencia de un delito; 2.- que éste sea grave y 3.- sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados¹⁹²².

La relevancia de este principio se evidencia en la redacción del nuevo art. 588 bis a) LECrim que hace referencia expresa a la necesidad de cumplir con el juicio de proporcionalidad en todas las medidas de investigación tecnológica. De hecho, el legislador expresa que cualquiera de estas medidas será proporcionada cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. En concreto se exige que se tenga en cuenta la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito

¹⁹²⁰ SSTS 695/2013 de 22 julio [JUR 2013\302650], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 2º; 556/2013, de 25 de junio [RJ 2013\5565], ponente Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez, f.j. único; y 71/2013 de 7 febrero [RJ 2013\3713], ponente Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez, f.j. 1º.

¹⁹²¹ [RJ\2018\1029], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 13º. En este sentido se pronuncian también las SSTS 747/2017, de 21 de noviembre [RJ\2017\5627], ponente Excmo. Sr. Antonio del Moral García, f.j. 2º; 533/2017, de 11 de julio [RJ\2017\3617], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 1º; 855/2013, de 11 de noviembre [JUR 2013\363580], ponente Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 15º; y 218/2013, de 2 de marzo [JUR 2013\171104], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 13º.

¹⁹²² Igualmente se pronuncian las SSTS 695/2013, de 22 de julio [JUR 2013\302650], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 2º; 510/2013, de 14 de junio [JUR 2013\213982], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 3º; 244/2013, de 22 de marzo [RJ 2013\3509], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 4º; y 40/2013, de 22 de enero [RJ 2013\972], ponente Excmo. Sr. Luciano Varela Castro, f.j. 4º.

tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho¹⁹²³.

2.2. Principio de especialidad

El apartado segundo del art. 588 bis a) LECrim define el principio de especialidad como la exigencia que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. Y añade que no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

El sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones debe responder a la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un concreto delito grave y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Sobre ello el TS señala que “el principio de especialidad impone la prohibición de intervenciones prospectivas, mediante las que los poderes públicos se inmiscuyen en la intimidad del sospechoso con el exclusivo objeto de indagar qué es lo que encuentran”¹⁹²⁴. Así

¹⁹²³ Véanse en este sentido las SSTS 216/2018, de 8 de mayo, ponente Excmo Sr. Vicente Magro Servet, f.j. 2º; 250/2017, de 5 de abril [RJ\2017\1968], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 4º; y 500/2016, de 9 de junio [RJ\2016\3136], ponente Excmo Sr. Pablo Llarena Conde, f.j.2º.

¹⁹²⁴ STS 71/2017, de 8 de febrero, [RJ\2017\2362], ponente Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 2º. Igualmente véanse las SSTS 661/2017, de 10 de octubre [RJ\2017\4644], ponente Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro, f.j. 3º; 928/2016, de 14 de diciembre [RJ\2016\6702], ponente Excmo Sr. Carlos Granados Pérez, f.j. 1º; 7/2014 de 22 enero [JUR 2014\45232], ponente Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez, f.j. 2º; 855/2013, de 11 de noviembre [JUR 2013\363580], ponente Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 13º; 503/2013, de 19 de junio [JUR 2013\214044], ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 3º; 431/2013, de 15 de mayo [JUR 2013\227859], ponente Excmo. Sr. Luciano Varela Castro, f.j. 1º; 385/2013, de 18 de abril [JUR 2013\193171], ponente Excmo. Sr. Antonio del Moral García, f.j. 4º; 51/2013, de 30 de enero [RJ 2013\2697], ponente Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez, f.j. 3º; y 594/2012, de 4 de julio [RJ 2012/8211], ponente Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez, f.j. 2º. En el mismo sentido, encontramos la STC 136/2006, de 8 de mayo (Ponente Doña Elisa Pérez Vera, f.j. 4º), que establece que “el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía formalmente consagrada en el art. 18.3 CE”. Siguiéndose la misma línea jurisprudencial, véase, las SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, ponente Don Pedro Cruz Villalón, f.j. 5º; 171/1999, de 27 septiembre, ponente D. Carles Viver Pi-Sunyer, f.j. 8º; 166/1999, de 27 septiembre, ponente D. Pablo García Manzano, f.j. 8º; y 49/1999, de 5 de abril, ponente D. Tomás S. Vives Antón, f.j. 8º.

pues, conforme la doctrina uniforme del TS, esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación¹⁹²⁵.

El principio de especialidad exige que la decisión judicial de intervención telefónica esté siempre relacionada con la investigación de un delito concreto cuyos elementos ya se trazan, al menos, en el plano indiciario que permite el estado incipiente del proceso, como señala la STS 71/2017, de 8 de febrero¹⁹²⁶. Ahora bien, prosigue la sentencia indicando que “lo verdaderamente decisivo, desde la perspectiva de la solicitud policial, no es la calificación jurídica, sino los hechos”. Son éstos y no un precipitado juicio de tipicidad, los que han de servir al juez competente ponderar la pertinencia de la diligencia propuesta y su encaje en los principios constitucionales que justifican el sacrificio. Destacamos, como ejemplo, lo indicado por la STS 488/2017, de 29 de junio¹⁹²⁷, que entiende que “una información anónima no es suficiente, en principio, para autorizar observaciones telefónicas pero sí para iniciar una investigación a partir de la misma y obtener datos o indicios objetivos que la justifiquen posteriormente”. Y, tampoco es suficiente, como indica la STS 523/2017, de 7 de julio¹⁹²⁸: “la sospecha acerca de la comisión del delito o de la participación del sospechoso no puede ser considerada un indicio, por más contundente que sea su expresión, ni tampoco, consecuentemente, puede serlo la afirmación de la existencia del delito y de la participación; o de su posibilidad o probabilidad. Por el contrario, lo que se exige son datos o elementos, que, desde una perspectiva objetiva justifiquen la sospecha”. En concreto, el TS ha exigido que se trate de “datos objetivos, accesibles por terceros, verificables, seriamente sugestivos de la comisión del delito y de la participación del sospechoso, y que estén al alcance del Juez en el momento previo a su decisión, de modo que éste los conozca y los pueda valorar;

¹⁹²⁵ En este sentido, véase las SSTs 510/2017, de 4 de julio [RJ\2017\3593], ponente Excmo Sr. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro, f.j. 1º; 823/2013, de 5 de noviembre [JUR 2013\353892], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 4º; 717/2013, de 1 de octubre [RJ 2013\7096], ponente Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta, f.j. 1º; 440/2013 de 20 mayo [JUR 2013\196725], ponente Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro, f.j. 5º; 85/2013 de 4 febrero [RJ 2013\3170], ponente Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro, f.j. 1º; y 69/2013 de 31 enero [RJ 2013\6409], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 1º.

¹⁹²⁶ [RJ\2017\2362], ponente Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 2º.

¹⁹²⁷ [RJ\2017\3087], ponente Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz, f.j. 1º.

¹⁹²⁸ [RJ\2017\3836], ponente Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta, f.j. 1º.

y que se expresen de tal forma en su resolución que aquella valoración pueda luego ser controlada, en su racionalidad, por otro Tribunal”¹⁹²⁹. Por lo tanto, son necesarios indicios objetivos para justificar la adopción de una medida de intervención telefónica.

Así las cosas, el principio de especialidad justifica sólo la intervención al delito investigado, pero ¿qué sucede si durante la práctica de la intervención telefónica se descubre un delito distinto por el que se había autorizado? Los denominados hallazgos o descubrimientos casuales¹⁹³⁰, actualmente regulados en el art. 588 bis i) LECrim –que remite su regulación a lo dispuesto en el vigente art. 579 bis del mismo texto legal¹⁹³¹– relativos a nuevos hechos, suelen ser habituales durante el desarrollo de este tipo de medidas de investigación, los cuales pueden estar o no relacionados con los hechos que inicialmente se investigan. Para dar una solución jurídica relativa a estos descubrimientos ocasionales, como recuerda la reciente STS 86/2018, de 19 de febrero¹⁹³², debemos diferenciar: a) Si los hechos descubiertos tienen conexión –en base a lo establecido en el art. 17 LECrim– con los hechos inicialmente investigados, en este caso, entendemos que será necesario ponerlo en conocimiento inmediato del juez y pedir, si es necesario seguir investigando, una nueva autorización judicial de intervención telefónica que incorpore los nuevos hechos para dar cumplimiento al principio de especialidad. Y, b) si los hechos ocasionalmente conocidos no guardan relación con los investigados en el procedimiento y son penalmente relevantes, servirán como *notitia criminis* para que, según las normas de

¹⁹²⁹ STS 523/2017, de 7 de julio [RJ\2017\3836], ponente Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta, f.j. 1º.

¹⁹³⁰ Para un análisis en más profundidad de esta materia véase CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas...*, ob. cit., pp. 87 y ss.

¹⁹³¹ En concreto su apartado tercero establece que “La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del Juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce”.

¹⁹³² [RJ\2018\1029], ponente Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 13º. Igualmente se pronuncia STS 71/2017, de 8 de febrero, [RJ\2017\2362], ponente Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 2º; 400/2017, de 1 de junio [RJ\2017\3872], ponente Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz, f.j. 2º; 412/2017, de 7 de junio [RJ\2017\2623], ponente Excmo Sr. Andrés Palomo del Arco, f.j. 1º.

competencia, se inicie un nuevo procedimiento penal al respecto.

2.3. Principio de idoneidad

El siguiente principio que debemos analizar es el de idoneidad, reconocido en el apartado tercero del art. 588 bis a) LECrim. El legislador entiende que este principio servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

El principio de idoneidad viene a fijar, como indica el TS, si una determinada medida es la adecuada para alcanzar la finalidad perseguida¹⁹³³. Así, una diligencia de intervención telefónica es considerada idónea porque de ella cabe esperar resultados útiles para aquella finalidad¹⁹³⁴. Según el diccionario de la Real Academia Española, se entiende por idóneo lo “adecuado y adecuado para algo”. Por tanto, la intervención telefónica será inidónea cuando haya otros medios más adecuados para descubrir el delito investigado¹⁹³⁵.

Tanto el TC como el TS han manifestado la relevancia de este principio en el ámbito de los derechos fundamentales, y en concreto, por lo que aquí nos interesa en el contexto de las intervenciones telefónicas¹⁹³⁶. Así, destacamos la ya mencionada STC 49/1999, de 5 de abril¹⁹³⁷, donde el TC apuntaba que “la expresión del presupuesto habilitante de la intervención telefónica constituye una exigencia del juicio de proporcionalidad. Pues, de una parte, mal puede

¹⁹³³ STS 754/2017, de 24 de noviembre [RJ\2017\5329], ponente Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 2º.

¹⁹³⁴ Véase en este sentido, entre las más recientes, las SSTS 431/2013 de 15 mayo [JUR 2013\227859], ponente Excmo. Sr. Luciano Varela Castro, f.j. 1º; y 218/2013 de 2 marzo [JUR 2013\171104], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 13º.

¹⁹³⁵ “El principio de idoneidad también es conocido como “principio de adecuación”, en razón que toda limitación de los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucional legítimo”, como señala CASABIANCA ZULETA, P., *Las intervenciones telefónicas...* ob. cit., Edit. J. M. Bosch 2016, Barcelona, 2016, p. 238.

¹⁹³⁶ De las resoluciones sobre intervenciones telefónicas, véase entre las más recientes las siguientes que hacen referencia a la idoneidad: SSTS 435/2013 de 28 mayo [RJ 2013\6421], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 10º; 379/2013 de 12 abril [RJ 2013\5541], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 1º; y 332/2013 de 9 abril [RJ 2013\3720], ponente Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez, f.j. 2º. Igualmente del TC véase las SSTC 14/2001, de 29 enero, ponente D. Julio Diego González Campos, f.j. 2º; y 253/2006, de 11 septiembre, ponente D. Francisco Javier Delgado Barrio, f.j. 2º.

¹⁹³⁷ Ponente D. Tomás S. Vives Antón, f.j. 7º.

estimarse realizado ese juicio, en el momento de adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que la legitima. Y, de otra, sólo a través de esa expresión, podrá comprobarse ulteriormente la idoneidad y necesidad de la medida limitativa del derecho fundamental". Del mismo modo lo establece el TS: así, por ejemplo, su sentencia 431/2013, de 15 de mayo¹⁹³⁸, exige que para adoptar una diligencia de intervención telefónica debe mostrarse necesaria y funcionalmente idónea¹⁹³⁹.

2.4. Principio de necesidad

Este principio se encuentra también reconocido, junto con el de excepcionalidad, en el apartado cuarto del art. 588 bis a) LECrim. En concreto, en aplicación del principio de necesidad solo podrá acordarse la medida de intervención telefónica cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida¹⁹⁴⁰. Esto es, cuando sea imprescindible la utilización de la diligencia para el buen fin de la investigación.

De hecho, la necesidad de la medida constituye un requisito de su constitucionalidad¹⁹⁴¹. El principio de necesidad se deriva de lo previsto en el art. 8.2 CEDH¹⁹⁴², según el cual, en caso de injerencia en el derecho al secreto de las

¹⁹³⁸ [JUR 2013\227859], ponente Excmo. Sr. Luciano Varela Castro, f.j. 1º. Igualmente se pronuncian las SSTS 218/2013 de 2 marzo [JUR 2013\171104], ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 13º; y 33/2013 de 24 enero [JUR 2013\69797], ponente Excmo. Sr. Joaquín Giménez García, f.j. 3º.

¹⁹³⁹ Igualmente se pronuncia la doctrina: cfr. CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 978; o GÓMEZ COLOMER, J. L., ESPARZA LEIBAR, I., y PÉREZ CEBADERA, M. A., "Actos de injerencia en derechos fundamentales", en *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 308.

¹⁹⁴⁰ En esta línea lo establece la reciente STS 216/2018, de 8 de mayo, ponente Excmo Sr. Vicente Magro Servet, f.j. 2º.

¹⁹⁴¹ Cfr. STS 679/2013 de 25 septiembre [RJ 2013\7324], ponente Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 6º.

¹⁹⁴² Este artículo establece literalmente que "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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

comunicaciones la medida debe ser necesaria y justificada. Según el diccionario de la Real Academia Española, se entiende por necesario lo que “forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder”. Así pues, lo que trata de establecer este principio es la indispensabilidad de la intervención, de manera que para su aplicación es inexcusable determinar el sacrificio, amenaza o lesión del bien jurídico protegido, que en este caso es el secreto de las comunicaciones, y verificar que el menoscabo que se ocasiona en el derecho fundamental es el menor posible. Así, como señala la reciente STS 39/2018, de 24 de enero, “el carácter necesario de la medida depende de la existencia de indicios de la comisión de un delito grave, que requiera por lo tanto una intervención del Estado, y de la inexistencia de posibilidades reales, en el caso, de desarrollar la investigación a través de medios menos gravosos”¹⁹⁴³. Dicha necesidad debe apreciarse por el juez antes de la adopción de la medida, en función del conjunto de circunstancias concurrentes y de la finalidad de la investigación¹⁹⁴⁴.

En este aspecto cobra relevancia la doctrina del TEDH, según la cual la necesidad de una medida de intervención telefónica se encuentra íntimamente ligada con la existencia de garantías limitativas y suficientes contra los abusos. En concreto, en cada uno de los casos, deberá examinarse si la injerencia es o no necesaria en una sociedad democrática para alcanzar los objetivos que se pretenden con tal intervención de las comunicaciones. Por regla general una

¹⁹⁴³ [RJ\2018\247], ponente Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, f.j. 1º. En la misma línea, véase las SSTs 431/2013 de 15 mayo [JUR 2013\227859], ponente Excmo. Sr. Luciano Varela Castro, y 33/2013 de 24 enero [JUR 2013\69797], ponente Excmo. Sr. Joaquín Giménez García, f.j. 3º. Destacamos entre todas la STS 644/2012 de 18 julio [JUR 2012\255443], ponente Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 22º, que indica de forma expresa que “La necesidad de la medida significa que solo debe acordarse cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación”.

Igualmente véase de la doctrina científica a GAVARA DE CARA, J. C., “El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., p. 12; y MONTÓN REDONDO, A., “Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas”, en *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Vol. 4, 1995, p. 1044. Y, a CLIMENT DURÁN, C., *La prueba...*, ob. cit., p. 978, quien establece que: “El juicio de necesidad, proyectado sobre una intervención telefónica, significa determinar si este medio de investigación es imprescindible para descubrir el delito perseguido, por no existir otro medio de investigación menos traumático para con los derechos de la persona imputada, y que sea igualmente eficaz para el logro del objetivo de descubrir y perseguir un concreto delito”.

¹⁹⁴⁴ Cfr. STS 679/2013, de 25 de septiembre [RJ 2013\7324], ponente Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 6º.

injerencia de tal magnitud en la vida privada de una persona debe ir encaminada a permitir el esclarecimiento de la verdad en el marco de un procedimiento criminal y, por lo tanto, a la defensa del orden¹⁹⁴⁵.

Asimismo, sobre el principio de necesidad, se ha pronunciado también el TC en varias de sus resoluciones, de las cuales podemos destacar su sentencia 154/2002, de 18 de julio¹⁹⁴⁶, que señala de forma contundente que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido”. De igual modo, la STC 49/1999, de 5 de abril, también se refiere en dos de sus fundamentos jurídicos a la importancia del principio de necesidad para conseguir un auténtico juicio de proporcionalidad¹⁹⁴⁷.

2.5. Principio de excepcionalidad

El último de los principios que debe cumplir toda medida de intervención telefónica para cumplir con su legitimidad es el principio de excepcionalidad. Como ya apuntábamos en el apartado anterior, éste también se encuentra reconocido en la nueva redacción del art. 588 bis a) LECrim. Así pues, en aplicación del principio de excepcionalidad solo podrá acordarse la medida de intervención telefónica cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado siempre que sean igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho¹⁹⁴⁸.

En consecuencia, en virtud del principio de excepcionalidad, la medida de intervención telefónica “sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre

¹⁹⁴⁵ En este sentido véase entre otros: Caso Klass y otros contra Alemania, sentencia de 6 de septiembre de 1978 [TEDH 1978\1], ap. 50, 54 y 55; Caso Lambert contra Francia, sentencia de 24 de agosto 1998 [TEDH 1998/40], ap. 29, 30 y 31; y Caso Matheron contra Francia, sentencia de 29 de marzo 2005 [JUR 2005/102244], ap. 35.

¹⁹⁴⁶ Ponente D. Pablo Manuel Cachón Villar, f.j. 8º. Igualmente se pronuncia la STC 13/1985, de 31 enero, ponente Don Francisco Tomás y Valiente, f.j. 2º;

¹⁹⁴⁷ Ponente D. Tomás S. Vives Antón, f.j. 7º y 8º.

¹⁹⁴⁸ Y así lo corrobora la reciente STS 216/2018, de 8 de mayo, ponente Excmo Sr. Vicente Magro Servet, f.j. 2º.

los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones”¹⁹⁴⁹.

Es más, según el diccionario de la Real Academia Española, se entiende por excepcional algo “que constituye excepción de la regla común”, o también algo que “se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez”. Así, la excepcionalidad de la medida de intervención telefónica determina que no se trata de un medio habitual de investigación ya que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona que está sometida a la diligencia, de manera que su uso debe efectuarse con carácter limitado¹⁹⁵⁰. En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada el TS¹⁹⁵¹. Como recuerda su sentencia 823/2013, de 5 de noviembre¹⁹⁵², el hecho de realizar una intervención telefónica en el seno de una investigación penal no debe suponer que la adopción de la medida sea sistemática ni que deba concederse de forma rutinaria.

Por esta razón, cuando se decida finalmente llevar a cabo esta diligencia de investigación, debe en todo caso acreditarse una previa investigación policial que, para prosperar, necesita, por las características del caso, de la intervención telefónica. Por ello, esta nota de subsidiariedad debe completarse con las de idoneidad y necesidad formando un todo inseparable, que actúa como barrera ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional.

3. Reflexión final

Una vez realizado el estudio sobre los principios rectores en materia de intervenciones telefónicas comprendemos la relevancia del sometimiento a los

¹⁹⁴⁹ STS 754/2017, de 24 de noviembre [RJ\2017\5329], ponente Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar, f.j. 2º.

¹⁹⁵⁰ Véanse las SSTS 735/2013, de 10 de octubre [RJ 2013\6932], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 1º; 717/2013, de 1 de octubre [RJ 2013\7096], ponente Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta, f.j. 1º; 514/2013, de 12 de junio [RJ 2013\5948], ponente Excmo. Sr. Joaquín Giménez García, f.j. 2º; y 33/2013, de 24 de enero [JUR 2013\69797], ponente Excmo. Sr. Joaquín Giménez García, f.j. 3º.

¹⁹⁵¹ Véase las SSTS 544/2013, de 20 de junio [JUR 2013\269052], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 2º; 35/2013, de 18 de enero [RJ 2013\1286], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 3º; y 639/2012, de 18 de julio [JUR 2012\311016], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 18º.

¹⁹⁵² [JUR 2013\353892], ponente Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer, f.j. 4º.

mismos para conseguir que esta medida de investigación sea legítima y respete los derechos fundamentales que pueden limitarse con su práctica. De lo contrario, la medida de intervención telefónica vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones y, en consecuencia, no podría utilizarse el resultado derivado de ella por ser considerada ilícita¹⁹⁵³.

Si bien estos principios rectores no se encontraban reconocidos en la anterior redacción del art. 579 LECrim, sí habían sido reclamados por parte de la jurisprudencia de los altos tribunales desde hacía décadas. Así pues, siguiendo las exigencias de la doctrina jurisprudencial, el legislador cumple con éstas en la reforma de la LECrim de 2015, incorporando en el texto procesal penal el desarrollo de estos principios, remarcando así la importancia del respeto a todos ellos para poder autorizar medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales.

4. Bibliografía

CASABIANCA ZULETA, P., *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2016.

CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2014.

CASANOVA MARTÍ, R., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones en el proceso penal”, en *Principios y garantías procesales* (Dir. Joan Picó i Junoy), Edit. J. M^o. Bosch, Barcelona, 2013.

CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GÓMEZ COLOMER, J. L., ESPARZA LEIBAR, I., y PÉREZ CEBADERA, M. A., “Actos de injerencia en derechos fundamentales”, en *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

¹⁹⁵³ Sobre las consecuencias de la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones véase CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas...*, ob. cit., pp. 316 y ss.

GAVARA DE CARA, J. C., "El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales", Thomson Aranzadi [BIB 2003\1386], www.westlaw.es, 2003.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, Edit. Colex, Madrid, 1990.

LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I y II, 5º Ed., Edit. Thomson Aranzadi, Navarra, 2012.

MONTÓN REDONDO, A., "Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas", en *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Vol. 4, 1995, p. 1044.

PEDRAZ PENALVA, E. (con ORTEGA BENITO, V.), "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", en P.J., núm. 17, marzo, 1990.

RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Edit. Wolkers Kluwer, Madrid, 2017.

Los plazos de instrucción: análisis crítico del art. 324 LECRIM

María Teresa Agut García

Prof. Asociada Universitat Jaume I

Castellón de la Plana¹

La centenaria Lecrim ha sido objeto de numerosas reformas desde su promulgación, algunas de gran calado, como es el caso de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Lecrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Como su propia rúbrica recoge, pretende la agilización del procedimiento penal con el fin de evitar las dilaciones indebidas, introduciendo cambios de gran importancia, entre los que debemos destacar la medida más novedosa y controvertida: los plazos máximos de instrucción del art. 324 LECrim.

Los nuevos plazos de instrucción del art. 324 Lecrim no son algo desconocido en nuestro ordenamiento, toda vez que ya se preveía en la antigua redacción un inoperante plazo de un mes para instruir. La principal innovación radica en que, tal y como recoge el propio legislador en el Preámbulo de la Ley, dicho precepto establece unos plazos máximos más realistas, cuyo transcurso, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, sí provoca consecuencias procesales. Si bien, a simple vista su estudio puede parecer sencillo, ello está muy alejado de la realidad: son muchas las cuestiones prácticas que se plantean al respecto.

En un principio el precepto debía afectar a los procedimientos sumario o diligencias previas (algunos autores consideran que también sería extensible al procedimiento del Tribunal del Jurado¹) incoados con posterioridad a su

¹ Esta comunicación tiene su base en el trabajo realizado en el trabajo fin de master “Sistema de Justicia Penal”

² MUERZA ESPARZA, J., “Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la Justicia penal”, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 71 y 72., debido a que al amparo de lo dispuesto en el art. 24.2 LOTJ (la aplicación de la Lecrim será supletoria en lo que no se oponga a la LOTJ) el art. 324 LECrim es aplicable al procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

promulgación, sin embargo, en la Disposición Adicional Única se dispuso que también debía ser de aplicación para aquellos procedimientos ya iniciados o que estuvieran en trámite. Además, la reforma legislativa preveía expresamente que no supondría un incremento de dotaciones de personal ni otras retribuciones, es decir, no se facilitaban nuevos medios personales y materiales para abordar su previsiblemente compleja entrada en vigor.

Y las peores previsiones se hicieron realidad: Jueces de Instrucción y Fiscales tuvieron que llevar a cabo jornadas extenuantes para evitar el archivo de numerosas causas penales en trámite, que debieron ser estudiadas para evitar el agotamiento de los plazos. Tal circunstancia produjo un colapso de todos los Juzgados de Instrucción de nuestro país dada la imposibilidad de poder revisar todas esas causas en trámite antes de la expiración del plazo de seis meses, esto es, el día 6 de junio de 2016 (la “fatídica fecha crítica”). Tal avalancha de trabajo para Jueces y Fiscales provocó que días antes de la entrada en vigor de la Ley se solicitara que la misma no se llegara a producir, ya que, inexorablemente, en muchos casos sería imposible la ampliación de los plazos. Se achacaron responsabilidades entre los diversos grupos profesionales: a los Fiscales por no revisar todas las causas y a los Letrados de la Administración de Justicia por no dar cuenta del estado de las mismas tal y como están obligados por ley. Pero, pese a todo, y con la incertidumbre sobre las consecuencias que conllevaría el agotamiento de los plazos en las causas sencillas, la Ley entró en vigor en la fecha prevista.

La redacción del artículo 324 Lecrim, contrariamente a lo deseable de cualquier norma legal, es ambigua y poco clara, dando lugar a numerosas dudas e incertidumbres. Para una mejor comprensión de dicha norma es adecuado acudir a la Circular de la Fiscalía General del Estado¹⁹⁵⁴, la cual, pese a que resulta no vinculante para los Tribunales de Justicia, sí tiene un enorme valor doctrinal, y ha proporcionado unas importantes pautas interpretativas, aunque no ha

¹⁹⁵⁴ Circular 5/2015, de la Fiscalía General del Estado sobre los plazos máximos de la fase de instrucción

analizado o resuelto todos los problemas que pueden darse. Por otro lado, las numerosas resoluciones jurisprudenciales analizadas nos han permitido comprobar que en la mayor parte de las cuestiones reguladas por el precepto no existe una única línea de interpretación, sino que deberemos estar al caso concreto para conocer su aplicación, y que incluso hay cuestiones que debido a la falta de concreción del precepto deberán de ser completadas jurisprudencialmente (piénsese, por ejemplo, en las causas para la determinación de la complejidad).

Así pues, el art. 324 Lecrim ha establecido unos plazos concretos y determinados para completar la instrucción, que pueden verse ampliados en determinados supuestos, diferenciando de este modo entre causas de instrucción sencillas, que deben finalizarse en seis meses, de aquellas que tienen una instrucción compleja y cuyo plazo inicial puede verse ampliado. Dicha ampliación se produce tras la declaración de complejidad y hasta un total de dieciocho meses (incluyendo los seis meses iniciales), pudiendo a continuación prorrogarse adicionando otros dieciocho meses o un período inferior, y, por último, ampliarse con un nuevo plazo excepcional cuya extensión no viene determinada, sino que debe ser fijada motivadamente por el Juez tras finalizar la prórroga o directamente en las causas sencillas.

La causa será declarada compleja en aquellos supuestos en los que por causas sobrevenidas a la investigación esta no puede razonablemente completarse en el plazo estipulado, pese a que inicialmente haya sido declarada sencilla. El precepto en este apartado no resulta claro por cuanto parece excluir aquellas causas en las que las referidas circunstancias concurren desde su incoación, sin embargo, la interpretación que consideramos más acertada entiende que contempla también aquellas causas que inicialmente eran sencillas, y las circunstancias surgen con posterioridad. De igual modo, el artículo no arroja luz sobre si cuando la complejidad concurre *ab initio* el juez, puede declararla de

oficio¹⁹⁵⁵, cuestión que resulta muy controvertida y que en la práctica no se realiza por los Jueces de instrucción¹⁹⁵⁶³.

En segundo lugar, la complejidad se puede declarar en aquellos supuestos en los que concurran de forma sobrevenida algunas de las circunstancias de una lista cerrada de supuestos que recoge el propio precepto¹⁹⁵⁷: a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales; b) tenga por objeto numerosos hechos punibles; c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas; d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis; e) implique la realización de actuaciones en el extranjero; f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o g) se trate de un delito de terrorismo. A diferencia de los supuestos indicados en el párrafo anterior, que eran una lista abierta, en este caso nos encontramos ante una lista cerrada, y su consecuencia es que si alguna de dichas circunstancias concurre, la causa goza de la presunción *iuris tantum* de complejidad, por lo que no se requiere, como en los primeros, que se justifique debidamente la necesidad de ampliación del plazo. Los supuestos contenidos en los apartados e), f) y g) no ofrecen dificultad en su interpretación, pero respecto del resto de apartados la cuestión es distinta: para el apartado a) es necesario acudir a otros preceptos legales para desarrollar y conocer su verdadero significado, y los apartados b), c), y d) contienen conceptos indeterminados, que no constan definidos en ningún otro precepto legal, por lo

¹⁹⁵⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, G., “¿Puede el Juez acordar de oficio la prórroga del plazo de instrucción? Foro abierto, Revista de Jurisprudencia el Derecho, nº1, 2017.

¹⁹⁵⁶ ZARAGOZA TEJADA, J.I., “La modificación operada por la Ley 41/2015 para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. El sistema de plazos”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9, 2016.

¹⁹⁵⁷ “Se trata de un listado de supuestos que, aun siendo *numerus clausus*, resulta bastante amplio” en GIMENO BEVIÁ, J., “La agilización de la justicia penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la Lecrim” Revista Gabilex Revista Del Gabinete Jurídico De Castilla-La Mancha, núm. 2, 2015, pág. 111; por su parte considera que no son *numerus apertus*, es decir son causas tasadas MAGRO SERVET, V., “Preguntas y respuestas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Monográfico Especial “Enjuiciamiento Criminal 2015. Un año de reformas”, Wolters Kluwer, 2015.

que para conocer con certeza su alcance deberemos esperar las respuestas que vaya dando la jurisprudencia.

El propio art. 324 Lecrim recoge como regla general que el *dies a quo* para el cómputo del plazo máximo de instrucción es la fecha del Auto de incoación del sumario o diligencias previas. También este extremo plantea numerosas dudas. La Circular FGE arrojó cierta luz en determinados casos concretos que suelen ser muy comunes en la práctica, debiendo destacar los siguientes: en aquellos procedimientos en los que se plantea la inhibición por cuestiones de competencia, para el cómputo del plazo se ha de atender a la fecha del primer Auto de incoación; cuando se hayan producido diversas acumulaciones, en el caso de existir diversos Autos de incoación de diligencias, aquel que determinará el inicio del cómputo de los plazos es el de incoación de las últimas diligencias iniciadas; cuando se produzca una transformación del procedimiento, es decir, que pese a que inicialmente se incoen diligencias previas luego estas se transformen en sumario o bien, suceda al contrario, que pese a ser iniciadas como sumario sea necesario reconducirlas por diligencias previas, en tales casos la fijación del *dies a quo* se efectuará atendiendo al primer Auto de incoación dictado, sin que dicha modificación de procedimiento suponga la concesión de un nuevo plazo; en aquellos supuestos en los que la incoación inicial sea a través del trámite de diligencias previas, pero que posteriormente proceda su transformación en Tribunal del Jurado, el *dies a quo* para el cómputo del plazo es el Auto de incoación de diligencias previas, aunque una vez transformado ya no le son de aplicación los plazos de instrucción sino la LO 5/1995, de 22 de mayo de Tribunal del Jurado.

En la conversión de la causa sencilla en “compleja”, por la que se amplía el plazo de instrucción hasta un total de dieciocho meses, la declaración debe decretarse por el Juez instructor antes de la expiración del plazo inicial de los seis meses a instancia del MF y previa audiencia de las partes. El Auto que declare o deniegue la complejidad de la causa es susceptible de recurso de conformidad con el régimen general de recursos para este tipo de resoluciones. Ahora bien, pese a que el tenor literal del precepto establece que la solicitud se realizará a instancia del MF, ello no obsta para que, llegado el caso, ante la desidia del MF,

sea el propio Juez instructor quien le dé traslado para que aquel se pronuncie sobre la necesidad de declarar la causa compleja. En este sentido no debemos olvidar que el art. 214 Lecrim establece la obligación a los Letrados de la Administración de controlar el transcurso de los plazos y de poner en conocimiento al Juez o Tribunal el vencimiento de los mismos. El análisis jurisprudencial realizado nos ha confirmado que no es válida la declaración de complejidad transcurrido el plazo inicial previsto para las causas sencillas.

El Juez instructor de la causa que fue declarada compleja puede acordar su “prórroga” mediante Auto por igual plazo de dieciocho meses o uno inferior, a instancia del MF y previa audiencia de las partes. Para ello el MF al interesar la prórroga debe expresar y argumentar las razones por las que considera necesario que se acuerde, esto es, cuando la investigación no pueda razonablemente completarse en el plazo de los dieciocho meses previstos para las causas complejas. Sin embargo, en este supuesto, a diferencia de lo que ocurre en la declaración de complejidad, atendiendo al propio tenor del texto legal no es necesario que el Juez acuerde dicha prórroga antes de la expiración del plazo, puede hacerlo una vez agotado el mismo¹⁹⁵⁸; y así lo entiende la Circular FGE. Frente al Auto que acuerda la prórroga cabe interponer recurso, pero frente a la resolución que desestima la solicitud de prórroga no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno.

En último lugar, recoge el precepto como supuesto excepcional la declaración de un “plazo máximo” a solicitud del MF o por alguna de las partes personadas, previa audiencia del resto de partes, tanto si la causa es sencilla, es compleja o se ha declarado la prórroga, debido a que concurren razones que lo justifiquen, no estableciéndose el período concreto del mismo por la Ley. El Auto en el que se acuerde debe dictarse antes del transcurso de los plazos legales o de

¹⁹⁵⁸ “Si bien la petición de la Fiscalía ha de presentarse con anterioridad a la finalización del plazo, la resolución judicial correspondiente puede dictarse más adelante, con el efecto de reanudar el período hábil para la investigación.” en MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015”, Castillo de Luna, DL, Madrid, 2015.

la prórroga, y motivarse expresamente su duración al tratarse de una facultad excepcional otorgada al instructor. Y es por ello que igualmente es necesario que esté suficientemente motivada la solicitud de fijación de plazo máximo por la parte que lo interese. En este caso, a diferencia de los supuestos anteriores, la facultad para solicitar la prórroga ya no corresponde en exclusiva al MF, sino que también se ha atribuido a cualquiera de las partes personadas, rompiendo con el criterio mantenido respecto de la declaración de complejidad y de la prórroga para las causas complejas. La resolución que acuerde el plazo excepcional es recurrible de conformidad con el régimen general. Surge la pregunta de si tras la finalización del plazo fijado excepcionalmente es posible volver a ampliar el plazo; pero tal situación no ha sido planteada todavía ante los Tribunales, por lo que deberemos esperar a que se vayan agotando los plazos de instrucción para saber cómo se va solucionando.

El art. 324 Lecrim dispone que las partes que no hayan hecho uso de la facultad que acabamos de indicar en la conclusión que antecede, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 Lecrim. Esto es, no pueden pedir la revocación de la conclusión del sumario para la práctica de nuevas diligencias de conformidad con lo previsto en el art. 627 Lecrim en el procedimiento ordinario, ni la práctica de aquellas diligencias que se consideren indispensables para formular acusación del art. 780 en el procedimiento abreviado. Sin embargo, en la práctica es posible que el Juez instructor dicte Auto de conclusión del sumario o la resolución prevista en el art. 780 Lecrim con anterioridad al transcurso de los plazos máximos de instrucción y con anterioridad a que se pida la prórroga extraordinaria, en dicho caso: si se da en el procedimiento abreviado, el MF puede recurrir el Auto previsto argumentado su revocación por la necesidad de que se proceda a la práctica de las diligencias indispensables y si se encuentra dentro del plazo máximo de instrucción, o bien para la petición de la prórroga extraordinaria del art. 324.4 Lecrim; y en el caso del Procedimiento Ordinario el MF en el trámite previsto en el art. 627 Lecrim puede solicitar la revocación del Auto de conclusión del sumario para la práctica de las diligencias que estime

pertinentes en el supuesto de que no haya transcurrido el plazo máximo para la instrucción o bien para la petición de la prórroga extraordinaria.

El art. 324 Lecrim establece dos supuestos en los que los plazos de instrucción pueden verse interrumpidos para evitar el agotamiento de los plazos, siendo estos: cuando se acuerde el secreto de las actuaciones durante la duración del mismo¹⁹⁵⁹, no debemos olvidar que durante este período las partes no tienen conocimiento del contenido de las acciones limitando su derecho a la defensa; en el caso de que se acuerde sobreseimiento provisional de la causa al amparo de lo previsto en el art. 641 Lecrim, pero esta podrá reaperturarse si concurren nuevos elementos fácticos de interés para la causa. Es importante destacar que los Jueces Instructores han abusado del uso de este archivo provisional para evitar el agotamiento de los plazos, aun en aquellos supuestos en los que se está a la espera del resultado o recepción de alguna diligencia acordada previamente (que pese a su recepción posterior a la finalización del plazo son válidas), y facilitar que si es necesario la práctica de nuevas diligencias, el plazo no haya finalizado.

La Circular FGE ha indicado otros casos en los que también se interrumpirían los plazos: mientras se llevan a cabo labores de traducción de las actuaciones; cuando se produzcan cuestiones prejudiciales devolutivas; así como por el comportamiento temerario o mala fe del investigado, que pretenda suscitar incidentes con la única finalidad de agotar el plazo de instrucción.

Finalizada la instrucción, si el Juez no lo hiciera por iniciativa propia, es el MF quien ha de instarle para que proceda a su conclusión cuando entienda esta que ha cumplido con su finalidad. Se produce tanto cuando considere que la instrucción no debe continuar porque tiene elementos suficientes para interesar la apertura del juicio oral como cuando solicite su sobreseimiento, debiendo el Juez resolver la petición interesada dentro del plazo de quince días, dicha

¹⁹⁵⁹ GIMENO BEVIÁ, J., “La agilización de la justicia penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la Lecrim” Revista Gabilex, núm. 2, 2015, destaca que “Ello dará lugar a la declaración de secreto en multitud de causas con el único fin de controlar el plazo de instrucción. Quizás el legislador debiera haber omitido esta propuesta ya que bastaría, aunque la causa sea declarada secreta, con la solicitud de prórroga de la instrucción. Por tanto, en el momento en que cabe la posibilidad de solicitar una prórroga no resulta innecesaria la interrupción del cómputo del plazo de instrucción.”

resolución es recurrible conforme a la regulación general de recursos. Ahora bien, el artículo recoge la imposibilidad de que el Juez archive de modo automático las causas, de manera que tan solo podrá hacerlo cuando realmente proceda el sobreseimiento libre o provisional.

Resulta fundamental destacar la importancia que adquiere el transcurso de los plazos de instrucción respecto de las diligencias de investigación, las consecuencias según los supuestos que pueden darse en la práctica y que tendrán un resultado muy distinto: en primer lugar, si las diligencias de investigación han sido acordadas con anterioridad a la finalización de los plazos legales de instrucción, las mismas resultan totalmente válidas; y en segundo lugar, si las diligencias han sido acordadas después del transcurso de los plazos legales, en dicho supuesto, el nuevo precepto legal guarda silencio y no establece cuáles son sus consecuencias.

El Juez instructor se ha visto abocado a practicar la instrucción dentro unos límites temporales concretos y muy reducidos so pena de, caso de incumplimiento, graves consecuencias. Ahora bien, pese a la obligatoriedad en el cumplimiento de los plazos y las posibles responsabilidades disciplinarias en las que él mismo, el MF o el propio Letrado de la Administración de Justicia podrían incurrir, no constan determinadas cuáles son las consecuencias jurídicas de la transgresión de dichos plazos. Esta falta de regulación de las consecuencias procesales por el no cumplimiento de los plazos de la instrucción conlleva una gran incertidumbre e inseguridad jurídica, situación del todo inaceptable en un Estado de Derecho y todavía más si tenemos en cuenta que nos encontramos en el ámbito penal, en el que existen diversos intereses en juego, en particular, los propios de la víctima y los del investigado.

Ahora bien, tal y como se ha criticado por numerosos autores ello no puede suponer una impunidad o “amnistía indiscriminada” cuando se agoten los plazos¹⁹⁶⁰. La Circular FGE ha dado respuesta a la cuestión destacando que las diligencias acordadas fuera de plazo no deben asimilarse a las pruebas ilícitas

¹⁹⁶⁰ GÁLVEZ DÍEZ, T., “¿Mejorará la justicia penal con los nuevos plazos de instrucción?”, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 922, 2016.

por cuanto no se han obtenido vulnerando derechos ni libertades fundamentales, tienen valor como instrumento de investigación y como fuente derivada de otras pruebas, por lo que se consideran irregulares. Además, se entiende que afectan tan solo a aquellas diligencias practicadas durante la fase de instrucción, ello porque los plazos no son de aplicación en las otras fases del procedimiento penal, de manera que no se extiende a las diligencias complementarias, a las pruebas interesadas en el escrito de acusación ni a las que se planteen como cuestión previa en el acto del juicio, así como tampoco a la sumaria instrucción suplementaria.

Una de las incidencias que puede surgir como consecuencia del transcurso de los plazos de instrucción es la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas¹⁹⁶¹ prevista en el art. 21.6^a CP, que requiere de la "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento". Puede plantearse que lo que hasta ahora se había considerado un "plazo razonable" para la tramitación de una causa penal pueda verse modificado y que sea necesaria la apreciación de dicha atenuante en supuestos en los que antes no sería posible. Deberemos esperar a que esta cuestión sea resuelta por los Tribunales para conocer la interpretación que consideran más acertada.

Los plazos de instrucción han supuesto una limitación de los Jueces de Instrucción en su capacidad para investigar, principalmente en aquellos supuestos que revisten un alto grado de complejidad. Atendiendo al tenor literal del artículo se observa cómo el legislador ha efectuado una aproximación al modelo acusatorio caracterizado por ser el MF el encargado de dirigir la investigación, introduciendo unas pequeñas pinceladas con las que le otorga mayores facultades al MF¹⁹⁶². Pese a que en nuestro país prevalece la figura del

¹⁹⁶¹ MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015", Castillo de Luna, DL, Madrid, pág. 35.

¹⁹⁶² GIMENO SENDRA, V., Derecho procesal penal, Civitas, Madrid, 2015, pág. 282; ROIG ANGOSTO, M.C., "El tiempo de la instrucción. La nueva regulación del art. 324 Lecrim. Problemas y consecuencias previsibles de la fijación de plazos para la instrucción. La nueva regulación de la conexidad procesal y de la documentación de las actuaciones procesales", Formación a distancia del CGPJ, nº3, 2016, pág. 4; y MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-

Juez instructor y no la del Juez de garantías, el precepto no contempla que el Juez pueda declarar la ampliación de los plazos a iniciativa propia, sino que debe esperar a la solicitud del MF y previa audiencia de las partes (aunque existen interpretaciones doctrinales en contrario). Y se le otorga tal capacidad impulsora al MF en perjuicio del resto de partes (salvo en el plazo extraordinario). En la práctica ello implica que el MF deba tomar conocimiento de la causa desde su incoación y que interese la adopción de las diligencias necesarias para la instrucción dentro de los plazos. No obstante, puede darse el supuesto de que el MF no haya instado la ampliación del plazo pese a que el Juez lo considerase necesario. Además, el legislador olvida la posible existencia de la acusación particular y popular y que la visión de la causa del MF, en muchas ocasiones, no coincide con la de estos actores del proceso.

Son numerosas las críticas sufridas por el artículo estudiado, pese a las buenas intenciones del legislador para lograr con él solucionar el endémico problema existente en nuestro país de la lentitud y demora en la tramitación de las causas penales. Al menos, porque, como primera consecuencia de su entrada en vigor se ha producido el archivo masivo de numerosas causas penales y se ha propiciado la impunidad. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas recogido en el art. 24 CE y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que debe regir en el proceso penal no puede ser garantizado con esta norma, que ignora las exigencias propias de la seguridad jurídica del art. 9.3 CE, dejando en manos del MF la solicitud cuando son los Jueces los encargados de la instrucción, siendo más coherente que fueran estos mismos los encargados de decidir sobre la procedencia de las prórrogas. Tales críticas han provocado que haya habido proyectos de dos Leyes de derogación del plazo máximo, que, sin embargo, no lograron prosperar.

CUÉLLAR SERRANO, N., "La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015", Castillo de Luna, DL, Madrid, 2015, pág.50.

Así mismo, el Juzgado de Instrucción nº 4 de Huelva, ante las consecuencias de la finalización del plazo de instrucción sin practicar ninguna diligencia, mediante Auto de fecha 12 de enero de 2017, una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC; hubiera sido altamente conveniente contar con una interpretación del el Alto Tribunal, pero la cuestión no fue admitida a trámite por no concurrir los requisitos formales necesarios para ello.

La introducción de los plazos ha supuesto un importante cambio en la práctica judicial. Una primera consecuencia es que el instructor agota en la primera minuta las diligencias de instrucción, de este modo, se tendrán mayores posibilidades de fundar un juicio racional de imputación a la conclusión de la instrucción o la finalización del plazo; si bien, pese a que se acuerden inicialmente determinadas diligencias, es posible que en un momento posterior se dejen sin efecto por no considerarlas necesarias tras comprobarse la falta de relevancia penal de los hechos y la necesidad de archivo. También se ha producido el aumento considerablemente de archivos provisionales “ficticios” a la espera de recepción de informes periciales, policiales, exhortos... para lograr interrumpir artificialmente los plazos aun cuando la instrucción continua; ello ha dado lugar a que las estadísticas elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial arrojen cifras que avalan que el artículo ha sido muy beneficioso, sin embargo, la reducción de la pendencia de las causas penales es irreal dado que incluye dichos archivos ficticios.

BILIOGRAFÍA

AA.VV., Prof. Gómez Colomer, “Derecho Jurisdiccional III. Derecho Penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, ed. 26ª, 2016, pág. 158-160.

AA.VV., “Plazos de instrucción en diligencias previas (a partir del 6/12/2015)”, en Procedimiento Abreviado, Serie Bosch, 2016.

AA.VV., “Preguntas y respuestas sobre la reforma de la Lecrim”, Wolker Klumer, Rev. Especial Enjuiciamiento criminal, 2015.

ADÁN DEL RÍO, A., "Los nuevos plazos de la instrucción", Revista del MF, nº 2, 2016.

AGUILERA MORALES, M., "La agilización de la justicia penal en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (O "de cuando el oro parece...")", Diario La Ley, Núm. 8551, Sección Doctrina, 1 de Junio de 2015, Editorial La Ley.

ÁLVAREZ MENÉNDEZ, M. P., ¿Mejorará la Justicia Penal con los nuevos plazos de instrucción?, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 922, 2016.

ANÓN CALVETE, J., "Plazo máximo para la instrucción. Comentario a la nueva redacción del art. 324 de la LECrim sobre el plazo para la instrucción de asuntos penales", Revista de Derecho vLexM núm. 137, Octubre 2015.

ARMENTA DEU, M.T., "Lecciones de Derecho procesal penal", Marcial Pons, Madrid 2015.

ASENCIO MELLADO, J.M., "Derecho procesal penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

AZAUSTRE RUIZ, P., "Estudio crítico del nuevo régimen jurídico de plazos en la fase de instrucción del proceso penal", Revista de derecho y proceso penal, núm. 42, 2016, págs. 23-54.

BALLESTEROS MARTÍN, J.M., "El proceso en la vía penal. Fase de instrucción y juicio oral", El delito fiscal, 2009, págs. 505-519

BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, JESÚS, "Aspectos fundamentales de derecho procesal penal", La Ley, Madrid, 2015.

NAVARRO, J., "La instrucción previa: aspectos generales, actos de iniciación del procedimiento y actos de investigación", El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional, págs. 243-363

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., "Investigación e instrucción en el proceso penal", Estudios de derecho judicial, ISSN 1137-3520, Nº. 58, 2004 págs. 85-114.

DÍAZ LÓPEZ, J.A., "El transcurso del nuevo plazo máximo de la fase de instrucción", <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-transcurso-del-nuevo-plazo-maximo-de-la-fase-de-instruccion>

ESCUADERO HERRERA, C., "Derecho procesal penal", Centro de Estudios Financiero, Madrid, 2014.

GALLEGO SÁNCHEZ, G., "¿Puede el Juez acordar de oficio la prórroga del plazo de instrucción? Foro abierto, Revista de Jurisprudencia el Derecho, nº1, 2017.

GARCÍA SAN MARTÍN, J., "Consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas", Diario La Ley, Editorial La Ley, 28 enero 2015, n.º 8468.

GARCÍA-BERRO MONTILLA, C., "El MF ante la impunidad derivada del vencimiento de los plazos de instrucción del artículo 324 LECrim: alternativas legales", Diario La Ley, núm. 8786, 2016.

GIMENO BEVIÁ, J., "Análisis crítico de la reforma de LECRIM 2015", Revista de derecho y proceso penal Aranzadi, núm. 40 Octubre-Diciembre, 2015.

GIMENO BEVIÁ, J., "La agilización de la justicia penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la Lecrim" Revista Gabilex Revista Del Gabinete Jurídico De Castilla-La Mancha, núm. 2, 2015, pág. 105-129.

GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M., "Manual de derecho procesal penal", Colex, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2015.

GIMENO SENDRA, V., "El Derecho Procesal Penal", Colex, Madrid, 2º ed., 2007

GIMENO SENDRA, V., Derecho procesal penal, Civitas, Madrid, 2015.

GUIMERÁ FERRER-SAMA, R., " Los polémicos nuevos plazos de instrucción de las causas penales", <http://blog.sepin.es/2016/01/plazos-instruccion-reforma-lecrim/>

HUERTAS MARTÍN, I., "Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Aspectos relevantes de la reforma", Crónica de Legislación procesal, Vol. 4, Ed. Universidad de Salamanca, 2016.

HUERTAS MARTÍN, M.I., "Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales [BOE n.º 239, de 6-X-2015]", Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, vol. 4, núm. 1, 2016, págs. 329-333.

IZAGUIRRE GUERRICOGOITIA, J.M., "El MF y las novedades legales en la fase previa al juicio oral", Cuadernos digitales de formación CGPJ, núm. 12, 2016.

JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L., "La Reforma procesal penal de 2015", Dykinson, Madrid, 2015.

MAGRO SERVET, V., "Preguntas y respuestas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Monográfico Especial "Enjuiciamiento Criminal 2015. Un año de reformas", Wolters Kluwer, 2015.

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015", Castillo de Luna, DL, Madrid, 2015.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Derecho procesal penal", 2015, 7ª ed. actualizada con la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, Tirant lo Blanc, 2015.

MUERZA ESPARZA, J., "Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la Justicia pena"¹, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

MUÑOZ CUESTA, F.J., "Plazo máximo de instrucción de las causas penales", Actualidad jurídica Aranzadi, núm. 914, 2015, pág. 4.

NIEVA-FENOLL, J., "El art. 324 LECrim. no declara la caducidad de las instrucciones penales", Noticias jurídicas, 2016
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11080-el-art-324-lecrim-no-declara-la-caducidad-de-las-instrucciones-penales>

PÉREZ GÓMEZ, R., "Los plazos para la instrucción penal introducidos por la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consideraciones generales", Revista de Derecho vLex, núm. 138, noviembre 2015.

PÉREZ MINAYA, J., "El nuevo artículo 324 lecrim y su dudosa constitucionalidad", AJFV Revista Carta Magna, núm. 2, 2017.

RAMOS MENDEZ, F., "Enjuiciamiento criminal", Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2016.

RODRÍGUEZ CELADA, E., "La introducción de plazos máximos en la instrucción penal", Actualidad jurídica Uría Menéndez, núm. 42, 2016, págs. 71-78

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., "¿Es posible la reapertura de la investigación penal una vez transcurrido el plazo de los seis meses de instrucción?" Diario La Ley, núm. 8635, 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "La agilización del proceso penal, el procedimiento de decomiso autónomo y la ampliación de la apelación en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Diario La Ley, núm. 8527, 2015.

ROIG ANGOSTO, M.C., "Las reformas del proceso penal", Formación a distancia del CGPJ, nº3, 2016.

TERESA GÁLVEZ DÍEZ, T., "Mejorará la justicia penal con los nuevos plazos de instrucción?", Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 922, 2016.

VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E., "La eficiencia en el proceso penal. A propósito de las Leyes 41 y 42/2015, de 5 de octubre", Diario La Ley, núm. 8663, Sección Doctrina, 11 de Diciembre de 2015.

VIADA BARDAJÍ, S., “Los nuevos plazos en la instrucción penal”, El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 64, 2015, págs. 10-13.

ZARAGOZA TEJADA, J.I., “La modificación operada por la Ley 41/2015 para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. El sistema de plazos”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9, 2016.

La orden europea de detención y entrega: su aplicabilidad en la jurisdicción de menores

Sandra Jiménez Arroyo

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas

Departamento de Derecho Procesal. Universidad de Granada

Becaria de Investigación de la Fundación Banco Sabadell

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Resulta obligado comenzar refiriendo que una vez asumido por la Unión Europea (UE) el objetivo de construir un único espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ), fue en el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 donde se estableció que el principio de reconocimiento mutuo se debería convertir en la piedra angular del sistema de cooperación judicial en materia penal¹⁹⁶³. Y de conformidad con las conclusiones de dicho Consejo se estima conveniente la supresión entre los Estados miembros del procedimiento formal de extradición para las personas que eluden la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme, así como la necesidad de acelerar los procedimientos de extradición relativos a las personas sospechosas de haber cometido un delito y su sustitución por un sistema de entrega entre autoridades judiciales¹⁹⁶⁴. De ahí que fruto del mismo se adoptase la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de

¹⁹⁶³Sobre las principales aportaciones de los distintos tratados de la UE al sistema europeo de cooperación judicial, *vid.* entre otros, AGUILERA MORALES, M. "Justicia penal y Unión Europea: un breve balance en clave de derechos". *Diario La Ley*, nº 8883, 16 de Diciembre de 2016; ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010; ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*. Comares, Granada, 2011; FAGGIANI, V. *La justicia penal en la Unión Europea. Hacia la armonización de los Derechos Procesales*. Tesis Doctoral, Universidad de Granada y Universidad de Ferrara, 2015; GARRIDO CARRILLO, F. y FAGGIANI, V. "La armonización de los derechos procesales en la UE". *Revista General de Derecho Constitucional* 16, 2013.

¹⁹⁶⁴*Vid.* Apartado 35 de las Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere (Finlandia), 15 y 16 de octubre de 1999. Disponible a fecha de 8 de abril de 2018 en: [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm]

2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI), en la cual se concibe la orden de detención europea como la primera concreción en el ámbito del Derecho Penal del principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial¹⁹⁶⁵.

A partir de entonces se produjo un aumento de la producción normativa de las instituciones europeas basada en el principio de reconocimiento mutuo, ante lo cual, España decidió aglutinar tanto las decisiones marco y directivas pendientes de trasponer como las ya traspuestas en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM)¹⁹⁶⁶. De este modo, en el Título I de la LRM se establecen, entre otras cuestiones, las reglas comunes que rigen tanto la transmisión de las órdenes europeas y resoluciones judiciales a otros Estados miembros como su ejecución en España, los motivos generales de denegación del reconocimiento y la

¹⁹⁶⁵ Vid. Considerandos 1, 5, 6 y 10 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI).

¹⁹⁶⁶ Aunque la LRM se completa con la LO 6/2014, de 29 de octubre, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) para actualizar las competencias de distintos juzgados y tribunales en materia de emisión y ejecución de instrumentos de reconocimiento mutuo, lo cierto es que aglutinando toda la normativa europea en materia de reconocimiento mutuo en la LRM España puso fin a la técnica empleada hasta el momento de incorporar de forma individual cada decisión marco o directiva europea en una ley ordinaria y su correspondiente ley orgánica complementaria. En tal sentido, el Preámbulo de la Ley 23/2014 (ap. II y XVI), indica que el legislador español opta finalmente por esta técnica para evitar una enorme producción y dispersión normativa, facilitar su conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho y dar cabida a la incorporación de futuras directivas que puedan adoptarse en esta materia. Señala además, que la LO que la acompaña y que modifica la LOPJ evita las continuas reformas a las que ésta tendría que verse sometida si la tarea de transposición se realizase de manera individualizada. En definitiva, según expresa el ap. XVI del Preámbulo de la Ley 23/2014, ésta *“se configura como un instrumento integrador que, además de dar cumplimiento a las obligaciones normativas europeas, responde al compromiso de mejora de la cooperación judicial penal en la Unión Europea y la lucha contra la criminalidad, garantizando la seguridad y los derechos de los ciudadanos como fin irrenunciable del Estado”*. Sin embargo, al respecto, AGUILERA MORALES. *“Justicia penal y Unión Europea...”*. Op. Cit. P. 5., tras recordar que durante todos estos años el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por vía de las cuestiones prejudiciales se ha erigido en valedor de la construcción del ELSJ y de un proceso penal europeo, y precisar que desde el 1 de diciembre de 2014 éste tiene plena competencia para conocer de los procedimientos por incumplimiento contra los Estados que infrinjan las disposiciones europeas en materia de cooperación penal, atiende a la fecha de publicación de la LRM y se plantea si el verdadero motivo de la *ratio* de esta norma fue el expresado en su Preámbulo, más arriba indicado, *“o si fue más bien la de evitar la imposición de sanciones económicas por incumplimiento de los plazos de trasposición al ordenamiento español de alguna Directiva”*.

ejecución, o las normas sobre recursos, dedicándose en especial el Título II a la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE)¹⁹⁶⁷.

Con todo, lo cierto es que la regulación de la OEDE ha supuesto la materialización del principio de reconocimiento mutuo, del alto grado de confianza entre los Estados y de la cooperación judicial, siendo una muestra de la progresión del camino emprendido hacia la creación de un espacio único y común de seguridad y justicia europeas y constituyendo una importante manifestación de la lucha contra la criminalidad transfronteriza.

De forma más específica, y en lo que se refiere a la delincuencia juvenil, también existe en el seno de la Unión la pretensión de crear, dentro de este espacio de seguridad y justicia, un marco común europeo que permita proporcionar una respuesta integrada a fenómenos delictivos comunes ejercidos por menores de edad¹⁹⁶⁸. Así pues, el esfuerzo de la UE en prevenir y combatir la delincuencia juvenil se ha centrado en la creación de una estrategia común e integrada que, al igual que en el caso de la criminalidad globalmente considerada, se asienta principalmente sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia y la cooperación judicial en materia penal¹⁹⁶⁹. Sin embargo, dadas las

¹⁹⁶⁷ Lo cual ha supuesto la lógica derogación de lo anteriormente regulado al respecto en Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

¹⁹⁶⁸ En este sentido, también fue en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999 donde se estableció la prioridad y la importancia de la cooperación en la lucha contra la delincuencia juvenil (ap. 42). Con posterioridad, en 2006, el Comité Económico y Social Europeo en su *Dictamen sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea, de 15 de Marzo*, precisó que en todos los países miembros de la Unión Europea, en mayor o en menor grado, se producen fenómenos violentos relativamente similares cometidos por menores de edad e instó a ofrecer respuestas también parecidas, abogando por diseñar una estrategia común de lucha contra la delincuencia juvenil (ap. 7.1.1). Y más tarde, el Parlamento Europeo, en su *Resolución de 21 de Junio de 2007, sobre Delincuencia juvenil: papel de las mujeres, la familia y la sociedad* (ap. Q), destacó que para atajar esta problemática “se requiere una estrategia integrada a escala tanto nacional como europea que combine medidas según tres directrices: medidas de prevención, medidas judiciales y medidas de inclusión social de todos los jóvenes” (ap.1). Al respecto, *vid.* ARANGÜENA FANEGO, C. “Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales”. *Diario La Ley*, nº 8950, de 28 de marzo, 2017. Pp. 1-25; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea. Hacia una futura política común*. Valladolid, Lex Nova, 2010. Pp. 23-116; JIMÉNEZ ARROYO, S. “Garantías procesales del menor infractor en el marco de la violencia filio parental. Aportaciones desde la Directiva 2016/800/UE”. *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico, 1, 2017. Pp. 7-19; PÉREZ VAQUERO, C. La justicia juvenil en el Derecho Internacional. *Revista Derecho y Cambio Social*, nº 36, 2014. Pp. 1-19; PÉREZ VAQUERO, C. La justicia juvenil en el Derecho Europeo. *Revista Derecho y Cambio Social*, nº 37, 2014. Pp. 1-27.

¹⁹⁶⁹ Es conveniente mencionar que el esfuerzo de la UE en la prevención y la lucha contra la delincuencia juvenil ha supuesto también un reforzamiento de los derechos y garantías

diferencias biológicas, psicológicas y sociales existentes entre menores de edad y adultos, que sustentan la idea de que aquellos menores que cometan hechos antijurídicos requieren un tratamiento jurídico diferenciado, resulta necesario reflexionar sobre la aplicabilidad de la OEDE a menores de edad y sobre las particularidades procesales y penales que la misma puede conllevar en la jurisdicción de menores española.

2. LA APLICABILIDAD DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES ESPAÑOLA

En el art. 3.3 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (en adelante, la Decisión), al momento de establecer los motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea, es prácticamente la única ocasión en la que se hace referencia a la cuestión de los menores de edad, y no una alusión directa y expresa sino implícita, indicando que: *“la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución (denominada en lo sucesivo “autoridad judicial de ejecución”) denegará la ejecución de la orden de detención europea (...) cuando la persona que sea objeto de la orden de detención europea aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución”*¹⁹⁷⁰.

Con dicha previsión la Decisión no excluye a todos los menores sino sólo a aquellos que, por razón de su edad, no puedan ser objeto de enjuiciamiento o

procesales de los menores infractores. Muestra de ello son algunos de los instrumentos jurídicos elaborados por la Unión específicamente sobre menores de edad con el fin de armonizar los diferentes ordenamientos de los distintos Estados Miembros. Entre ellos resulta obligado destacar la Directiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, cuya transposición a nuestro ordenamiento jurídico, la cual ha de producirse antes del próximo 11 de junio de 2019, podría exigir la modificación de algunos preceptos de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores (LORRPM) con el objeto de dotarlos de mayor precisión y claridad o de eliminar posibles contradicciones, tal y como ya han precisado entre otros, ARANGÜENA FANEGO. *“Las garantías procesales...”*. Op. Cit. Pp. 8-10; JIMÉNEZ ARROYO. *“Garantías procesales...”*. Op. Cit. Pp. 12-17.

¹⁹⁷⁰ En el mismo sentido, la Decisión Marco de 2002 realiza otra referencia indirecta al menor de edad, mediante la remisión realizada al art. 3 en el art. 28.3 al regular la entrega o extradición ulterior.

condena penal en el Estado miembro de ejecución por los hechos de que se trate y, a falta de armonización en la materia, deja a los Estados miembros la posibilidad de determinar la edad mínima a partir de la cual una persona satisface los requisitos de edad para ser considerada responsable penalmente¹⁹⁷¹.

Al respecto, el art. 48.1, e) LRM reproduce prácticamente de forma literal lo ya establecido en la Decisión Marco, salvo por la individualización de “*la autoridad judicial de ejecución española*” y la sustitución de la expresión “*al Derecho del Estado miembro de ejecución*” por la referencia “*al Derecho español*”¹⁹⁷². Dado que la LRM a lo largo de su articulado realiza algunas referencias expresas al Juez de Menores, Juez Central de Menores, a la medida de internamiento en régimen cerrado o a la LORRPM, no parece que el art. 48. 1, e) esté haciendo alusión a la edad a partir de la cual una persona que ha cometido una infracción penal queda sujeta al Derecho Penal común, sino al momento a partir del cual un menor que aún no ha cumplido los 18 años tiene la edad suficiente para ser responsable por la comisión de dicha infracción.

Con lo cual, según lo establecido tanto en la Decisión Marco como en la LRM, España habrá de denegar la entrega de un menor solicitada por otro Estado miembro si atendiendo a nuestra legislación interna éste aún no tiene la edad para ser considerado responsable penalmente de los hechos en los que se base la OEDE. En tal sentido, recordemos que la LORRPM es la normativa que, dotada de un carácter sancionador-educativo y partiendo siempre del interés superior del menor, se aplica en nuestro país para exigir responsabilidad penal a las personas que siendo mayores de 14 años y menores de 18 cometan un hecho tipificado como delito en el Código Penal o en las leyes penales especiales (art. 19 CP y art. 1.1 LORRPM)¹⁹⁷³. De forma que, los menores que no hayan alcanzado

¹⁹⁷¹ Compartiendo lo expresado por URCELAY LECUE, M. C. “La no ejecución de una orden de detención europea es una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta. STJUE, de 23 de enero de 2018 (Gran Sala) (JUR 2018, 26734)”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6, Jurisprudencia, 2018.

¹⁹⁷² Hemos de matizar que este precepto no se ha visto modificado por la Ley 3/2018 por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

¹⁹⁷³ A pesar de la dicción literal de dichos preceptos al referirse a la comisión de “faltas”, debemos precisar que tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015, algunas faltas han desaparecido, otras han sido derivadas a la

los 14 años no se encuentran sujetos a responsabilidad penal alguna sino a las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes; los menores de entre 14 y 17 años son imputables, y por tanto, les pueden ser reprochadas jurídicamente las conductas criminales que realizan, encontrándose sujetos a una responsabilidad penal peculiar y especialmente configurada para ellos; y, los mayores de 18 años son responsables penales en los términos establecidos por el CP¹⁹⁷⁴.

En consecuencia, España apuesta por la aplicabilidad de la OEDT a menores que se encuentren en edad de responsabilidad penal de acuerdo con la LORRPM, esto es, que tengan una edad comprendida entre los 14 y 17 años, habiendo de denegar la ejecución o la entrega solicitada por otro Estado miembro cuando el menor sospechoso o acusado no haya cumplido aún los 14 años y encontrándose obligada a ejecutar dicha entrega si tiene 14 años y menos de 18 (y se cumplen el resto de requerimientos exigidos en la LRM).

Sin embargo, aunque todo indica que en el seno de la UE nos dirigimos hacia una estrategia común e integrada en la lucha contra la delincuencia juvenil, hemos de tomar en consideración que a día de hoy, la edad mínima de responsabilidad penal de los menores fijada en otros países de nuestro entorno

vía administrativa y, finalmente, un tercer grupo ha sido convertido en delitos leves. En este sentido, habremos de tomar en consideración lo establecido en los arts. 13.3 y 33.4 CP. Asimismo, hemos de tener en cuenta que la FGE en el Dictamen 1/2015 sobre criterios de adaptación de la LORRPM a la reforma del Código Penal por la LO 1/2015 (ap. II), señala que cualquier referencia realizada a la “falta” se considerará hecha al “delito leve”. A este respecto, debemos plantear la posibilidad de una nueva reforma de la LORRPM para suprimir de su texto la alusión a las faltas, compartiendo lo expresado por MONTERO HERNANZ, T. *Responsabilidad Penal del Menor: la privación de libertad de menores en España y los estándares internacionales*. Tesis Doctoral, Madrid, 2016, al indicar que: “Los problemas generados en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores por los cambios producidos en la legislación penal de adultos merecen la reprobación del legislador y ponen de manifiesto la falta de interés que históricamente ha tenido por esta materia, cuyo abordaje ha sido casi siempre fruto de la obligada necesidad de adaptación al advenimiento de causas externas y no de una política criminal clara en la materia” (P. 321). Idéntica propuesta realiza, entre otros, JIMÉNEZ DÍAZ, M^a J. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”. *RECPC*, núm. 17-19, 2015. P. 9.

¹⁹⁷⁴Con la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a menores con edades entre los 18 y los 21 años y las referencias a los mismos en los arts. 1.2 y 4 de la LORRPM, dejando vacío de contenido el art. 69 CP. Sobre el recorrido sufrido por el art. 69 hasta llegar a su vaciado de contenido, *vid.* JIMÉNEZ DÍAZ. “Algunas reflexiones...”. *Op. Cit.* Pp. 5 y ss.

difiere de la establecida en España¹⁹⁷⁵. Además, también hemos de tener en cuenta que para el establecimiento de la edad mínima de responsabilidad penal en nuestro país se ha seguido un criterio biológico puro atendiendo tan sólo a la edad, mientras que otros países han optado por el denominado “criterio mixto o *biopsicológico*” y junto a la edad toman en consideración otros aspectos o requisitos como pueden ser la presencia de un determinado grado de madurez que permita al menor comprender el carácter ilícito de su conducta o la concurrencia de determinadas circunstancias personales, sociales o familiares del menor¹⁹⁷⁶. Aspectos que en nuestro país no se tienen en cuenta para la exigencia de la responsabilidad penal del menor pero sí para la adopción judicial de la medida más idónea al caso concreto (art. 7.3 LORRPM).

Así pues, de acuerdo con todo lo expuesto, según se trate de la emisión de la orden o de la ejecución de la misma, en función de la edad del menor y dependiendo de la edad mínima y los criterios de responsabilidad penal del menor establecidos tanto en el Estado de emisión como en el Estado de ejecución, en España nos podemos encontrar ante varias situaciones, a saber:

- Cuando España sea el Estado de ejecución de la orden de detención y entrega de un menor sospechoso o acusado:
 - Habrá de denegar la ejecución de la orden si el menor no ha cumplido los 14 años (aunque en el Estado miembro que solicita la entrega, la edad mínima de responsabilidad penal venga fijada en una edad inferior a los 14 años).
 - *A sensu contrario*, estará obligada a ejecutar la entrega cuando el menor tenga 14 años o más.
- Cuando España sea el Estado emisor de la orden de detención y entrega de un menor sospechoso o acusado:

¹⁹⁷⁵ Si atendemos a la mayor parte de países del entorno Europeo a fecha de 2011, podemos observar que al igual que España la mayoría fijan esta edad a los 14 años (Albania, Alemania, Armenia, Austria, Bosnia, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Italia, Latvia, Lituania, Moldavia, Rumania, Rusia, o Ucrania); algunos optan por los 15-16 años (Bélgica, Finlandia, Islandia, Noruega, República Checa o Suecia); otros por los 13-12 (Estonia, Georgia, Holanda, Polonia o Turquía); y una minoría por los 10 años (Chipre, Inglaterra y Gales, Irlanda o Suiza). Datos extraídos de REDONDO ILLESCAS, S., MARTINEZ CATENA, A., y ANDRÉS PUEYO A, *Factores de éxito asociado a los programas de intervención con menores infractores*. Informes, estudios e investigación. Ministerio de Sanidad, Barcelona, 2011. P. 80.

¹⁹⁷⁶ Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Derecho penal juvenil europeo*. Dykinson, 2005.

- Solo podrá solicitar la entrega de un menor sospechoso o condenado cuando éste haya cumplido los 14 años, no antes.
- Pero, ¿qué sucedería si en el Estado miembro al que se solicita la entrega y que debe ejecutarla, la edad mínima de responsabilidad penal viene establecida en una edad superior a los 14 años?, ¿Y si éste no ha seguido un criterio biológico puro y junto al de la edad ha establecido otros requisitos para la exigencia de la responsabilidad penal del menor? Pensemos por ejemplo, que España reclama un menor de 15 años a Portugal, donde la edad mínima de responsabilidad penal se sitúa en los 16 años. En tal caso, de acuerdo con lo establecido en la Decisión podemos entender que, como Estado de ejecución, Portugal podrá denegar la entrega ya que atendiendo a su derecho interno este menor no ha alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal. Además, debería abstenerse de tomar en consideración cualesquiera otros requisitos por cuanto la Decisión nada menciona al respecto¹⁹⁷⁷.

3. OMISIONES PRESENTES EN LA LRM EN RELACIÓN A LOS MENORES DE EDAD

Salvando la referencia realizada en su art. 3.3 a la edad de la persona que sea objeto de la OEDE, la Decisión Marco no realiza referencia expresa alguna al caso de que la persona reclamada sea menor de edad, por lo que, con mayor o menor acierto, es la LRM la que se ocupa de contemplar y regular dicha posibilidad. En tal sentido, aunque algunos preceptos de la LRM aluden de forma implícita al menor de edad mediante referencias indirectas al mismo, sea haciendo mención a la LORRPM, a la medida de internamiento en régimen cerrado, al Juez de Menores, o a la edad de la persona en cuestión, también es cierto que, en particular, en su Título II, dedicado de forma específica a la

¹⁹⁷⁷ De hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) así lo confirmó en la sentencia Piotrowski, de 23 de enero de 2018 (C-367/16), donde resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Bruselas (Bélgica) en relación a la interpretación del art. 3.3 de la Decisión Marco. Para un mayor abundamiento en el análisis de esta sentencia, *vid.* BAHAMONDE BLANCO, M. “La orden Europea de detención y entrega sobre menores y la sentencia Piotrowski, nueva afirmación del principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial penal”. *Diario La Ley*, nº 9146, Sección Tribuna, Febrero, 2018; URCELAY LECUE. “La no ejecución de una orden de detención europea es...”. *Op. Cit.*

regulación de la OEDE (arts. 34 a 62), se constatan notorias lagunas, carencias, y omisiones que podrían resultar de suma importancia en el supuesto de que la persona reclamada sea un menor de edad¹⁹⁷⁸.

De esta forma, en relación a las autoridades judiciales competentes para ejecutar una OEDE contra un menor de edad cuya entrega es solicitada por otro Estado, el art. 35.2 LORRM, haciendo alusión textual a “*cuando la orden se refiera a un menor*”, establece que la competencia corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional. Sin embargo en su primer apartado, al establecer la autoridad competente para emitir una OEDE, el art. 35 LRM obvia cualquier consideración al menor de edad, indicando tan sólo que el competente será “el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes”. De ello y aunque no lo señale expresamente, debemos inferir e interpretar que, en el caso de menores de edad, el competente es el Juez de Menores que conozca del expediente de reforma incoado a dicho menor si se trata del ejercicio de acciones penales, y si se trata de la ejecución de una medida de internamiento en régimen cerrado, el Juez de Menores que la hubiera impuesto¹⁹⁷⁹.

Por su parte, el art. 37 LRM regula el objeto de la OEDE en el caso de los menores de edad, y aludiendo a la “*medida de internamiento en régimen cerrado*” indica cuándo la autoridad judicial española podrá dictar (emitir) una OEDE en relación a un menor. En tal caso, si el fin es proceder al ejercicio de acciones penales, cuando la ley penal española señale para los hechos una duración máxima de la medida de internamiento en régimen cerrado de, al menos, 12 meses; mientras que, si el fin es proceder al cumplimiento de una medida de internamiento en régimen cerrado ya impuesta y firme, cuando ésta no sea inferior a cuatro meses.

¹⁹⁷⁸ Para una mayor profusión en relación a dichas carencias, *vid.* BAHAMONDE BLANCO. “*La orden Europea de detención y entrega sobre menores...*”. *Op. Cit.* Pp. 50 y ss; DE LAS HERAS GARCÍA, M. “Adaptación de LO 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones en la Unión Europea, al ámbito de la Ley orgánica de Responsabilidad del menor. Órdenes europeas de detención y otras cuestiones de interés”. *Jornada sobre la orden europea de detención y entrega*, 6 de abril de 2017. Pp. 11 y ss.

¹⁹⁷⁹ Al respecto, *vid.* Instrucción nº 1/2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores” (ap. 4.21).

De la redacción de dicho precepto podemos deducir que cuando la LRM utiliza los términos de “pena o medida de seguridad” se refiere al reclamado mayor de edad, mientras que con el de “medida de internamiento en régimen cerrado” lo hace al menor. En tal sentido, cabe advertir que en el ámbito de la jurisdicción de menores de nuestro país no se hace referencia a “pena” sino a “medida”, en tanto que ésta es concebida como la consecuencia jurídica que dotada de un contenido primordialmente educativo se impone a un menor de entre 14 y 18 años como responsable de la comisión de un hecho delictivo. No obstante, hemos de tomar en consideración que no todos los países de nuestro entorno prevén la imposición de medidas con carácter sancionador educativo ante la infracción penal cometida por un menor de edad, sino que contemplan un sistema sancionatorio más cercano al régimen penal general establecido para los adultos, con las mismas penas susceptibles de ser impuestas a una persona mayor de edad pero con una duración atenuada y por tanto, la posibilidad de imponer una pena de prisión¹⁹⁸⁰. De esta forma, en la práctica es posible que la entrega de un menor no venga referida a una medida de internamiento en régimen cerrado, sino que sea solicitada con el objeto de que cumpla una pena de prisión o para su enjuiciamiento por un delito castigado en el Estado de emisión con una pena de prisión¹⁹⁸¹.

En la misma dirección, tal y como observa MONTERO HERNANZ, llama la atención que la LRM limita su aplicación a la medida de internamiento en régimen cerrado sin referencia alguna al resto de medidas de internamiento como son el abierto y el semiabierto¹⁹⁸². Obviando también la existencia en la

¹⁹⁸⁰ Así por ejemplo, Alemania o, recientemente, Rumanía, al igual que en nuestro país, han configurado un sistema específico de sanciones aplicables a los menores de 18 años que contemplan medidas de internamiento privativas de libertad con una naturaleza propia y distinta de la prisión aplicable a los mayores de edad. Sin embargo, otros países como Italia, Portugal, Francia, Inglaterra, Austria o Bélgica, imponen a los menores las mismas penas que a los adultos, aunque frecuentemente con una duración atenuada. *Vid.* entre otros; GONZÁLEZ TASCÓN. “*El tratamiento...*”. *Op. Cit.* Pp. 151-342.

¹⁹⁸¹ De esta forma lo pone de manifiesto BAHAMONDE BLANCO. “*La orden Europea de detención y entrega...*”. *Op. Cit.* Pp. 11-12., citando el AAN 69/2008, que acuerda entregar a Rumanía a un menor de 17 años para el cumplimiento de una pena de tres años de prisión o el AJCM, OEDE 4/2017, por el que se acuerda la entrega a Francia de un menor de 17 años para ser juzgado por distintos delitos que podrían alcanzar la pena de 7 años de prisión.

¹⁹⁸² *Vid.* MONTERO HERNANZ. “*Responsabilidad Penal del Menor: la privación de...*”. *Op. Cit.* P. 459.

LORRPM de otras medidas privativas de libertad como el internamiento terapéutico en sus distintos regímenes o la permanencia de fin de semana.

Igualmente, el art. 36 LRM al regular el contenido de la OEDE no destaca ninguna especialidad en caso de que la persona objeto de la misma sea menor, como tampoco lo hace el art. 38 LRM al indicar que el Juez competente podrá solicitar autorización al Estado en el que se encuentre la persona reclamada con el fin de tomarle declaración a través de una solicitud de auxilio judicial, obviando por completo cualquier alusión a las formalidades y garantías que se habrían de requerir ante la declaración de un menor de edad, tales como la necesaria presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda (de hecho o de derecho) o, en defecto de estos últimos, del Ministerio Fiscal. Y es que, si bien algunos preceptos de la LRM como es el art. 38 han sido modificados por la Ley 3/2018 por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, en éste no se ha introducido previsión alguna para el caso de los menores de edad.

Muy al contrario esta Ley de 2018 sí ha modificado el art. 50 LRM en relación a los menores de edad. En particular en su primer apartado, donde se establece la detención y puesta a disposición de la autoridad judicial, se ha introducido la remisión en cuanto a la forma, requisitos y garantías a la LORRPM, pues con anterioridad tan sólo se refería a la LECrim y no se contemplaban, por tanto, las prescripciones y garantías que han de regir la detención de un menor de edad previstas en el art. 17.1 LORRPM. En su segundo apartado, se preveía un plazo máximo de 72 horas para que la persona detenida sea puesta a disposición del Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional y no se hacía alusión al caso de los menores de edad, lo cual resultaba preocupante debido a los problemas que pudiera plantear con el plazo más breve de 24 horas para ello establecido en el art. 17.4 LORRPM¹⁹⁸³. Con la modificación

¹⁹⁸³ Al respecto, BAHAMONDE BLANCO. “La orden Europea de detención y entrega sobre menores...”. *Op. Cit.* Pp. 50 y ss., exponía que en la práctica se aplicaba este plazo de 72 horas previsto en la LRM, entre otros motivos, porque al ser el órgano competente el Juzgado Central de Menores, con sede en Madrid, devenía en ocasiones imposible el traslado del menor en un plazo tan perentorio. En consecuencia, autora proponía de *lege ferenda* la posibilidad de acudir al

operada por la Ley de 2018, en el art. 50.2 se ha reconocido la plena aplicabilidad de la OECD a menores que se encuentren en edad de responsabilidad penal, en tanto que se refiere de forma literal a “menores de edad, a partir de los catorce años”, introduciendo además, que en tales casos el plazo para que el menor detenido sea puesto a disposición del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, se reducirá a 24 horas, de acuerdo con la LORRPM.

Sin embargo, esta Ley 3/2018 no altera la redacción del art. 51 LRM, donde tan solo se hace referencia a la LECrim en relación a la audiencia del detenido y la decisión sobre la entrega, sin indicar especialidad alguna en caso de tratarse de una persona menor de edad. Señala un plazo de 72 horas desde la puesta a disposición judicial, diferente al establecido en el art. 17.5 LORRPM de 48 horas desde la detención, lo que puede ocasionar innegables problemas prácticos en la selección de uno y otro plazo. En este sentido, y dado que el fin principal de esta audiencia es oír a la persona detenida sobre la prestación de su consentimiento irrevocable a la entrega y si éste es positivo, sobre si renuncia al principio de especialidad, cuando se trate de un menor de edad se deberían respetar las especialidades previstas no solo en el art. 17 LORRPM, sino también en los arts. 28 y 29 LORRPM en cuanto a la necesidad de que asistan también el letrado del menor, las demás partes personadas, el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o de reforma de menores¹⁹⁸⁴. Prescripciones que, asimismo, habrían de cumplirse a la hora de decidir sobre la situación personal del menor reclamado (art. 53 LRM).

Por último, debemos dejar cuanto menos apuntado que la Ley 3/2018 tampoco soluciona otras faltas de referencia al menor de edad existentes en la

plazo de 24 horas previsto en la LORRPM efectuándose la declaración del menor por videoconferencia.

¹⁹⁸⁴ En relación al principio de especialidad conviene traer a colación lo expresado por DE LAS HERAS GARCÍA. “Adaptación de LO 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones en la Unión Europea...”. *Op. Cit.* P. 13., al indicar que “supone que una persona entregada por una autoridad extranjera en relación con una determinada causa no puede ser objeto de enjuiciamiento u obligada al cumplimiento de penas impuestas en causas distintas y por hechos anteriores de aquellos por los que fue entregada. Existen excepciones, como la renuncia expresa por parte del Estado que lo haya entregado, entre otras, que nos son nada habituales”.

LRM, como son por ejemplo, las presentes en los arts. 39.2, 45.2 y 47.2, donde lo procedente hubiese sido hacer mención a los mismos.

4. REFLEXIONES FINALES

Tras el análisis de los distintos preceptos que resultan más controvertidos o que mayores problemas prácticos pueden ocasionar cuando la OEDE viene referida a un menor de edad, debemos concluir que, si bien la LRM es más explícita que la Decisión Marco en dicha materia, también es cierto que presenta notorias lagunas y carencias que no han sido solventadas mediante las modificaciones introducidas por la Ley 3/2018. Todo ello pone de manifiesto la necesidad de armonizar el contenido entre la LRM y la LORRPM. En este último caso, sería recomendable introducir las modificaciones necesarias al efecto aprovechando la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, que ha de producirse antes del próximo 11 de junio de 2019, y que, por otra parte, también podría exigir la modificación de algunos preceptos de la LORRPM con el objeto de dotarlos de mayor precisión y claridad o de eliminar posibles contradicciones. Oportunidad en la cual también se podrían eliminar de este texto normativo las referencias a la falta, dada su desaparición del CP y su conversión en delitos leves.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, M. "Justicia penal y Unión Europea: un breve balance en clave de derechos". *Diario La Ley*, nº 8883, 16 de Diciembre de 2016.

ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*. Comares, Granada, 2011.

ARANGÜENA FANEGO, C. "Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales". *Diario La Ley*, nº 8950, de 28 de marzo, 2017. Pp. 1-25.

BAHAMONDE BLANCO, M. "La orden Europea de detención y entrega sobre menores y la sentencia Piotrowski, nueva afirmación del principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial penal". *Diario La Ley*, nº 9146, Sección Tribuna, Febrero, 2018.

DE LAS HERAS GARCÍA, M. "Adaptación de LO 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones en la Unión Europea, al ámbito de la Ley orgánica de Responsabilidad del menor. Órdenes europeas de detención y otras cuestiones de interés". *Jornada sobre la orden europea de detención y entrega*, 6 de abril de 2017. Pp. 1-22.

FAGGIANI, V. *La justicia penal en la Unión Europea. Hacia la armonización de los Derechos Procesales*. Tesis Doctoral, Universidad de Granada y Universidad de Ferrara, 2015. GARRIDO

GARRIDO, F. y FAGGIANI, V. "La armonización de los derechos procesales en la UE". *Revista General de Derecho Constitucional* 16, 2013.

GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea. Hacia una futura política común*. Valladolid, Lex Nova, 2010.

JIMÉNEZ ARROYO, S. "Garantías procesales del menor infractor en el marco de la violencia filio parental. Aportaciones desde la Directiva 2016/800/UE". *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico, 1, 2017. Pp. 7-19.

PÉREZ VAQUERO. C. La justicia juvenil en el Derecho Internacional. *Revista Derecho y Cambio Social*, nº 36, 2014. Pp. 1-19.

PÉREZ VAQUERO. C. La justicia juvenil en el Derecho Europeo. *Revista Derecho y Cambio Social*, nº 37, 2014. Pp. 1-27.

JIMÉNEZ DÍAZ, M^a J. "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores". *RECPC*, núm. 17-19, 2015.

MONTERO HERNANZ, T. *Responsabilidad Penal del Menor: la privación de libertad de menores en España y los estándares internacionales*. Tesis Doctoral, Madrid, 2016.

REDONDO ILLESCAS, S., MARTINEZ CATENA, A., y ANDRÉS PUEYO A, *Factores de éxito asociado a los programas de intervención con menores infractores*. Informes, estudios e investigación. Ministerio de Sanidad, Barcelona, 2011. P. 80.

URCELAY LECUE, M. C. “La no ejecución de una orden de detención europea es una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta. STJUE, de 23 de enero de 2018 (Gran Sala) (JUR 2018, 26734)”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6, Jurisprudencia, 2018.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Derecho penal juvenil europeo*. Dykinson, 2005.

La impartición del Grado en Derecho en lengua inglesa: una oferta académica muy cuestionada

Ana Sánchez-Rubio

Profesora Ayudante Doctora de Derecho procesal

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

1.-Introducción

Con el objeto de unificar la educación universitaria en Europa, el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) puso en marcha desde su implantación un sistema universitario configurado por criterios homogéneos, mediante los que fuese posible lograr una alta movilidad tanto de estudiantes como de profesores. Pese a que muchos de los cambios provenientes de este modelo educativo han sido rechazados por gran parte de la comunidad universitaria, especialmente el sistema conocido como 3+2 del Plan Bolonia, ha de reconocerse que en lo que al intercambio de titulados se refiere se ha conseguido con creces el inicial objetivo propuesto. Las becas de movilidad son altamente demandadas y el enriquecimiento cultural y laboral que ello está ocasionando es incuestionable.

Esta pretensión de internacionalización ha dado un paso más introduciendo en muchos de los programas universitarios europeos el uso de una sola lengua: el inglés. La enseñanza bilingüe, o exclusivamente en lengua inglesa, no es una novedad para el sistema educativo español, ya que España es uno de los países en los que el inglés es una lengua de enseñanza obligatoria tanto en la educación primaria como en la secundaria, y los centros bilingües a estos niveles están aumentando exponencialmente. No obstante, en la educación universitaria la situación es diferente, siendo el inglés optativo o nulo en la mayoría de los casos, aunque se exige la acreditación de un nivel medio de una lengua extranjera para la superación de cualquier grado.

Como acaba de mencionarse, para cambiar este hecho, las universidades, no ajenas al fenómeno de la globalización y al papel que juega la lengua inglesa

en este sentido, han venido ofertando en los últimos años grados y dobles grados impartidos en inglés. El principal propósito de esta nueva oferta académica no es otro que el de adquirir un mayor reconocimiento internacional para, de este modo, ser capaces de competir con las mejores universidades de otros países, contribuyendo a resolver los grandes retos, muchos de ellos globales, de las sociedades modernas.

El grado en Derecho se ha sumado también a esta iniciativa aunque tímidamente, ya que tan solo algunas universidades lo han implantado, y además dicha implantación ha sido de forma parcial (únicamente en algunas asignaturas), en comparación con otras titulaciones como economía o ingeniería que lo han hecho de manera íntegra. Por ello, a lo largo de este trabajo intentaremos dar respuesta al por qué de esta resistencia a la generalización de la enseñanza en inglés en ciencias jurídicas, analizando sus motivos y las razones que pueden justificar que este hecho cambie.

2.-La incidencia del inglés como lengua global en la Universidad del siglo XXI

La globalización es un fenómeno que ha influido en todos los ámbitos de las relaciones sociales, tales como la manera de comunicarnos, la alimentación, la cultura, las estrategias económicas, etc. Como no podía ser de otro modo, la Universidad, en cuanto institución por excelencia de creación, transmisión y difusión del conocimiento, también se ha visto afectada por sus consecuencias¹⁹⁸⁵. Por lo que en los últimos años ha venido experimentando una profunda remodelación encaminada a una mayor internacionalización de la educación superior. Entre estos cambios pueden ser destacados la unificación de la duración de las carreras a través del mencionado sistema 3+2, la exigencia de elaborar

¹⁹⁸⁵ Cabe señalar que las consecuencias de esta globalización han dado lugar a opiniones disidentes sobre su conveniencia, como bien recoge García Ruiz, al afirmar que «dista de haber un acuerdo unánime en la comunidad universitaria acerca de la bondad y la conveniencia de los procesos actualmente operantes en la universidad, consecuencia de la embestida de la globalización». Para profundizar en ello vid. GARCÍA RUIZ, M. J., «El impacto de la globalización en la universidad del siglo XXI», en *Tendencias Pedagógicas*, núm. 13, 2008, pp. 59-78.

trabajos de fin de grado como requisito culmen para la finalización de cualquier titulación o el exponencial crecimiento de la oferta de becas de movilidad¹⁹⁸⁶.

No obstante, aún queda mucho camino por recorrer¹⁹⁸⁷. Conscientes de ello, y con vistas a alcanzar una Universidad globalizada, el Ministerio de Educación elaboró en 2014 un documento en el que se recogían las estrategias de internacionalización que debía cumplir en los próximos años el sistema universitario español (horizonte 2015-2020)¹⁹⁸⁸. Entre ellas, se propone incentivar más la movilidad tanto del profesorado como del personal de administración y servicios; promover cambios normativos para una mejor valoración de la actividad de internacionalización en los procesos de acreditación del personal académico; aumentar la visibilidad y el reconocimiento internacional de los mejores campus universitarios, con entornos atractivos para vivir, enseñar, estudiar e investigar; reforzar los servicios de apoyo de alojamiento para universitarios extranjeros o tener mayor participación en redes, proyectos y programas internacionales educativos y de investigación de calidad mundial.

Además, en lo que aquí nos interesa, una de las estrategias que señala el informe del Ministerio de Educación es «conseguir en la oferta docente niveles

¹⁹⁸⁶ En este sentido, sostiene Bustos Flores que «estos cambios que están ocurriendo ahora y los que están por venir han dado lugar a la formación de un mercado de servicios de educación superior en el cual concurren los proveedores tradicionales de los servicios educativos, las instituciones de educación superior públicas y privadas, con “nuevos proveedores” que compiten por la demanda ofreciendo modelos no convencionales como por ejemplo la universidad virtual que competirá con el modelo tradicional, al que en consecuencia se le exige que se transforme en universidad emprendedora o innovadora». BUSTOS FLORES, C., «Universidad y globalización», en *Procesos Históricos. Universidad de los Andes*, año 7, núm. 13, 2008, p. 166.

¹⁹⁸⁷ Así lo considera, también, Reginfo-Millán, quien denuncia que «las universidades todavía no han logrado una verdadera reforma interna para dar respuesta a la globalización de la sociedad del conocimiento. Los bajos recursos destinados a las universidades, el limitado acceso estudiantil, la incipiente innovación en ciencia y tecnología -también en la internacionalización del currículo-, la falta de concientización de la cultura de la calidad, la poca articulación con las redes globales -no solo entre la región latina, sino con otros continentes-, constituyen los principales obstáculos para lograr la transformación que permita a la universidad responder a la sociedad y al mundo contemporáneo, y al mismo tiempo incorporarse al mercado global de la educación superior. REGINFO-MILLÁN, M., «La globalización de la sociedad del conocimiento y la transformación universitaria», en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (2), 2015, pp. 810-811.

¹⁹⁸⁸ Dicho documento está disponible en el siguiente link: <https://www.mecd.gob.es/educacion-mecd/dms/mecd/educacion-mecd/areas-educacion/universidades/politica-internacional/estrategia-internacionalizacion/EstrategiaInternacionalizaci-n-Final.pdf> [Última consulta: 5 de septiembre de 2018]

de calidad mundial en temas prioritarios impartida en inglés y/o otras lenguas extranjeras». Para ello, recomienda «Dejar atrás el problema del inglés y de conocimiento de otras lenguas extranjeras, promoviendo la progresiva impartición de programas formativos bilingües o totalmente en inglés, idioma que será considerado como herramienta de trabajo imprescindible para todas las posiciones senior de la universidad»¹⁹⁸⁹.

En este mismo sentido, la sectorial de Internacionalización y Cooperación de la CRUE publicó en mayo de 2017 un Documento marco de política lingüística para la internacionalización del sistema universitario español¹⁹⁹⁰, en el que se destaca, entre otros muchos aspectos, la necesidad de que la universidad española actual promueva iniciativas encaminadas a mejorar la competencia comunicativa plurilingüe e intercultural de los estudiantes, subrayando especialmente la importancia del inglés en cuanto lengua comunitaria¹⁹⁹¹. En relación con ello, ofrece líneas de actuación en lo que respecta a la acreditación del nivel de idiomas, a la formación tanto del estudiantado como del profesorado y a la motivación de estos para afrontar el reto que tienen ante sí.

Con base en estas iniciativas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el siguiente paso del efecto de la globalización en el sistema universitario es

¹⁹⁸⁹ En relación con esta idea, advierten Romero y Pastor de que el idioma es uno de los factores que impide que las universidades españolas se posicionen en buenos puestos de los rankings mundiales. Según estos autores, «es difícil a veces encontrar universidades españolas entre las mejores del mundo, ello es debido a la metodología que utilizan, los indicadores y sus pesos, el sesgo de la lengua, la mayor consideración de la especialización científica, y su tratamiento indiscriminado de la titularidad pública o privada, entre otras cuestiones». En concreto, destacan que «desde la publicación del primer *ranking* mundial se ha constatado que en los mismos se da la circunstancia de que priman las universidades de lengua inglesa, dado que los trabajos publicados en otros idiomas se publican y citan menos en las bases de datos científicas como ISI (Wos)». ROMERO, J., PASTOR, J. M., «Las universidades españolas bajo la influencia de los rankings», en *Regional and Sectoral Economic Studies*, vol. 12-3, 2012, pp. 108-110.

¹⁹⁹⁰ Dicho documento está disponible en el siguiente link:

https://www.upf.edu/documents/6602910/7420475/2016_Documento+Marco+Pol%C3%ADtica+Linguistica+Internacionalizaci%C3%B3n+SUE.pdf/87a63fff-c2e1-f4fa-47d9-b8db1be5b407

[Última consulta: 5 de septiembre de 2018]

¹⁹⁹¹ Al respecto se citan algunas iniciativas de universidades españolas como que «el gobierno de Canarias ha establecido que al menos 12 créditos de los nuevos grados (un 5%) se imparta en una lengua comunitaria, preferiblemente el inglés. Por su parte, la Generalitat de Cataluña presentó en 2008 una serie de medidas destinadas a mejorar el nivel de inglés de los universitarios y más recientemente el programa Parla 3 con la finalidad de que en 4 años los graduados de nuevo acceso tengan el nivel B2 de una tercera lengua». BAZO MARTÍNEZ, P., GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D. (coords.), Documento marco de política lingüística para la internacionalización del sistema universitario español, mayo, 2017, p. 12.

la implantación de la lengua inglesa en las distintas titulaciones¹⁹⁹². Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el alcance de este nuevo desafío educacional, esto es, si todas las carreras han de acoger esta iniciativa y, sobre todo, si han de hacerlo de manera integral o parcial. En las siguientes líneas abordaremos la actitud adoptada por el grado en Derecho frente a este asunto.

3.-Sobre la resistencia del grado en Derecho a sumarse a la docencia en inglés

La realidad nos demuestra que cada vez es mayor el número de problemas jurídicos de ámbito internacional o global. Piénsese, a modo de ejemplo, en la ciberdelincuencia, las relaciones de compra-venta online con tiendas localizadas por todo el mundo, las custodias compartidas entre progenitores con residencia habitual en distintos países, las inversiones financieras en entidades extranjeras, la criminalidad organizada transnacional, etc. Como consecuencia de todo ello y de infinidad de situaciones similares, en los despachos de abogados cada vez se trabaja más en lengua inglesa y el perfil de un jurista global, capaz de lidiar con los conflictos de la sociedad multicultural en la que vivimos, está siendo altamente demandado en Europa¹⁹⁹³.

Bien es cierto que tradicionalmente se ha reservado a la rama del Derecho internacional el estudio de cualquier problema que trascendiera de las fronteras españolas, pero las dimensiones que están alcanzando estos asuntos hoy día hacen que no sea posible, ni conveniente, su abordaje por una única asignatura. Pese a ello, implementar la lengua inglesa en el grado de Derecho es una cuestión

¹⁹⁹² En virtud del informe elaborado por SEPIE (Servicio Español para la Internacionalización de la Educación), constituye éste uno de los puntos en los que seguir trabajando después del balance de la estrategia de globalización del Ministerio de Educación de los dos primeros años desde su implantación. Textualmente se recoge que «En el tiempo que queda hasta culminar su horizonte en 2020, debería continuar el progreso en la implantación de las acciones previstas en la estrategia, entre las que cabe mencionar [...] el incremento de titulaciones en inglés». Para ahondar en las conclusiones de este informe vid. DELGADO, L., «Estrategia de Internacionalización de las Universidades españolas. Balance de dos años», en *Internacionalización de la Educación Superior en España. Reflexiones y perspectivas*, septiembre, 2017, pp. 17-21.

¹⁹⁹³ Sobre este concepto y la transformación que supone en la enseñanza del grado en Derecho vid. CANEDO ARRILLAGA, M. P., COMELLAS ANGULO, P., «El jurista global del S. XXI: innovación docente y nuevos perfiles académico-profesionales», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 21, noviembre, 2015.

que suscita un sinfín de recelos. Y es que internacionalizar una carrera como la jurídica no es tarea fácil. Las razones son múltiples:

-La jurisprudencia española, una de las herramientas fundamentales para el estudio de la materia, no está traducida al inglés, o al menos no lo están la inmensa mayoría de las sentencias¹⁹⁹⁴;

-Los manuales, artículos o monografías sobre derecho español en lengua inglesa son sumamente escasos¹⁹⁹⁵;

-No todas las figuras que tiene nuestro ordenamiento jurídico existen en el de otros estados, por lo que explicar su funcionamiento puede ser una tarea ardua y confusa¹⁹⁹⁶;

-La normativa de la mayor parte de las materias no coincide con la del resto de países y no es abarcable hacer una explicación con continua referencia al derecho comparado¹⁹⁹⁷;

¹⁹⁹⁴ En este punto es de destacar la labor del Tribunal Constitucional Español, pues es el único que traduce las resoluciones que considera de mayor relevancia internacional al idioma inglés, e incluso algunas de ellas también lo están al francés y al alemán. Pueden consultarse en el siguiente link:

<https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/resoluciones-traducidas.aspx>

[Última consulta: 5 de septiembre de 2018]

¹⁹⁹⁵ Entre otros, este hecho es puesto de manifiesto por Puyol Montero, al afirmar que «localizar manuales, libros, fuentes y otros materiales en inglés para el diseño del curso: por ser Historia del Derecho español hay muy poco, casi nada, en inglés». PUYOL MONTERO, J. M., «Una experiencia pionera en la facultad de derecho de la universidad complutense: la docencia de un curso de historia del derecho en inglés», en *II Jornadas de Buenas prácticas. Innovación en el aula*, febrero, 2015, p. 2.

¹⁹⁹⁶ En este sentido, se pronuncia también Romero Flor, cuando apunta que «el uso de una lengua extranjera en las enseñanzas jurídicas resulta un tanto particular, ya que el contenido de la materia está condicionado por el ordenamiento propio de cada país; por lo que el programa de la misma determinará la lengua que resulta más adecuada para impartirla». ROMERO FLOR, L. M., «La introducción de lenguas extranjeras, en especial del inglés, en asignaturas de contenido jurídico y, en particular, en la asignatura de Derecho Financiero y Tributario», en *Innovar en tiempos de crisis*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2014, p. 153.

¹⁹⁹⁷ En palabras de Zambrana Tévar, «Los estudios superiores de Derecho han sido tradicionalmente muy provincianos y los juristas han estado, durante siglos, muy ligados a sus respectivos países». ZAMBRANA TÉVAR, N., «La globalización de las Facultades de Derecho: el Global Law Program de la Universidad de Navarra», en *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review*, núm. 2, abril-septiembre, 2010, p. 1.

-No todos los alumnos/profesores poseen un nivel de inglés adecuado para cursar/impartir una titulación en lengua inglesa¹⁹⁹⁸;

-Y, lo que a mi juicio es uno de los principales escollos, no todos los profesores tienen la motivación suficiente para iniciar un proyecto que supone tanto esfuerzo y sacrificio como lo es el de montar una asignatura en otro idioma¹⁹⁹⁹.

Puede afirmarse que muchos de estos problemas son compartidos por gran parte de las carreras universitarias, como pueden serlo la escasez de materiales traducidos al inglés, el bajo nivel del idioma del que adolecen tanto alumnos como profesores o la falta de motivación de estos últimos para acometer este nuevo desafío. Sin embargo, Derecho tiene una particularidad que no afecta a otras carreras: las ciencias jurídicas no son iguales en todos los países. La normativa es tan plural que impide una enseñanza global y, al mismo tiempo, especializada en el ordenamiento jurídico del país de origen, por lo que la formación integral en inglés del Derecho español es inútil para el jurista que quiera trabajar tanto en el extranjero como en su propio país.

En otras palabras, quien estudie Medicina en España va a poder ejercer de médico en el extranjero si tiene un buen nivel de idiomas, lo mismo sucede con el arquitecto o con el ingeniero, con el trabajador social o con el que estudió Bellas

¹⁹⁹⁸ Con respecto al nivel de inglés de los alumnos proponen Ferreiro Baamonde y Neira Pena realizar «como prueba de acceso, un cuestionario y una entrevista personal con los alumnos interesados en participar en el programa, para valorar que tienen el nivel de inglés mínimo requerido para poder seguir la asignatura, entender las explicaciones y las lecturas y participar activamente en los debates». FERREIRO BAAMONDE, X., NEIRA PENA, A. M^a., «El inglés como herramienta para el estudio del Derecho procesal. Programa orientado a la enseñanza del Derecho en lengua inglesa», en *Reduca (Derecho). Serie Derecho Procesal*. 5 (1), 2014, p. 138. Por otro lado, en relación con el nivel de inglés de los profesores, aclara Sanz Hermida que es lógico exigirles un elevado conocimiento del idioma, lo que no ha de traducirse en que se absolutamente bilingüe, ya que su objetivo no es enseñar el idioma, sino comunicar fluidamente los conocimientos sobre la materia. SANZ HERMIDA, A. M^a., «Plurilingüismo en el espacio europeo de enseñanza superior: su impacto en la docencia del Derecho procesal», J. Picó I Junoy (dir.), *El aprendizaje en Derecho procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*, Bosch, 2011, p. 551.

¹⁹⁹⁹ Esta falta de motivación viene más que justificada en que: implantar estas innovaciones no se traduce en mayor salario para el profesor, al menos en la universidad pública. Tampoco la ANECA lo puntúa de manera proporcional al esfuerzo que supone. No hay suficiente apoyo de las universidades en cuanto a cursos gratuitos de inglés para los profesores, lo que implica que muchos tengan que costearse sus clases si quieren mejorarlo. Tan solo algunas universidades ofrecen servicios de traducción para materiales de la asignatura y una ínfima rebaja en la carga de créditos docentes para quien imparta asignaturas en otro idioma.

Artes. Pero, por desgracia, no ocurre lo mismo con el jurista. Éste, por muy buen nivel de inglés que tenga y aunque haya estudiado Derecho en esa lengua, tendrá que volver a estudiar el ordenamiento jurídico de cada país si quiere ejercer su profesión, a no ser que se dedique exclusivamente al Derecho Internacional o de la Unión Europea.

Al respecto, por todos es sabido que la homogeneización en la regulación de los ordenamientos jurídicos de todos los países es poco menos que una utopía. Por tanto, nos encontramos con una resistencia muy justificada por parte de las ciencias jurídicas, dada la escasa utilidad que tendría invertir en un proyecto tan ambicioso y costoso, tanto económica como intelectualmente.

4.-La heterogeneidad de su tímida implantación

Como ha sido puesto de manifiesto, existen muchas razones que explican la resistencia del grado en Derecho a sumarse a la enseñanza inglesa o bilingüe. Sin embargo, pese a ello, son cada vez más las universidades que están implantando esta enseñanza, aunque no todas lo están haciendo del mismo modo. Esta incipiente oferta académica encuentra diferentes formas de consolidación, por un lado, en relación con la intensidad de su instauración y, por otro, en lo que concierne a los requisitos que se exigen para la matriculación del grado bilingüe.

En lo que se refiere al primero de estos aspectos, ha de destacarse que las universidades nacionales se han decantado por una enseñanza del grado en Derecho en inglés de manera parcial, en el sentido de que tan solo algunas asignaturas son impartidas en lengua inglesa (las más comunes son Derecho internacional, Derecho comunitario, Derecho constitucional, Filosofía del Derecho y algunas materias introductorias), mientras que el resto sigue impartándose en castellano. Además, suele mantenerse la enseñanza en español de dichas asignaturas, es decir, los alumnos pueden elegir entre matricularse de las mismas en una lengua o en otra.

Este hecho pone de manifiesto la singularidad de las disciplinas jurídicas con respecto a otras carreras, pues el resto de titulaciones que se imparten en lengua inglesa suelen hacerlo de manera íntegra y no parcial. De hecho, la mayor parte de las universidades que dan la posibilidad de estudiar algunas asignaturas en lengua inglesa no lo hacen para el grado en Derecho sino para los dobles grados de Derecho y Economía, Derecho y Administración y Dirección de Empresas, Derecho y Relaciones Internacionales o Derecho y Contabilidad y Finanzas. De manera que, la carrera que se estudia íntegramente en inglés es la que acompaña al grado en Derecho, mientras que éste tan solo consta de algunas materias sueltas en dicho idioma²⁰⁰⁰.

Esta es otra de las muestras que denotan la clara resistencia de las ciencias jurídicas al uso del inglés como una única lengua de docencia, ya que en lugar de apostar por una enseñanza exclusiva en este idioma lo hacen de manera optativa y no para todas las asignaturas. Es más, cuando el grado en Derecho se estudia en solitario no es común que exista la posibilidad de matricularse en inglés, ni íntegra ni parcialmente. Por lo que nos encontramos con que las mismas universidades que ofrecen la opción de estudiar ciertas asignaturas jurídicas en lengua inglesa para los dobles grados retiran esta elección cuando se trata de alumnos de grado. Ello dificulta la implantación de la carrera de Derecho en inglés, ya que depende de si viene acompañada o no de otro grado para que se oferten algunas materias jurídicas en inglés.

De otra parte, merece especial atención el público al que se dirigen estas ofertas académicas y los requisitos que se les exigen para acceder a ellas. Con relación a ello, cabe decir que en un principio la enseñanza en lengua inglesa se vio como un aliciente para atraer a estudiantes extranjeros, sobre todo

²⁰⁰⁰ Así lo tienen establecido, entre otras: la Universidad Carlos III de Madrid
https://www.uc3m.es/ss/Satellite/Grado/es/TextoMixta/1371211624089/Estudiar_en_ingles
La Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
<https://www.upo.es/portal/impe/web/contenido/cb465075-1bab-11e7-9f07-3fe5a96f4a88?channel=c1f3624d-2f47-11de-b088-3fe5a96f4a88>
La Universidad Pública de Navarra
<https://www.unavarra.es/fac-juridicas/estudios/grado/doble-grado-ade-derecho-itinerario-internacional/plan-estudios?submenu=yes>
La Universidad de A Coruña
<http://estudios.udc.es/es/study/start/612g01v01>

procedentes de los programas de movilidad Erasmus. Sin embargo, a día de hoy son mayoría los estudiantes españoles que cursan estas carreras bilingües, ya que son conscientes del nivel de diferenciación que ello les dará con respecto a los compañeros que estudien en lengua española. En este sentido, el idioma funciona como un arma de doble filo puesto que mientras que para los extranjeros nativos es ventajoso estudiar en su idioma, los nacionales, en ocasiones, pueden sentir que se someten a un doble examen: el del idioma y el de la materia²⁰⁰¹.

Al respecto, lo recomendable es que quede sentado desde el comienzo de la enseñanza de un grado en inglés que el nivel de idioma ya ha tenido que ser superado con carácter previo a la matrícula en el programa de estudios. De modo que no pueda servir de excusa para que los alumnos se escuden en que no han entendido lo que se les preguntaba por dificultades en el idioma pero que sí dominaban el contenido. Para ello es imprescindible mantener un equilibrio en el que quede patente que no se trata de evaluar el nivel de inglés que tienen los estudiantes, pero que ello no obsta para que deban saber comunicarse de manera escrita y oral en la lengua en la que han elegido realizar sus estudios²⁰⁰². Con la finalidad de evitar estas situaciones se recomienda que los alumnos que deseen matricularse en un grado en inglés estén en posesión de un certificado que acredite que poseen, al menos, un nivel B2 del marco común de referencia. Requisito que no todas las universidades exigen, lo que entorpece notablemente el devenir del curso al encontrarnos con alumnos que tienen desde un nivel de inglés A2 pasando por todos los niveles siguientes hasta el bilingüe C2²⁰⁰³.

²⁰⁰¹ Respecto a las ganancias que supone el aprendizaje en lengua inglesa los nativos dicen no haber obtenido ninguna, mientras que los alumnos no nativos destacan: aprendizaje de vocabulario y terminología especializada, mejora en el sistema de trabajo personal, interacción con los/as alumnos/as procedentes de otros países o pérdida del miedo a comunicarse en inglés, entre otros. ORTIZ, G., FABREGAT, M., SORIANO, C., MORELL, T., PLAZA, D., «Docencia en inglés en el Grado en Criminología: análisis, evaluación y propuestas de mejora», en *Memorias del Programa de Redes-I3CE de calidad, innovación e investigación en docencia universitaria*, Universidad de Alicante-Instituto de ciencias de la educación, 2017, p. 514.

²⁰⁰² En relación con ello, apunta Martín del Pozo que «no es suficiente con un nivel de inglés alto (lo que en la mayoría de ocasiones se asume de forma tácita cuando en realidad habría que cuestionar). Para garantizar la adquisición del contenido académico se requiere un tipo de competencia lingüística que no es una mera extensión de la competencia comunicativa». MARTÍN DEL POZO, M. A., «Formación del profesorado universitario para la docencia en inglés», en *Revista de Docencia Universitaria*, vol. 11, octubre-diciembre, 2013, p. 210.

²⁰⁰³ En este sentido, desde la Universidade da Coruña, en lo que concierne a la enseñanza del derecho procesal en inglés, han optado por realizar un cuestionario y una entrevista personal a

Lo expuesto en este apartado evidencia la falta de uniformidad que existe en la educación universitaria española respecto de la instauración del grado en Derecho en lengua inglesa. El hecho de que haya programas de estudio diferentes en cada universidad, ofertas para dobles grados pero no para el grado o que tan solo algunos centros consideren obligatorio superar cierto nivel de idiomas para la matrícula en la enseñanza bilingüe, obstaculiza sobremanera la enseñanza en lengua inglesa de las ciencias jurídicas. Pero, pese a ello, como se verá a continuación, la tendencia parece ser mostrar una actitud cada vez más receptiva a su acogida.

5.-Hacia una enseñanza universitaria bilingüe

Como hemos señalado en numerosas ocasiones, impartir el grado en Derecho en otro idioma, y especialmente en inglés, presenta tantos inconvenientes que hacen que el panorama actual de la educación jurídica bilingüe sea disperso y confuso. Sin embargo, en lugar de retroceder en el intento y descartar la posibilidad de combinar estudiar Derecho con hacerlo en inglés, las universidades españolas trabajan en encontrar la manera más óptima de implantar un plan de estudios sólido.

Este esfuerzo por parte del sistema de Educación Superior viene explicado en dos órdenes de razones: una mejora para los alumnos y egresados y un gran avance para los profesores y la universidad como institución. Por una parte, los estudiantes podrán enriquecerse de una educación con miras internacionales, lo que les ayudará a insertarse en un mercado laboral cada vez más globalizado. Ello les permitirá tener las mismas posibilidades de trabajo en el extranjero que egresados de otras carreras universitarias, lo que dotará a los juristas españoles de mayor prestigio. Por otra parte, los beneficios para los profesores pasan desde la obtención de ventajas prácticas como la adquisición de más méritos docentes

cada estudiante interesado en matricularse de la asignatura. En nuestra opinión, aunque ello proporciona un seguimiento personalizado no es tan objetivo como requerir un nivel de idiomas acreditado por una institución homologada y ajena al profesorado. Quizás, ese cuestionario y entrevista podría ser un plus a la exigencia del certificado oficial, es decir, algo complementario pero no sustitutivo. FERREIRO BAAMONDE, X., NEIRA PENA, A. M^a., «El inglés como herramienta para el estudio del Derecho procesal...», ob. cit., p. 138.

en vista a las acreditaciones de la ANECA hasta la obtención de un crecimiento profesional cualitativo. También la universidad como institución se verá favorecida por esta iniciativa, pues la enseñanza en inglés es una de las variables que miden la internacionalización de los centros y ello resulta determinante para alcanzar las mejores posiciones de los rankings universitarios mundiales²⁰⁰⁴.

Ahora bien, para que la implantación de la enseñanza bilingüe en Derecho se lleve a cabo sin merma de la calidad del sistema educativo actual, ha de tenerse presente que no se trata de traducir al inglés el material que se imparte hoy día en castellano. Por el contrario, ha de elaborarse un plan de estudios *ad hoc*, en el que la mayor parte de las asignaturas continúe impartándose en español, salvo las que por su naturaleza internacional o europea permitan su enseñanza íntegra en inglés. Pero, al mismo tiempo, dicho plan de estudios debe reservar, al menos, un módulo en todas las asignaturas en el que la normativa internacional al respecto (materia de consumidores en Derecho civil, órdenes europeas de detención o de obtención de pruebas en Derecho procesal, normativa sobre criminalidad transfronteriza en Derecho penal, etc.) se imparta exclusivamente en inglés.

Es decir, esta propuesta no consiste dar clases de derecho comparado sino en que cada materia se explique en versión original, de manera que se oferte un programa de cada asignatura adaptado a su legislación, doctrina y jurisprudencia. De este modo, los estudiantes dominarán con el mismo nivel de detalle el Derecho nacional y el internacional, al tiempo que manejarán figuras y términos jurídicos en inglés, lo que les proporcionará una visión de conjunto de la carrera jurídica que hoy por hoy no todas las universidades ofertan.

²⁰⁰⁴ Acerca de los indicadores que determinan la posición de las universidades a nivel mundial en uno de los rankings más prestigiosos vid., ampliamente, PANDIELLA-DOMINIQUE, A., MORENO-LORENTE, L., GARCÍA-ZORITA, C., SANZ-CASADO, E., «Modelo de estimación de los indicadores del Academic Ranking of World Universities (Shanghai Ranking)», en *Revista Española de Documentación Científica*, 41 (2), abril-junio, 2018.

6.-A modo de conclusión

Después de años de proliferación de la enseñanza universitaria en inglés la carrera de Derecho es una de las que menos ha avanzado en esta senda. Las posibles razones que explican este hecho han sido señaladas *supra* pero, como acaba de apuntarse, la tendencia actual parece ser la de trabajar en la oferta de un grado bilingüe. Y es que las ciencias jurídicas no deben dar la espalda a una realidad laboral cada vez más globalizada en la que impera el inglés como lengua vehicular dominante.

El ritmo que lleve esta tendencia y la adecuación de un mayor o menor número de horas de docencia en inglés dependerá, en gran medida, de lo preparadas que vayan estando las generaciones venideras con los idiomas. En este sentido, dada la acogida que está teniendo la enseñanza en inglés en la mayoría de los colegios e institutos españoles, todo apunta a que en un futuro no muy lejano la enseñanza será bilingüe casi por completo. Por ello, las facultades de Derecho han de llevar a cabo un serio replanteamiento del modo en el que hasta hoy han estado diseñados los planes de estudios, y han de acometer una profunda remodelación de los mismos, en aras de alcanzar una adecuación a las exigencias del mercado y a la globalización de las ciencias jurídicas.

Al propio tiempo, este avance supone también una modificación del sistema de contratación de profesorado, pues los más veteranos no suelen tener una preparación suficiente para impartir docencia en inglés y los más jóvenes y cualificados en este aspecto no tienen posibilidades de acceso a la enseñanza en la Educación Superior, debido a la baja tasa de reposición a la que están sujetas las universidades españolas²⁰⁰⁵.

²⁰⁰⁵ En lo que a ello concierne, debe tenerse en cuenta la ventaja competitiva de las universidades privadas frente a las públicas, ya que las primeras gozan de una mayor flexibilidad de contratación y, por tanto, de adecuación a lo que demanda el mercado universitario con bastante más rapidez de la que pueden hacerlo las universidades públicas. Al respecto, señala Martín del Pozo que «A partir de 2002 el sector privado comienza a ofrecer titulaciones bilingües y se adelanta así al sector público por dos motivos principales: mayor flexibilidad y agilidad de la universidad privada para la implementación de nuevas titulaciones; mayor libertad para la renovación de su plantilla según las necesidades docentes». MARTÍN DEL POZO, M. A., «Formación del profesorado universitario para la docencia en inglés», ob. cit., p. 204.

El camino parece tener un largo recorrido y en él se precisa del consenso de juristas y de profesores para formar a unas promociones de estudiantes con suficiente grado de diferenciación a nivel internacional como para poder competir con solvencia en el mercado laboral frente a egresados universitarios de cualquier parte del mundo.

7.-Bibliografía

BAZO MARTÍNEZ, P., GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D. (coords.), Documento marco de política lingüística para la internacionalización del sistema universitario español, mayo, 2017.

BUSTOS FLORES, C., «Universidad y globalización», en *Procesos Históricos. Universidad de los Andes*, año 7, núm. 13, 2008.

CANEDO ARRILLAGA, M. P., COMELLAS ANGULO, P., «El jurista global del S. XXI: innovación docente y nuevos perfiles académico-profesionales», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 21, noviembre, 2015.

DELGADO, L., «Estrategia de Internacionalización de las Universidades españolas. Balance de dos años», en *Internacionalización de la Educación Superior en España. Reflexiones y perspectivas*, septiembre, 2017.

FERREIRO BAAMONDE, X., NEIRA PENA, A. M^a., «El inglés como herramienta para el estudio del Derecho procesal. Programa orientado a la enseñanza del Derecho en lengua inglesa», en *Reduca (Derecho). Serie Derecho Procesal*. 5 (1), 2014.

GARCÍA RUIZ, M. J., «El impacto de la globalización en la universidad del siglo XXI», en *Tendencias Pedagógicas*, núm. 13, 2008.

MARTÍN DEL POZO, M. A., «Formación del profesorado universitario para la docencia en inglés», en *Revista de Docencia Universitaria*, vol. 11, octubre-diciembre, 2013.

ORTIZ, G., FABREGAT, M., SORIANO, C., MORELL, T., PLAZA, D., «Docencia en inglés en el Grado en Criminología: análisis, evaluación y propuestas de mejora», en *Memorias del Programa de Redes-I3CE de calidad, innovación e investigación en docencia universitaria*, Universidad de Alicante-Instituto de ciencias de la educación, 2017.

PANDIELLA-DOMINIQUE, A., MORENO-LORENTE, L., GARCÍA-ZORITA, C., SANZ-CASADO, E., «Modelo de estimación de los indicadores del Academic Ranking of World Universities (Shanghai Ranking)», en *Revista Española de Documentación Científica*, 41 (2), abril-junio, 2018.

PUYOL MONTERO, J. M., «Una experiencia pionera en la facultad de derecho de la universidad complutense: la docencia de un curso de historia del derecho en inglés», en *II Jornadas de Buenas prácticas. Innovación en el aula*, febrero, 2015.

REGINFO-MILLÁN, M., «La globalización de la sociedad del conocimiento y la transformación universitaria», en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (2), 2015.

ROMERO, J., PASTOR, J. M., «Las universidades españolas bajo la influencia de los rankings», en *Regional and Sectoral Economic Studies*, vol. 12-3, 2012.

ROMERO FLOR, L. M., «La introducción de lenguas extranjeras, en especial del inglés, en asignaturas de contenido jurídico y, en particular, en la asignatura de Derecho Financiero y Tributario», en *Innovar en tiempos de crisis*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2014.

SANZ HERMIDA, A. M^a., «Plurilingüismo en el espacio europeo de enseñanza superior: su impacto en la docencia del Derecho procesal», J. Picó I Junoy (dir.), *El aprendizaje en Derecho procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*, Bosch, 2011.

ZAMBRANA TÉVAR, N., «La globalización de las Facultades de Derecho: el Global Law Program de la Universidad de Navarra», en *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review*, núm. 2, abril-septiembre, 2010.

Las nuevas tecnologías y la renovación del derecho procesal

Enrique César Pérez-Luño Robledo

PSI de Derecho Procesal

Universidad De Sevilla

1. OBJETO Y PLANTEAMIENTO

La complejidad de la vida en las sociedades con alto grado de desarrollo social y tecnológico ha determinado el crecimiento exponencial y la diversificación temática de los asuntos planteados ante los tribunales de justicia, con inmediata incidencia en todo lo que atañe a la organización judicial²⁰⁰⁶. La masificación de los procesos judiciales constituye uno de los síntomas de los ordenamientos jurídicos de las sociedades avanzadas de nuestro tiempo. Consiguientemente, se ha producido una mudanza en profundidad de la propia imagen del juez y del letrado de la Administración de Justicia. Frente al carácter artesano que caracterizaba el quehacer del juez y del personal de los juzgados en el pasado, emerge ahora una Oficina Judicial con amplia presencia de métodos tecnológicos que requieren un personal familiarizado y cualificado para su correcta utilización²⁰⁰⁷.

Para responder a esos nuevos retos, en los últimos años, se han desarrollado una serie de aplicaciones tecnológicas destinadas a adecuar los instrumentos de la gestión de la Oficina Judicial a los apremios de nuestra época; es decir, a encauzarlas desde el artesanado a la segunda revolución industrial.

El objeto de esta comunicación se cifra en considerar la repercusión de las Nuevas Tecnologías (NT) en el desarrollo del Derecho Procesal español. Las NT, están

²⁰⁰⁶ Vid. sobre esta cuestión, MORENO CATENA, V., *Manual de organización judicial*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003, *passim*.

²⁰⁰⁷ Cfr. SIGUENZA LOPEZ, J., (Coordinador), MARTINEZ MOYA, J., PASCUAL DEL RIQUELME, M., PARRA GARCIA, J.L., SÁEZ DOMÉNECH, A., *La Oficina Judicial y los Nuevos Procesos Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y Laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010, pp 40 ss., donde se estudia la implantación de las Nuevas Tecnologías en la "arquitectura judicial".

contribuyendo a un cambio profundo de la estructura normativa y del propio desarrollo del proceso en el seno de nuestro ordenamiento jurídico. Estas reflexiones, necesariamente breves por tratarse de una comunicación, se dirigen a dar cuenta de estos nuevos perfiles del sistema procesal español. Para ello, se deberá tener presente en qué medida las NT están incidiendo en el marco conceptual y en la propia estructura temática de esta disciplina.

2. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU INCIDENCIA EN LA NORMATIVA PROCESAL.

Conviene tener presente que esas proyecciones y experiencias a las que se alude en el primer punto de este trabajo, tienen aquí un sentido especial: frente al carácter prevalentemente teórico que revisten en otros sectores de la actividad jurídica, aquí entrañan una dimensión inequívoca normativa. Se trata de aplicaciones que no tienden sólo a permitir el conocimiento del Derecho aplicable, a discernir interpretaciones posibles, o a simular decisiones, sino que la informática jurídica judicial contribuye a la formación de los distintos momentos del *iter* procesal que tiene su conclusión en un acto normativo: la sentencia. Por eso, estas aplicaciones informáticas constituyen una manifestación de lo que los anglosajones denominan *Law in Action*, es decir, del Derecho operativo y actuante.

Pero, por ello, por ser procedimientos tendentes a la formación de normas, estas proyecciones de la Informática jurídica deben hallarse estrictamente regladas por el Derecho procesal informático para la plena garantía de la seguridad jurídica²⁰⁰⁸.

Debe señalarse que, en el ámbito de la oficina judicial, las aportaciones informáticas de documentación y de gestión avanzaron de forma paralela y simultánea. La proyección de la Informática Documental en la esfera de la Administración de Justicia ha sido la respuesta a los graves problemas de

²⁰⁰⁸ Sobre todo ello, vid., ALVAREZ-CIENFUEGOS, J. M., "La informática en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Actualidad Informática Aranzadi*, n. 4, 1992, pp. 1 ss.

hipertrofia normativa que aquejan a los ordenamientos jurídicos actuales²⁰⁰⁹. En estas circunstancias el acceso del juez a sistemas adecuados de documentación jurídica informatizada resulta del todo imprescindible.

La *inflación normativa* es un fenómeno característico de las sociedades tecnológicamente avanzadas del presente. Esa situación se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales.

La certeza del Derecho, en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones, se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la *prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje* en el que se hallan expresadas las disposiciones legales. En esas circunstancias no son sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas -funcionarios administrativos, jueces o abogados- tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho²⁰¹⁰.

La incesante promulgación de normas legales, la multiplicidad de decisiones jurisprudenciales, pertenecientes a distintas instancias y a tribunales nacionales, extranjeros e internacionales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto de la judicatura, hace casi imposible su conocimiento y aplicación por los propios magistrados. Con esta nueva situación se pone en peligro el valor de la seguridad jurídica, al existir dificultades para conocer las normas aplicables vigentes en cada sector del ordenamiento jurídico. Ello trae como consecuencia el que, en ocasiones, normas legales o jurisprudenciales aplicables a un determinado caso, sean ignoradas por

²⁰⁰⁹ PÉREZ-LUÑO ROBLEDOS, E.C., *El procedimiento de habeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 53ss.

²⁰¹⁰ Cfr. ALVAREZ-CIENFUEGOS, J. M., "La informática en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Actualidad Informática Aranzadi*, n. 4, 1992, pp. 2 ss.; id., "Soluciones informáticas para la gestión de los procesos judiciales", en *Theoria*, n. 7-8-9, 1987-88, pp. 469 ss.; CARRASCOSA LÓPEZ, V., "La gestión automatizada en el ámbito de la Justicia Española" en *Informática y Derecho*, n.5, 1994, pp. 1045 ss.; DORADO A., "Hacia una justicia tecnológicamente avanzada al servicio de los ciudadanos. El expediente judicial electrónico", en el vol., col., *El derecho en la sociedad telemática*, (Estudios en Homenaje al profesor Valentín Carrascosa López), Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática & Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp. 287 ss.

quienes tienen el deber de desarrollar la función judicial, a través de la proyección sobre los casos concretos de esas fuentes jurídicas vigentes²⁰¹¹.

Ante esa situación se hace apremiante la búsqueda de soluciones que restituyan la seguridad jurídica amenazada. Entre ellas, se debe recurrir por sus posibilidades en la información y en la gestión de documentación jurídica a la Informática jurídica documental y de gestión. Estas ayudas instrumentales tienen un espacio de aplicación, de especial importancia, en el ámbito de la Administración de Justicia.

3. LOS LÍMITES DE LA INFORMATIZACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN JUDICIAL.

Pese a sus incuestionables ventajas, la informatización documental judicial tiene determinados riesgos, que conviene prevenir. Deberá garantizarse, en primer término, la *calidad* de los datos jurídicos almacenados, lo que equivale a proteger la veracidad y objetividad de la información seleccionada, así como la mayor exhaustividad posible de la misma y su continua actualización. Se precisan también medidas cautelares que velen por la *seguridad* de los datos almacenados (*storage*) para evitar la destrucción accidental, o la cancelación no autorizada, la pérdida, o la manipulación de las informaciones jurídicas. Estas garantías, comunes al funcionamiento de cualquier banco de datos, asumen especial trascendencia en el sector judicial, por la relevancia política, económica, social y cultural que reviste la documentación en los procedimientos judiciales. Es fácil imaginar, en efecto, las repercusiones de un servicio de documentación judicial automatizada que omitiera, intencional o deliberadamente, una determinada orientación o línea jurisprudencial o de la doctrina jurídica, para la aplicación del Derecho. De ahí, que la aspiración a la *exhaustividad* de la documentación judicial no constituya un mero requisito del correcto funcionamiento técnico de los Tribunales, sino una garantía de su *transparencia e imparcialidad*. Por esta misma razón, en los sistemas de teledocumentación judicial que utilizan *abstracts* o

²⁰¹¹ Cfr., PÉREZ LUÑO, A.E, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona (2ª ed., 1994), pp. 61 ss.

resúmenes, la infidelidad de su contenido puede producir un efecto en cadena, que multiplique la gravedad de sus consecuencias²⁰¹².

4. ALGUNAS APORTACIONES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS AL DESARROLLO DE PROCESO.

De las experiencias en curso relativas a la proyección de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en la Administración de Justicia española, se infiere que esos medios tecnológicos, sin duda alguna, permiten acelerar la tramitación de los procesos judiciales. Al propio tiempo, posibilitan una mayor transparencia de los mismos, al simplificar para el ciudadano el acceso y conocimiento de su estado de tramitación. Todo ello, contribuye al cumplimiento de los principios de eficacia y seguridad jurídica, que deben informar la práctica de los tribunales en un Estado de Derecho.

En la Exposición de Motivos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, se afirma que:

“el precepto fundamental que dedica nuestra vigente Constitución a la Administración General del Estado es el artículo 103, en el que se recogen los principios básicos que deben presidir la actividad de la Administración estatal, a saber: servicio, objetividad, generalidad, eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación”.

Debe recordarse también que el artículo 103 de nuestra vigente Constitución, consagra no sólo el principio de legalidad de la actuación administrativa, sino también su carácter instrumental al servicio de los intereses generales.

Con referencia a estas directrices de nuestro texto constitucional y la legalidad administrativa, que son aplicables a la Administración judicial, nuestro Tribunal

²⁰¹² DORADO A., “Hacia una justicia tecnológicamente avanzada al servicio de los ciudadanos. El expediente judicial electrónico”, en el vol., col., *El derecho en la sociedad telemática*, (Estudios en Homenaje al profesor Valentín Carrascosa López), Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática & Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp. 287 ss.; OCAÑA LACAL, D. “Los archivos judiciales ante el Reto de las Nuevas Tecnologías”, en *Los Archivos Judiciales en la Modernización de la Administración de Justicia*, (Congreso de Archivos Judiciales, Sevilla, 16,17 y 18 de mayo 2007), Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, Sevilla 2007, pp. 67 ss.

Constitucional considera que la eficacia es un verdadero principio jurídico, del que resulta un deber positivo de actuación conforme a sus exigencias, esto es, el servicio con objetividad al interés general y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 27/187, de 27 de febrero; y 178/1989, de 2 de noviembre).

En lo que concierne directamente a la Administración de Justicia, no huelga recordar que el art. 435 Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular la Oficina judicial, dispone que “funcionará con criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre Administraciones, de manera que los ciudadanos obtengan un servicio próximo y de calidad, con respeto a los principios recogidos en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la justicia”. Este artículo debe ponerse en relación con el art. 37.1 de esa misma norma, que establece que corresponde al Ministerio de justicia o al órgano competente de la Comunidad Autónoma con competencias transferidas en materia de justicia: “proveer a los juzgados y tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia”²⁰¹³.

Asimismo, conviene recordar que en el Pacto de Estado para la Reforma de la justicia se señaló que “los españoles, comenzando por quienes dedican la vida al servicio de la justicia, demandan inequívocamente un esfuerzo profundo de mejora y modernización de nuestro sistema judicial. Carencias tradicionales, sumadas a las nuevas exigencias de una sociedad cada vez más dinámica y compleja y al incremento de la litigiosidad, hacen obligado acometer las reformas necesarias para ello”. Por todo ello, se tiende a que “la justicia actúe con rapidez, eficacia y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión

²⁰¹³ Cfr. MARTINO, A., “Nuevas Tecnologías para la justicia. Breve reseña de los pasos a seguir”, en el vol. col., *El derecho en la sociedad telemática*, (Estudios en Homenaje al profesor Valentín Carrascosa López), Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática & Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp.391 ss.

previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales”.

En ese mismo texto se afirma la necesidad de tener presente que: “todo ello afecta no sólo al buen funcionamiento y la mayor eficacia de un servicio público capital, sino también a la calidad democrática y el bienestar social y a elementos sustanciales de nuestro Estado social y democrático de Derecho como la garantía de derechos de los ciudadanos a el sometimiento de todos los poderes a reglas objetivas recogidas en las Leyes”.

No puede omitirse tampoco cuanto proclama el Preámbulo de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la justicia, donde se indica que: “en los umbrales del siglo XXI la sociedad española demanda con urgencia una justicia más abierta que sea capaz de dar servicio o los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados”. Y, al propio tiempo, añade que: “la configuración de la Administración de justicia como servicio público debe llevar necesariamente aparejado un catálogo de derechos del ciudadano frente a dicha Administración, derechos que no afectan a las cuestiones jurisdiccionales, sometidas al principio de legalidad y tutela judicial, sino a la actuación cotidiana de juzgados y tribunales en su relación con los ciudadanos que demandan sus servicios”.

No puede tampoco omitirse, al hacer balance de los propósitos y experiencias tendentes a la informatización de nuestra Administración Judicial, cuanto señala el Plan de Transparencia Judicial, en el que se indica que: “las líneas de fuerza que caracterizan la existencia de una buena justicia son la independencia, la imparcialidad, la competencia, la asequibilidad, la eficiencia, la duración razonable, la calidad, la previsibilidad, la igualdad y la responsabilidad, garantizándose, en cualquier caso, que el coste público de la Administración de justicia se cohoneste razonablemente con los resultados del servicio público”.

De todas estas exigencias ha pretendido hacerse eco y darles cumplida respuesta, tal como se ha expuesto en el párrafo anterior, la Ley 18/2011 en la que se

establece el régimen general de las proyecciones y utilización de las TIC en la Administración de Justicia.

5. CONCLUSIONES

En relación con cuanto hasta aquí se lleva expuesto, es oportuno avanzar un *balance* respecto a lo que hasta ahora ha supuesto la proyección de las nuevas tecnologías (NT) y las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en la Administración de Justicia en España. Esas proyecciones han tenido por objeto una serie de aplicaciones y experiencias referidas a cuatro sectores fundamentales:

- 1) Ha servido, en términos de Informática jurídica procesal documental, para el tratamiento de la información y la documentación. En este ámbito se ha procedido a la informatización de los Archivos judiciales y, al propio tiempo, ha permitido la interconexión de bases de datos y sistemas operativos en diversos sectores de la Administración de Justicia.
- 2) Gracias a la Informática jurídica procesal de gestión, se ha conseguido informatizar numerosos procedimientos y trámites judiciales. Así como la adaptación de la Oficina Judicial a las exigencias de la sociedad telemática.
- 3) Mediante programas de Informática jurídica procesal decisional, se ha podido contribuir a la elaboración de sistemas expertos que actúan como herramientas de apoyo a la decisión judicial.
- 4) Y, por último, también ha contribuido al desarrollo de experiencias de ciberciudadanía, en la esfera de la tutela de las garantías procesales. Gracias a ello se posibilitan la comunicación e interacción entre los ciudadanos y los operadores jurídicos: informaciones, notificaciones telemáticas, presentación telemática de escritos etc.

En todos estos ámbitos se han desarrollado o se están desarrollando, algunas experiencias. No obstante, como ocurre en cualquier avance tecnológico, su implantación conlleva, simultáneamente, luces y sombras, aportaciones y riesgos que, en un balance con pretensiones de ecuanimidad, no resulta lícito omitir.

Entre las *aportaciones* más significativas de estas experiencias, debe señalarse que las TIC constituyen instrumentos necesarios para garantizar una justicia más segura, más rápida, de calidad y más eficaz. Ello supone un avance cualitativo, es decir una mejora en la calidad y en la transparencia de la justicia que se ofrece a los ciudadanos.

Son las propias condiciones en las que opera actualmente en España la Administración de Justicia, las que hacen inevitable el recurso a medios tecnológicos. La tantas veces aludida “masificación de la Justicia” se ha traducido en un aumento progresivo de asuntos judiciales, que desmiente aquellas tesis ideológicas que hablaban de una progresiva “extinción y desaparición del Derecho”. Al propio tiempo, se ha producido una auténtica “explosión de la información y la documentación judicial”, es decir, de la ingente cantidad de información que los órganos judiciales deben gestionar, incluida la que ellos mismos producen.

Gracias a la informatización judicial: “se puede reducir el tiempo de tramitación de los procesos y expedientes al mecanizarse y simplificarse los procedimientos masivos y rutinarios. Además, ello redonda en una evidente reducción de los costes”²⁰¹⁴.

La eficacia de la Administración de Justicia puede remediar una de las máximas preocupaciones de los ciudadanos que acuden ante los tribunales: la lentitud de los procedimientos, que determina que, en muchas ocasiones, el obtener una sentencia favorable no reporte a la postre ningún beneficio, porque en el tiempo transcurrido desde la incoación del proceso a su resolución, ya se han producido los efectos irreparables que, precisamente, mediante la demanda del ciudadano se pretendían evitar²⁰¹⁵.

²⁰¹⁴ DELGADO GARCÍA, A. M. y OLIVER CUELLO, R., *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2006, p.94. Vid. también para un estudio general de los costes de la Administración de Justicia la obra de MORENO CATENA, V. Y PASTOR PRIETO, S. (Dir.), *El coste de la justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, *passim*.

²⁰¹⁵ Cfr., SANZ HEREDERO, J. D. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, P. A., “Breves comentarios a la Instrucción Núm. 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre código de conducta para usuarios de equipos y sistemas informáticos al servicio de la

Otras de las ventajas, que dimanar de las aplicaciones informáticas en el ámbito de la Justicia, hacen referencia a la posibilidad de unificar la jurisprudencia, puesto que el mejor conocimiento de las resoluciones judiciales redundará en la unificación de las pautas decisorias. Con lo que, se contribuye a un reforzamiento de la seguridad jurídica.

Tampoco huelga incidir en las ventajas que en orden a un mejor desarrollo del sistema judicial en su conjunto y en relación con la totalidad del ordenamiento jurídico, se desprenden de estas proyecciones de la NT y las TIC a la Administración de Justicia. Gracias a ellas, se posee un conocimiento exhaustivo e inmediato de los procedimientos ya concluidos y en curso de tramitación, lo que permite la elaboración de datos estadísticos fiables sobre este capítulo fundamental en la operatividad de un Estado de Derecho²⁰¹⁶.

Junto a esas ventajas innegables y como contrapartida de ellas, la proyección de las NT y las TIC a la Administración de Justicia plantea determinados riesgos que no deben ni pueden soslayarse.

En primer término debe partirse de la cautela inicial de que la obtención de los resultados favorables se halla supeditada al empleo de un *hardware*, es decir a equipos físicos o material informático, y un *software*, o sea, programas y aplicaciones adecuados a las tareas auxiliares que deban realizarse en los tribunales y juzgados. Por supuesto, será también necesario contar con un personal cualificado en el manejo de estos equipos y programas. Muchas veces, la eficacia de las proyecciones informáticas a la realización de tareas judiciales, no ha conseguido la eficacia auspiciada, precisamente, por disfunciones o fallos en cualquiera de estos factores apuntados.

En relación con todo ello, señaló el procesalista Valentín Carrascosa López, que: “si la Justicia se deja invadir sin más por las nuevas tecnologías y no las asimila,

Administración de Justicia”, en *Revista Datos Personales org*, nº 2, 2003 (disponible en <http://www.datospersonales.org>).

²⁰¹⁶ Cfr.: CANO MARTÍNEZ, J.J., “Admisibilidad de la evidencia digital algunos elementos de revisión y análisis”, en *Revista de Derecho Informático*, nº 61, 2003, pp. 1 ss.; PASTOR PRIETO, S., “Dilación, eficiencia y costes ¿Cómo ayudar a que la imagen de la Justicia se corresponda mejor con la realidad?”, *Servicio de Estudios de la Fundación BBVA*, 2002; PUYOL MONTERO, J., “Las nuevas tecnologías en el procedimiento judicial”, en *Encuentro sobre Informática y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 308 ss.

las desventajas pueden superar a las ventajas. La complejidad de la Oficina Judicial puede aumentar innecesariamente, y un gran número de funcionarios pueden verse desplazados en el conocimiento y uso de las nuevas tecnologías”²⁰¹⁷.

En definitiva, la eficacia de las aplicaciones informáticas en los procesos judiciales se halla condicionada por la necesidad de que se destinen los suficiente recursos públicos dirigidos no sólo a la adquisición y renovación de los equipos informáticos o aplicaciones informáticas, sino también a la oportuna formación al personal de la Administración de justicia para poder utilizarlos adecuadamente. Se ha señalado, con razón, que un factor clave para el éxito del sistema informático judicial, no reside sólo en la infraestructura de *hardware*, ni el *software*, sino en la capacitación de los operadores humanos del mismo. Por eso, cuando en las inversiones se dedica casi el cien por cien a la adquisición de equipos y programas, la formación del personal resulta la gran olvidada²⁰¹⁸.

Un factor de decisiva importancia para la correcta y eficaz implantación de las TIC en nuestra Administración de Justicia se halla referido a la necesidad de una planificación general y unitaria de este sector. Como señalan al respecto Ana M^a Delgado García y Rafael Oliver Cuello: “si bien en los últimos tiempos se están aprobando diferentes planes en este ámbito y se han aprobado las diferentes leyes que regulan este tema de forma parcial, se echa en falta un marco normativo único regulador de la aplicación de las TIC en la Administración de Justicia”²⁰¹⁹.

Por último debe tenerse presente que la progresiva penetración tecnológica en la esfera judicial es un fenómeno que no puede desligarse de la propia difusión de una mentalidad abierta a los cambios tecnológicos, no sólo entre los operadores jurídicos, sino en el entero tejido social. Para ello, será preciso que los juristas, en particular los jueces y letrados de la Administración de Justicia, venzan

²⁰¹⁷ Cfr., CARRASCOSA LÓPEZ, V., “Administración de Justicia y nuevas tecnologías”, en *Dicumentación Jurídica*, n. 69, 1991, p. 126.

²⁰¹⁸ CHAYER, H. M., “Capacitación tecnológica para la gestión judicial”, en *Revista de Derecho Informático*, n.º 18, 2000”, p. 1.

²⁰¹⁹ DELGADO GARCÍA, A. M. y OLIVER CUELLO, R., *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2006, p.77.

determinado tipo de reticencias y reservas con respecto a lo que supone el cambio tecnológico en la esfera de su labor. Es notorio que entre los profesionales del Derecho existe una cierta tendencia a perpetuar las actitudes y modos de operar tradicionales²⁰²⁰.

La sociología jurídica anglosajona ha contribuido a difundir la distinción entre lo que denomina "*Law in Books*", es decir, en derecho tal como se manifiesta en los textos legales y en los libros de la ciencia jurídica, y "*Law in Action*", o sea, el derecho tal como se expresa en la experiencia jurídica y, en especial, a través de las decisiones de los órganos que aplican las normas. Esta precisión es del todo pertinente para calibrar la eficacia real de las normas que han permitido proyectar, en nuestro ordenamiento jurídico, las NT y las TIC a la Administración de Justicia. La virtualidad de la implantación de esos recursos tecnológicos en la esfera judicial dependerá, de modo decisivo, de la actitud de los jueces y, de modo particular, de los letrados de la Administración de Justicia respecto a la utilización de esos nuevos medios tecnológicos. De ahí, el interés de determinados trabajos de campo, como la investigación sociológico-jurídica realizada por el profesor José Martín Ostos, en la que, entre otros aspectos, se toma en consideración la receptividad y/o la resistencia de los secretarios judiciales con respecto a la implantación de los medios tecnológicos en la Oficina Judicial ²⁰²¹.

Así, una de las preguntas del cuestionario sometido a los Secretarios judiciales, versaba sobre si en la redacción de actas se le auxiliaban de medios mecánicos de reproducción. Las respuestas fueron mayoritariamente negativas. Lo explican, porque algunos jueces y magistrados son reacios a cualquier medio de reproducción objetiva.

Al comentar el resultado de esta pregunta de la encuesta, el profesor Martín Ostos, indica que cree que su falta de uso se debe a causas ajenas a la voluntad

²⁰²⁰ Cfr., BARCELLONA, P., HART, D. Y MÜCKENBERGER, U., *La educación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. cast. a cargo de C. Lasarte, Civitas, Madrid, 1977, 32 ss.

²⁰²¹ MARTÍN OSTOS, J., "Poder Judicial, función jurisdiccional y secretario judicial", en *Justicia* 90, n. 1, pp. 35 ss.; id., *El Secretario Judicial a examen*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 119 ss.

de los encuestados. Al propio tiempo, afirma: “No puede olvidarse que el siglo XX se encuentra próximo a terminar y que resulta sorprendente el desarrollo tecnológico alcanzado por los países más avanzados del mundo. Además, la utilización de los modernos medios de documentación y reproducción no excluye en modo alguno el establecimiento de suficientes garantías para su uso y conservación”²⁰²².

En relación a la pregunta de si los Secretarios judiciales eran partidario de introducir los medios mecánicos y tecnológicos en las fases orales de los procesos, la respuesta fue mayoritariamente positiva, siempre que se den las suficientes garantías en el uso de dichos medios. Al comentar esta respuesta, señala Martín Ostos, que en general, son partidarios, pero no tienen los medios apropiados. Recuerda, asimismo, que: “La recomendación n. R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, sobre la simplificación de la justicia penal (adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987), en su apartado 3.c).2, establece que, cuando los debates se hubieran grabado en cinta magnética, la transcripción escrita del desarrollo del proceso debería reducirse al mínimo y limitarse a la redacción de un acta resumida”²⁰²³.

El uso generalizado de las TIC en la Justicia, está también condicionado por la presencia cotidiana de las TIC en la experiencia social. Para ello, a parte de la conciencia social tecnológica, que es un fenómeno advertible en todas las sociedades de nuestro tiempo, es necesario poner a disposición de todos los sectores sociales la posibilidad de acceso a las NT y las TIC, evitando lo que se ha denominado la “brecha digital”, o la diferencia entre “info ricos e info pobres”²⁰²⁴. En la medida en que la tecnología se ha ido incorporando a las prácticas más habituales de la vida colectiva, desaparecerán las resistencias a su implantación en el ámbito judicial. Porque, en definitiva, la Administración de Justicia no puede contemplarse como un elemento aislado de la sociedad en la que opera,

²⁰²² MARTÍN OSTOS, J., *El Secretario Judicial a examen*, Tecnos, Madrid, 1994, pp.119-120.

²⁰²³ MARTÍN OSTOS, J., *El Secretario Judicial a examen*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 121-122.

²⁰²⁴ PÉREZ LUÑO, A.E., *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@com?*, Gedisa, Barcelona, 2004, 84 ss.; vid., también, PUYOL MONTERO, J. “Las nuevas tecnologías en el procedimiento judicial”, en *Encuentro sobre Informática y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 298 ss.

sino que existe una interacción constante, necesaria y profunda entre la Justicia y la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ-CIENFUEGOS, J. M., "La informática en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Actualidad Informática Aranzadi*, n. 4, 1992.

ALVAREZ-CIENFUEGOS, J. M., "Soluciones informáticas para la gestión de los procesos judiciales", en *Theoria*, n. 7-8-9, 1987-88.

BARCELLONA, P., HART, D. Y MÜCKENBERGER, U., *La educación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. cast. a cargo de C. Lasarte, Civitas, Madrid, 1977.

CANO MARTÍNEZ. J.J., "Admisibilidad de la evidencia digital algunos elementos de revisión y análisis", en *Revista de Derecho Informático*, nº 61, 2003.

CARRASCOSA LÓPEZ, V., "Administración de Justicia y nuevas tecnologías", en *Dicumentación Jurídica*, n. 69, 1991.

CARRASCOSA LÓPEZ, V., "La gestión automatizada en el ámbito de la Justicia Española" en *Informática y Derecho*, n.5, 1994.

CHAYER, H. M., "Capacitación tecnológica para la gestión judicial", en *Revista de Derecho Informático*, n.º 18, 2000.

DELGADO GARCÍA, A. M. y OLIVER CUELLO, R., *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2006.

DELGADO GARCÍA, A. M. y OLIVER CUELLO, R., *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2006.

DORADO A., "Hacia una justicia tecnológicamente avanzada al servicio de los ciudadanos. El expediente judicial electrónico", en el vol., col., *El derecho en la sociedad telemática*, (Estudios en Homenaje al profesor Valentín Carrascosa

López), Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática & Andavira, Santiago de Compostela, 2012.

MARTÍN OSTOS, J., "Poder Judicial, función jurisdiccional y secretario judicial", en *Justicia* 90, n. 1, pp. 35 ss.; id., *El Secretario Judicial a examen*, Tecnos, Madrid, 1994.

MARTÍN OSTOS, J., *El Secretario Judicial a examen*, Tecnos, Madrid, 1994.

MARTINO, A., "Nuevas Tecnologías para la justicia. Breve reseña de los pasos a seguir", en el vol. col., *El derecho en la sociedad telemática*, (Estudios en Homenaje al profesor Valentín Carrascosa López), Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática & Andavira, Santiago de Compostela, 2012.

MORENO CATENA, V. Y PASTOR PRIETO, S. (Dirs.), *El coste de la justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

MORENO CATENA, V., *Manual de organización judicial*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003.

OCAÑA LACAL, D., "Los archivos judiciales ante el Reto de las Nuevas Tecnologías", en *Los Archivos Judiciales en la Modernización de la Administración de Justicia*, (Congreso de Archivos Judiciales, Sevilla, 16,17 y 18 de mayo 2007), Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, Sevilla 2007.

PASTOR PRIETO, S., "Dilación, eficiencia y costes ¿Cómo ayudar a que la imagen de la Justicia se corresponda mejor con la realidad?", *Servicio de Estudios de la Fundación BBVA*, 2002.

PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1994.

PÉREZ LUÑO, A.E., *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@com?*, Gedisa, Barcelona, 2004.

PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E.C., *El procedimiento de habeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2017.

PUYOL MONTERO, J. "Las nuevas tecnologías en el procedimiento judicial", en *Encuentro sobre Informática y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

PUYOL MONTERO, J., "Las nuevas tecnologías en el procedimiento judicial", en *Encuentro sobre Informática y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

SANZ HEREDERO, J. D. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, P. A., "Breves comentarios a la Instrucción Núm. 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre código de conducta para usuarios de equipos y sistemas informáticos al servicio de la Administración de Justicia", en *Revista Datos Personales org*, nº 2, 2003 (disponible en <http://www.datospersonales.org>).

SIGUENZA LOPEZ, J., (Coordinador), MARTINEZ MOYA, J., PASCUAL DEL RIQUELME, M., PARRA GARCIA, J.L., SÁEZ DOMÉNECH, A., *La Oficina Judicial y los Nuevos Procesos Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y Laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010.

Innovación docente en la enseñanza del Derecho procesal en el Grado en Derecho: Role-playin y simulaciones

Saúl González García

Profesor Sustituto Interino

Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Granada

I. EL DERECHO PROCESAL, UN DERECHO DE LA PRÁCTICA.

El Derecho Procesal es un instrumento para la aplicación del derecho y, en consecuencia, si no hay aplicación práctica del derecho de nada sirve el Derecho Procesal. Como procesalista y abogado, si me viese en la tesitura de tener que elegir para siempre entre el traje académico y la toga creo que me partirían por la mitad.

Cuando tuve el enorme privilegio hace unos meses de entrar a formar parte del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Granada y me explicaban que era incompatible con el ejercicio de la abogacía, además de la tristeza que me embargaba de no poder ponerme la toga, pensé en lo complicado que podría resultar enseñar a los alumnos la disciplina del derecho procesal cuando nunca se ha estado sobre un estrado o participado, de algún otro modo, en la Administración de Justicia. Es, permítaseme el símil, como si un profesor de cirugía no hubiese operado nunca y además no se le dejase seguir operando.

Críticas aparte, hace siete años que salí de la Facultad de Derecho como licenciado y comencé el ejercicio de la profesión de abogado lo que me ha dado una experiencia que me ha permitido tener muy claras cuáles son las deficiencias y las carencias del modelo educativo existente. Respecto a mi formación académica, siendo plenamente consciente de que la misma no es ni la mitad de la que tienen cualesquiera de mis compañeros del Departamento, me siento un verdadero privilegiado por tener la suerte de contar con grandes Maestros, y es obligado referir que mis carencias como alumno de la antigua licenciatura a

diario son colmadas gracias al magisterio del Profesor Don José Luis González Montes, mi director de tesis, Don Miguel Ángel Rodríguez Llopis compañero y sin embargo amigo, con quien vengo “pasando” desde hace seis años y mi tío y Padrino de profesión Carlos Santiago González López, quien siempre me da alguna nueva enseñanza magistral del proceso.

La oportunidad de cursar estudios de Doctorado en la Universidad de Granada me supuso un crecimiento académico exponencial en relación con los estudios de la antigua legislatura y el actual grado. Del mismo modo la gran experiencia práctica recibida me colocan en una situación privilegiada pues he recogido la mejor experiencia tanto de la Universidad como de la práctica de la Abogacía.

Recuerdo muy bien las palabras de la Profesora Doña María Rosa Gutiérrez Sanz quien en la lectura de mi tesis me recordó que, como Doctor, tenía un compromiso con la sociedad y debía de trabajar y de investigar para su mejora y así devolver la gran oportunidad que la sociedad, por medio de la Universidad, me había dado al permitirme llegar al rango doctor.

Este trabajo, por su necesaria brevedad solo va a presentar unas líneas maestras sobre la que pretendo seguir mi actividad docente y mostrar los resultados de su aplicación los cuales, espero sirvan de utilidad, pues han sido configurados desde mi experiencia como alumno con las dificultades que he enfrentado al salir de la Facultad y puedan modestamente la enseñanza de la disciplina procesal de cara los estudiantes que se encuentran en idéntica situación en la que, no hace tanto tiempo, me encontraba yo.

En mi corta experiencia, en lo atinente al derecho procesal, creo que puedo afirmar que hay que buscar unas metodologías docentes que se acerquen más a la realidad de la aplicación del derecho procesal, tal y como señala CASTRO SÁENZ²⁰²⁵ sin desconocer ni aminorar ni un ápice el valor que tienen la teoría.

²⁰²⁵ CASTRO SÁENZ, A., “La panacea de la calidad” en *Innovación y mejora docente en la enseñanza del derecho en el EEES: acciones y estrategias multidisciplinares y transversales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, AAVV, directores, CASTRO SÁENZ, A y VIVAS TESÓN, I., Navarra, 2016, pág. 19.

No debemos caer en el equívoco de pensar que el alumnado solo necesita hacer más prácticas o mas simulaciones en clase.

El jurista que vaya a dedicarse a cualquier actividad relacionada con la Administración de Justicia requiere tener un buen conocimiento teórico del derecho procesal del mismo modo que el buen procesalista debe de tener un buen conocimiento práctico de la disciplina. Cuanto más profundo sea el conocimiento del derecho procesal mejor se ejercerá cualquier profesión relacionada con la disciplina y, a mayor práctica, mayor conocimiento se tendrá en una suerte de simbiosis perfecta.

II. ALGUNOS PROBLEMAS DEL ACTUAL MODELO

- **Tiempo absolutamente insuficiente para examinar un temario completo.**

En el momento actual los planes de estudios relativos al grado en derecho son manifiestamente mejorables, sin embargo, no es este trabajo el lugar idóneo para realizar una crítica al actual sistema, no obstante, sí vamos a exponer los problemas que más de lleno afectan a nuestra disciplina.

En la actualidad, en el Grado en Derecho tenemos que explicar, en 6 créditos ECTS, ni más ni menos, que el derecho jurisdiccional , el cual abarca algunas de la categorías procesales de mayor complejidad así como todo lo relativo a la organización del poder judicial y determinadas nociones básicas comunes a todos los procesos y por si lo anterior no fuese suficiente en esos 6 créditos ECTS, que se traducen en 60 horas lectivas, además tenemos que tratar de principio a fin el proceso civil en su integridad excluida la ejecución.

Es decir, en 60 horas lectivas tenemos que exponer el contenido de aproximadamente 500 artículos de la LOPJ y unos 500 artículos de la LEC. Si hacemos un cálculo nos sale el absurdo de tener que explicar el contenido de 17 artículos por hora. La situación no mejora en el proceso penal en la que con otros 6 créditos ECTS tenemos que explicar todo el proceso penal cuya norma básica, la LECRIM tiene 999 artículos.

¿Cómo es posible que, para la asignatura de arbitraje, cuya ley no tiene más de 45 artículos contemos con 4 créditos ECTS y para la LECRIM con mil artículos tengamos 6 créditos? Es evidente que algo está fallando en los planes de estudios.

Partiendo necesariamente de las leyes espacio tiempo y dado que las horas solo tienen 60 minutos la conclusión lógica e inapelable es que el primer problema que enfrentamos en la enseñanza del Derecho Procesal es que, a día de la fecha, es materialmente imposible explicar solamente la teoría de las normas jurídicas básicas del proceso.

- **Falta de interés por la disciplina.**

El Derecho Procesal es una disciplina que, entre los alumnos, no resulta tan llamativa como otras. Su terminología específica, la existencia de una serie de conceptos abstractos y la amplitud de sus normas hacen de ella una disciplina muy técnica a la que al alumnado le cuesta más acceder. En este punto se hace imprescindible que el docente sea capaz de despertar el interés por la asignatura y conseguir que el alumno se familiarice con su terminología y pueda entender sus conceptos abstractos que resultan fundamentales para el posterior estudio de la disciplina.

- **Elevada ratio de los alumnos en las aulas.**

No vamos a decir cuáles era los loables ideales sobre el papel que prometía el sistema de Bolonia pues la realidad es de sobra conocida por todos, clases de 60 o más alumnos o incluso de 100 en las que la realización y la corrección de prácticas se convierte en una tarea abrumadora.

Con clases de tantos alumnos resulta muy complicado poder fomentar una participación, activa y fluida durante las clases, pues no sería posible dar cabida a un gran número de intervenciones por los motivos de tiempo a los que ya hemos hecho alusión.

- **Mayores distracciones en el aula.**

Es evidente que cuando en una clase los alumnos están en su mayoría con un ordenador portátil o una Tablet eso facilita que si pierden el interés por lo que se

está explicando en clase puedan conectarse, leer el periódico o ver sus redes sociales. El tener una pantalla delante es obvio que es una posible distracción por lo que es más fácil que el alumno se distraiga de la explicación y se dedique a cualquier otra cosa durante la clase.

III. La función docente como remedio a algunos de los problemas.

Por medio de la función docente podemos paliar en gran medida algunos de los problemas a los que nos acabamos de referir. Comenzando por el final, es cierto que las nuevas tecnologías permiten a los alumnos que están en clase desconectar en un momento dado y distraerse, ahora bien, entendemos que un alumno que puede quedarse en su casa tranquilamente leyendo el periódico, viendo una serie o tomando un café si decide a clase es porque se da una de estas dos circunstancias: la primera es que se pase lista y se penalice la falta de asistencia a las clases o que tiene interés por ir a clase y aprender.

Tomando la segunda posibilidad, el alumno que sale de su casa y se presenta en clase tiene una predisposición a aprender, y el docente tiene que saber explotar esta predisposición y procurar que la clase no resulte monótona y tediosa de tal forma que al final este alumno decida echarse en brazos de la tecnología para evadirse de la realidad que tiene lugar en el aula. En este punto, la lección magistral mal entendida, por ejemplo, recitar durante una hora unos apuntes mientras los alumnos copian, se presta, indudablemente a este tipo de circunstancias.

Decimos lección magistral mal entendida porque entiendo que cuando un profesor realiza una exposición oral en clase y la misma es brillante, no solo despierta el interés del alumno, sino que además consigue mantener la atención. Posteriormente nos referiremos a cómo con la introducción de distintas metodologías la atención de los alumnos en clase es muy alta.

En relación con la falta de interés por una disciplina mi experiencia como alumno me dice que existe una estrecha vinculación entre el docente y el interés de la asignatura. Cuando el profesor pone interés, ilusión y por qué no, pasión, suele producir el efecto de crear interés en los alumnos. Por muy difícil que sea la disciplina si el profesor sabe hacer sus contenidos, no solo accesibles, sino que es

capaz de mostrar su relevancia y utilidad, seguramente conseguirá que los alumnos participen de forma más activa y cambiará la percepción de éstos sobre la disciplina.

En relación con el elevado número de alumnos en el aula, poco puede hacer el docente más allá de procurar que puedan participar activamente la mayor parte de ellos y tratar de interactuar con todos evitando, en la medida de lo posible, que siempre intervengan los mismos y que todos se sientan partícipes de lo que se trabaja en clase.

Por último, en cuanto a las grandes carencias de tiempo, el profesor, no tiene más remedio que trasladar a los alumnos una buena base. Las asignaturas en Derecho Procesal son absolutamente inabarcables, por lo que se hace muy necesario dotar a los alumnos de una buena base y de unas competencias que les permitan poder estudiar aquellas partes que quedan fuera de las exposiciones de forma autónoma. De ahí, que cobra una mayor relevancia facilitar al alumno unos conocimientos teóricos concisos y muy bien asentados de unos mínimos y unas competencias básicas para que el alumno pueda ir ampliando sus conocimientos de una forma autónoma. Esto siempre será mejor que agobiarse y darle el mayor número posible de temas en el menor tiempo que finalmente acabará olvidando con el paso del tiempo.

IV. ¿Cómo encajan las nuevas metodologías docentes en el actual sistema de enseñanza del derecho procesal?

En un escenario como el descrito en el que la falta de tiempo es acuciante y en el que se pretende conseguir que el alumno pueda aprender lo que no se explica en clase de forma autónoma las nuevas metodologías y, muy especialmente las prácticas resultan muy oportunas. En este sentido, como hemos avanzado anteriormente la lección magistral debe quedar circunscrita a la exposición de los conceptos y principios propios de la disciplina procesal.

A la hora de explicar el proceso como procedimiento la lección magistral debe ceder en beneficio de clases más prácticas y esquemáticas en las que el alumno tenga una mayor participación. La idea predominante es la siguiente: dado que es imposible explicar la LECRIM o la LEC completas hay que conseguir que el

alumno se familiarice con ellas y que, en relación con los principales procedimientos que regulan cada una de ellas, - juicio ordinario, juicio verbal, ejecución, proceso penal ordinario, procedimiento verbal y juicio rápido - el estudiante reciba una buena base, la cual debe de asentarse por medio de la práctica. De esta manera, la práctica no solo afianzará el conocimiento teórico, sino que además lo familiariza con la regulación legal al tiempo que lo inicia en la búsqueda autónoma de fuentes aplicables y a la aplicación del derecho.

El resultado esperado es que los estudiantes, desde unos conocimientos elementales, pero bien asentados sobre los que han trabajado reiteradamente puedan, de forma autónoma, extender sus conocimientos cuando les sea necesario, pues conocen los principios de la disciplina, también conocen la regulación legal básica y han adquirido las competencias necesarias relativas a la selección y aplicación de la norma jurídica aplicable al caso.

De este modo, la combinación de la lección magistral junto con las prácticas dirigidas por el profesor permite adecuarse mejor a un escenario donde no existe tiempo suficiente para una exposición de todos los contenidos en clase.

El hecho de que los planes de estudios reserven en cada asignatura un determinado número de horas para la realización de clases prácticas no hace sino corroborar la pertinencia de este tipo de enfoque, aunque serán los resultados de la evaluación de los alumnos los que deberán hablar.

Igualmente entendemos que este sistema se adecúa bastante a los ideales del Plan Bolonia en los que se basan los actuales criterios de evaluación de la Universidad de Granada los cuales disponen que “la evaluación será preferentemente continua”, entendiéndose por tal la evaluación diversificada que se establezca en las Guías Docentes de las asignaturas. Si examinamos el concepto de evaluación continua como aquella en la que se combinan los exámenes escritos con la realización de prácticas, confección de trabajos, académicamente dirigidos, o la participación en actividades de clase prácticas vemos que la implantación de estas nuevas metodologías sea pertinente, sino que la misma se revela absolutamente necesaria si se pretende formar a los estudiantes según los principios de Bolonia.

Ahora bien, llegados a este punto hemos de hacer una precisión muy secundada entre los docentes: sobre la teoría, introducir este tipo de actividades en la docencia es absolutamente recomendable y además es lo que se pretende con la implantación del sistema de Bolonia, ahora bien, no debemos olvidar que este sistema no estaba pensado para aulas masificadas ni para grupos de 60 alumnos de media.

Por ejemplo, si se hace un simulacro de juicio, como mucho van a poder participar 10 alumnos, por lo que se necesitarían 6 turnos para poder realizar la actividad de forma que todos puedan intervenir.

Del mismo modo a la hora de corregir prácticas, partiendo de datos reales de un curso académico de la signatura derecho procesal II se corrigieron más de 420 ejercicios prácticos en total, los cuales de media eran de dos folios, por lo que el trabajo para el docente puede resultar abrumador. Por dicho motivo entendemos que para que su empleo pueda generalizarse será un requisito fundamental que la ratio de alumnos quede dentro de los parámetros de Bolonia con un máximo de unos 35 alumnos.

La conclusión es la siguiente, sobre el papel, el empleo de las nuevas metodologías en la enseñanza del Derecho Procesal considerando los planes de estudios existentes, no es que sean recomendables, sino que deberían ser exigibles, pues de lo contrario difícilmente se podría llevar a cabo una evaluación continua de la asignatura. Ahora bien, con la masificación de alumnos existentes en el Grado en Derecho resulta una carga de trabajo desorbitada para los docentes para que se les pueda exigir la implantación generalizada de las nuevas metodologías.

V. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS METODOLOGÍAS EN EL PROCESAL PENAL DE 3º DE DERECHO.

A los fines del presente trabajo vamos a exponer los resultados obtenidos con una experiencia real de aplicación de las nuevas metodologías docentes a la asignatura de Derecho Procesal II.

Los parámetros del estudio son los siguientes:

Número de alumnos	68
Alumnos en evaluación continua	60

Las prácticas que se realizaron fueron las siguientes:

1. **Auto de apertura de sumario:** tras proponer a los alumnos varias noticias reales sobre sucesos con relevancia penal en clase se eligió uno de ellos para trabajar sobre el mismo. Los alumnos tras recibir una lección teórica sobre el comienzo de la instrucción, así como las diligencias de investigación existentes dictaron auto de apertura del sumario y acordaron las diligencias de investigación que entendieron pertinentes a la vista de la *notitia criminis*. Esta actividad fue realizada por 50 alumnos y la nota media obtenida fue de 8.96. Para su evaluación objetiva se tuvieron en cuenta que los alumnos aplicasen correctamente las normas sobre competencia objetiva y territorial, que abriesen la investigación que correspondía según el tipo de delito que se iba a investigar y que adoptaran todas las diligencias de investigación pertinentes en ese momento procesal, así como el cuidado en la redacción de la resolución judicial, examinando si la misma reunía los requisitos propios de toda resolución procesal.

2. **Toma de declaración:** esta actividad que no resultó calificada se realizó en clase por medio de una dinámica de role playing: uno de los alumnos hizo de juez instructor, otro hizo las veces de secretario levantando acta, otro asumió el rol del Ministerio Fiscal, otro la defensa del acusado y por último otro alumno hizo las veces de detenido.

Por medio de esta dinámica los alumnos, tras recibir unas nociones básicas sobre los derechos del detenido y sobre la práctica de las diligencias de investigación relativas a la toma de declaraciones, realizaron una toma de declaración a la víctima realizando el oportuno ofrecimiento de acciones y después recibieron declaración del detenido siendo ellos mismos quienes informaron a éste de sus derechos y quienes formularon las preguntas que consideraron pertinentes para el esclarecimiento de los hechos o para su exculpación según el caso. Además de los que intervenían directamente como actores de la simulación, otros también

participaron a la hora de formular preguntas. El resultado fue una clase muy dinámica con una alta participación de los alumnos en la misma.

3. **Auto de medidas cautelares:** tras el anterior ejercicio la siguiente actividad práctica fue el dictado de un Auto resolutorio de la situación personal del detenido. Previamente a esta dinámica se expuso a los alumnos por medio del empleo de varias sesiones teóricas los requisitos para la adopción de las medidas cautelares, así como los tipos de medidas cautelares existentes en el proceso penal.

La actividad consistió en simular, mediante otra dinámica de *role playing*, una comparecencia para decidir sobre la situación personal del detenido en la que el Ministerio Fiscal solicitaba su ingreso en prisión y la defensa la libertad provisional. Tras la simulación de dicha comparecencia todos los alumnos asistentes realizaron un Auto en el que resolvían sobre la situación personal del detenido. Para la evaluación de esta actividad se tuvieron en cuenta los siguientes aspectos: los alumnos, con libertad de criterio podrían imponer la medida que estimasen conveniente evaluando que hubiesen recogido en la resolución un enjuiciamiento de los presupuestos para la adopción de la medida cautelar y que razonasen y argumentasen la medida cautelar finalmente adoptada. Se evaluó que la resolución empleada fuese la correcta y que la misma respetase sus requisitos formales. Se valoró también que el órgano que la dictase fuese el correcto y que se expresasen los recursos procedentes frente a la misma.

El resultado de la actividad resultó muy satisfactorio con una participación de los 40 alumnos que asistieron a clase ese día y con una calificación media de 9.

4. **Escrito de acusación y defensa:** tras avanzar la docencia y exponer las características de la fase intermedia, procedimos a la realización de una sesión práctica en la que se redactaron en clase los escritos de acusación y de defensa. Para que fuese más dinámica la clase lo que hicimos fue que todos los alumnos hicieran primero la acusación y que luego otro compañero contestase mediante el escrito de defensa. Para la evaluación de esta actividad tomamos como parámetros de evaluación que el escrito se dirigiese al órgano competente, que el

mismo contuviese todas las partes que proceden en este tipo de escritos y que además se hiciera constar la prueba que se solicitaba para el acto del juicio. El resultado de esta actividad también fue bastante satisfactorio con una participación de 41 alumnos con una calificación media de 8,9.

5. **Juicio oral:** tras exponer durante varias lecciones teóricas la fase del juicio oral se realizaron durante una mañana 5 simulacros de juicios en la Sala de Vistas de la Facultad de Derecho. Todos los alumnos tuvieron ocasión de participar en los roles de Magistrados, acusaciones y defensas. Los que no participaban en ese momento hicieron las veces de testigos, acusados y peritos intervinientes. La actividad, además de despertar un gran interés en los alumnos resultó muy interesante pues existía un grado de competitividad entre las partes enfrentadas en el proceso que provocó que algunos de los alumnos viniesen con sólidos argumentos preparados para la defensa de sus roles que previamente conocían. Para lograr que los que hacían de magistrados y no eran presidentes tuviesen una mayor participación en la dinámica tras cada juicio tenían que deliberar y examinar la prueba practicada adelantando cuál era el sentido de la sentencia. Si bien esta dinámica no se evaluó, despertó en los alumnos mucha expectación. Este tipo de dinámicas son, sin lugar a duda, un ejercicio idóneo para mejorar competencias tales como la argumentación y la oratoria, las cuales son muy necesarias en la disciplina jurídica. El resultado de ésta cabe ser calificado como de muy satisfactorio tanto por el gran interés como por el gran nivel de implicación logrado en los alumnos participantes.
6. **Sentencia:** tras la celebración del juicio oral y tras exponer las sesiones teóricas correspondientes a la sentencia y a sus efectos la última práctica que se realizó fue la del dictado de una sentencia. En esta dinámica se evaluó que los alumnos conociesen y aplicase los requisitos formales de una sentencia con sus distintos apartados, que razonasen el contenido del fallo, que determinasen qué recursos eran procedentes frente a la sentencia y el órgano que la dicta. En la actividad participaron 30 alumnos con una nota media de 8,8.

Las anteriores dinámicas trabajan sobre las cuestiones más relevantes de nuestro proceso penal. Tres de ellas se centran en los aspectos fundamentales de la fase de instrucción como son las medidas de investigación y las garantías procesales del acusado, la fase intermedia con los escritos de acusación y de defensa, así como la fase del juicio con la celebración del juicio oral y el dictado de la correspondiente sentencia.

VI. RESULTADOS OBTENIDOS.

A fin de valorar los resultados obtenidos mediante el uso de nuevas metodologías docentes en la asignatura vamos a examinar las calificaciones medias obtenidas por los alumnos que se han evaluado participando en las actividades y las encuestas realizadas por los alumnos de la asignatura.

El promedio obtenido por los alumnos que han seguido el régimen de evaluación continua ha sido de 8,32. De los 55 alumnos que han seguido la evaluación continua más de la mitad, concretamente 34, han obtenido una calificación de sobresaliente mientras que solamente 4 no han superado la asignatura.

En cuanto a la satisfacción de los alumnos con la asignatura los resultados de la encuesta que fue realizada por la Unidad de Calidad Innovación y Prospectiva de la Universidad de Granada muestra unos alumnos con un grado de interés alto o muy alto por la asignatura, considerando la asignatura con un grado de dificultad medio o alto.

Los alumnos han calificado la asignatura muy favorable en la encuesta lo que pone de manifiesto un alto grado de aceptación en relación con la introducción de las nuevas metodologías docentes en la asignatura. Concretamente sobre 20 alumnos encuestados los resultados han sido los siguientes, 19 han valorado con la máxima puntuación el hecho de que las actividades propuestas les han ayudado en el aprendizaje; 18 han valorado con la máxima puntuación los materiales docentes facilitados, 19 han dado la máxima puntuación al fomento de la participación; en cuanto a la motivación, 19 han dado la máxima puntuación y en relación con la valoración global sobre la labor docente 18 han dado la máxima puntuación a la docencia.

Los anteriores resultados, sin caer nunca en la autocomplacencia, muestran que la implantación de nuevas metodologías docentes permite motivar al alumnado que era una de las dificultades iniciales de la disciplina a las que hemos aludido, hemos conseguido despertar su interés por la asignatura y que logren un mejor aprendizaje dadas las buenas calificaciones obtenidas.

VII. CONCLUSIONES.

El estudio planteado en este trabajo ha dejado patente que, al menos en la disciplina procesal, el empleo de nuevas metodologías docente se revela como una potente herramienta en manos del docente cuyo uso es muy recomendable.

El empleo de actividades dinámicas como las expuestas en este trabajo tales como la realización de dinámicas de role playing en clase como son las tomas de declaraciones a testigos, acusados, juicios simulados, así como de todo tipo de resoluciones procesales además de acercar a los alumnos a la dimensión práctica del Derecho Procesal que es su verdadera razón de ser, consiguen asentar los conocimientos teóricos adquiridos mediante las clases teóricas que no magistrales, pues para ello tendría que ser un Maestro, algo de lo que humildemente disto mucho de ser.

Las nuevas metodologías docentes consiguen que los alumnos adquieran competencias básicas relativas a la selección de la norma aplicable al caso, así como su posterior aplicación, lo que les permite un aprendizaje más autónomo y, en definitiva, ser capaces de adquirir conocimientos más allá de los apuntes de clase o del manual acudiendo ellos mismos a las fuentes del Derecho Procesal.

Mediante la introducción de las técnicas de role playing conseguimos algo muy importante y es que participen alumnos que no suelen hacerlo, pues más allá de abrir turnos de intervenciones donde siempre participan aquellos alumnos más proclives a intervenir mediante las dinámicas se consigue que todos participen, creando un clima más propicio a participar para aquellos alumnos que son más tímidos o que les cuesta hablar en público.

Las dinámicas consiguen también que los alumnos pierdan el miedo escénico a hablar en público, todo ello en un ambiente más distendido que el que pueden

enfrentar posteriormente ya sea en exámenes orales, tribunales académicos o jurisdiccionales en un futuro por lo que las simulaciones les van preparando y cercando a la práctica real.

También, las nuevas metodologías docentes fomentan la capacidad de oratoria como en los juicios simulados, pero sobre todo la capacidad de raciocinio que es la que más se fomenta. En este sentido, con la confección de resoluciones procesales, dado que es su mayoría deben de ser motivadas, o lo que es lo mismo, razonadas, conllevan que el alumno deba, de forma individual, exponer razonadamente los argumentos que le llevan a adoptar la decisión. De esta forma, no solo se limita a seleccionar y aplicar la norma aplicable, sino que son capaces de argumentar el por qué la aplican en un sentido o en otro.

En cuanto a los problemas relativos a este modelo, que los hay, quizás el más importante sea que los créditos para las materias troncales de la disciplina sean insuficientes de tal manera que al final, al docente no le queda más remedio que sacrificar la exposición de una serie de contenidos porque no hay tiempo de explicarlos. En el curso pasado no tuvimos tiempo para realizar simulacros de juicios sobre delitos leves o para ver con detenimiento el juicio con jurado popular y eso que se emplearon más de las 60 horas lectivas.

En cuanto al gran número de alumnos por clase este problema no es tan grave como el anterior pues al final queda salvado por una mayor dedicación del docente en la corrección de las prácticas, aunque sí que es cierto que en clases con muchos alumnos en algunas dinámicas no pueden participar ni de lejos todos los asistentes a una clase.

A modo de conclusión podemos afirmar que, el derecho procesal, como derecho de la práctica jurisdiccional es un terreno abonado para el empleo de las nuevas metodologías docentes, las cuales, no solo permiten que los alumnos refuercen los conocimientos teóricos y adquieran una serie de competencias en la materia, sino que, además, se muestran como un instrumento idóneo para mejorar la motivación del alumnado gracias a un mayor grado de participación en clase por medio de las dinámicas y ejercicios prácticos. La disciplina procesal es una de las que más se presta a este tipo de metodologías por lo que entiendo que los

docentes tenemos una gran oportunidad de formar a los estudiantes en línea con los objetivos de Bolonia y conseguir que, al menos en la disciplina procesal, cuando egresen de la Universidad sean capaces de afrontar la práctica judicial con unos mínimos conocimientos teórico-prácticos que les faciliten al máximo ya sea la preparación de oposiciones, ya sea el ejercicio de cualquier actividad relacionada con el Derecho Procesal.

La formación teórica y práctica del PIF como docente universitario.

La docencia en Ciencias Jurídicas como paradigma.

Patricia Llopis Nadal²⁰²⁶

“Somos lo que hacemos repetidamente.

La excelencia, por tanto, no es un acto, sino un hábito”

(Aristóteles)

I.- INTRODUCCIÓN.

Bajo el título “La formación teórica y práctica del PIF como docente universitario”, la comunicación que se presenta se enmarca en el ámbito de la formación universitaria, en particular, en la formación docente que reciben los miembros del colectivo *Personal Investigador en Formación* (en adelante PIF)²⁰²⁷.

De este modo, el objetivo del presente trabajo es contribuir a que la excelencia docente se transmita, de primera mano y desde los inicios de la carrera académica, a quienes forman parte de la universidad; con el propósito de que esta sea adquirida por los mismos como un hábito, de acuerdo con la cita inicial de Aristóteles. Así, si bien es cierto que la vocación docente “nace”, no lo es menos que un buen profesor “se hace”²⁰²⁸.

²⁰²⁶ Doctora en Derecho Procesal por la Universitat de València. Ex representante del colectivo Personal Investigador en Formación de la Universitat de València. El presente trabajo tiene como punto de partida el diálogo y la reflexión mantenidos en el marco del “Módulo 3: Formación en el lugar de trabajo” como parte del *Programa de Formación Integral del Profesorado Universitario* - curso destinado a formar al profesorado novel e impartido por el Servicio de Formación Permanente e Innovación Educativa de la Universitat de València-.

²⁰²⁷ Siglas con las que se designa al colectivo *Personal Investigador en Formación*, integrado por los estudiantes de doctorado vinculados a las universidades en virtud de ayudas o contratos predoctorales y cuyas actividades incluyen colaborar en tareas docentes.

²⁰²⁸ La reflexión que refleja el presente trabajo no se ha construido sobre meras hipótesis, sino que toma como punto de partida la coordinación y la experiencia acumulada durante tres cursos académicos de docencia compartida en el Doble Grado de Derecho-ADE, en las asignaturas de Derecho Procesal Civil y de Derecho Procesal Penal.

Por este motivo, yendo más allá de los aspectos esenciales de la relación laboral que compete regular el Estatuto PIF -retribución, duración, extinción...-, planteamos una serie de recomendaciones o directrices que, en nuestra opinión, pueden servir para lograr, de la mejor forma posible, que el PIF que se inicia en las tareas docentes adquiriera los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para poder ofrecer una docencia de calidad y para poder incorporarse posteriormente como profesor universitario.

Para ello, en primer lugar, se reflexiona sobre la oportunidad de que las universidades cuenten con programas o cursos destinados a la formación teórica del colectivo PIF, durante su primer año de vinculación con la universidad, a efectos de introducirles en los fundamentos esenciales de la docencia universitaria.

En segundo lugar, se plantea la necesidad de que en estas directrices se concreten dos extremos: las asignaturas que puede impartir el PIF y la designación del profesor responsable de la asignatura. Sin olvidar que el PIF está en continua formación y que el profesor con quien comparta grupo deberá actuar como una especie de tutor en este aspecto.

En tercer lugar, se propone que la coordinación entre el profesor responsable y el PIF que se inicia en las tareas docentes se mantenga durante todo el curso académico. A efectos de lograr esta actuación coordinada se diferencian a lo largo del mismo tres fases: la preparación de la asignatura, el desarrollo del curso académico y la evaluación de los alumnos.

Finalmente, a modo de conclusión, se resumen en cinco puntos las *recomendaciones* o *directrices* que sirvan de base en la relación entre el profesor responsable de la asignatura y el PIF que colabora con fines formativos en tareas docentes.

Si bien su aplicación puede extenderse a las diferentes áreas del conocimiento, como indica el subtítulo del trabajo, con el propósito de ofrecer claridad a nuestra exposición, algunas de las ideas se ejemplifican utilizando como referencia la docencia en Ciencias Jurídicas.

II.- EL MARCO NORMATIVO Y LA NECESIDAD DE DISPONER DE UNAS DIRECTRICES.

Con carácter general, el artículo 7, apartado c) del Estatuto del PIF²⁰²⁹ actualmente en vigor²⁰³⁰ establece como *obligaciones del organismo de adscripción* del PIF:

“No obstante, el personal investigador en formación que desarrolle su actividad en una universidad *podrá colaborar en tareas docentes, dentro de los límites que se establezcan en la correspondiente convocatoria, sin que en ningún caso pueda desvirtuarse la finalidad investigadora y formativa de las becas.* En todo caso, no se le podrá atribuir obligaciones docentes superiores a 60 horas anuales” (énfasis añadido).

Es necesario concretar el modo en que, quienes se incorporan a la Universidad como PIF, pueden colaborar impartiendo docencia en los centros de educación superior; para ello, debemos examinar lo que establecen las diferentes convocatorias pre-doctorales. Para no excedernos en esta parte descriptiva de nuestra exposición, el estudio se centra en la ayuda pre-doctoral por excelencia a nivel estatal: la FPU -ayuda para la Formación del Profesorado Universitario-, tomando como referencia lo previsto en la última convocatoria publicada -la del curso 2017-2018-²⁰³¹.

²⁰²⁹ Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación, B.O.E. núm. 29, de 3 de febrero de 2006.

²⁰³⁰ La reforma prevista del Estatuto del personal investigador en formación -de inminente aprobación en el momento en que se redactó el presente trabajo-, establece en su art. 4.2 “Los contratados predoctorales *podrán colaborar en tareas docentes* sin que suponga una merma de la carga docente del departamento que asigne *la colaboración* hasta un máximo de 240 horas durante la extensión total del contrato predoctoral, y sin que en ningún caso se puedan superar las 60 horas anuales. *Los Departamentos Universitarios de la universidad en la que el investigador predoctoral en formación se encuentre matriculado en un Programa de Doctorado oficial* facilitarán a los investigadores predoctorales en formación que lo soliciten, en igualdad de oportunidades, y en la medida en que sea posible dentro de los límites anteriormente establecidos, *la realización de estas colaboraciones en tareas docentes*” [http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ministerio/FICHEROS/Participacion_Publica/Personal_Investigador_audiencia_publica.pdf].

²⁰³¹ Ahora bien, este enfoque se adopta sin perjuicio de la existencia de estudiantes de doctorado vinculados a la Universidad en calidad de PIF sobre la base de otro tipo de ayudas, p. ej., los contratos pre-doctorales para la formación de doctores (conocidos como FPI), los autonómicos o los propios de cada universidad -los cuales, en la mayoría de ocasiones, se remiten a lo que establezca la convocatoria estatal a efectos de docencia o copian lo previsto en la misma-.

FPU 2017-2018: “Derechos y obligaciones - Artículo 40. Formación en competencias docentes en el ámbito universitario.

1. De conformidad con el objeto de la convocatoria, la persona beneficiaria de la ayuda deberá adquirir, en la Universidad en la que se encuentre matriculado, *la formación docente que facilite su inserción como personal docente e investigador en el sistema universitario español*. Esta formación, conducente a la adquisición de competencias docentes en el ámbito universitario, *se orientará a la adquisición de los conocimientos teóricos y prácticos subyacentes a estas competencias, y se dirigirá, en conjunto, a completar las habilidades necesarias para al ejercicio de la docencia en el ámbito científico de la tesis que desarrolle*.

2. Si no han comenzado antes, *las prácticas docentes se iniciarán, con carácter obligatorio salvo casos excepcionales debidamente justificados a partir del segundo año de la ayuda, y se prolongarán hasta la finalización de la misma; asimismo, las prácticas docentes comprenderán un mínimo de 90 horas y un máximo de 240 horas, repartidas entre los años de la ayuda con un máximo de 60 horas anuales*.

3. El ejercicio práctico de *estas competencias a adquirir se realizará en titulaciones de Grado sin que, en ningún caso, la persona beneficiaria de la ayuda pueda ser responsable o coordinar una asignatura, ni formar parte de tribunales o firmar actas*. Las actividades así ejercidas no darán derecho a retribución alguna por parte de la Universidad, y se realizarán *bajo la tutela y apoyo de uno o varios docentes del departamento de la universidad al que se encuentre adscrito quien dirige la tesis doctoral, o quien la tutorice en el caso de que la tesis se realice en un organismo externo a la universidad*

4. Las prácticas docentes se realizarán *previo acuerdo entre la persona que dirige la tesis y el departamento implicado y sin que en ningún caso pueda desvirtuarse la finalidad investigadora y formativa de las ayudas*. La autorización y certificación de las mismas será emitida por el cargo/órgano que la universidad tenga designado a tal efecto [...]. (cursivas nuestras).

Entendemos que las reflexiones de este trabajo son de aplicación a todos ellos, en cuanto, en virtud de su contrato pre-doctoral, se inician en la docencia universitaria como colaboradores.

La exposición realizada pone de manifiesto una serie de aspectos. En primer lugar, debemos resaltar que la convocatoria de ayudas FPU establece la obligación de iniciar las *prácticas docentes* a partir del segundo año de ayuda predoctoral. Se trata de algo significativo y que permitirá al PIF empezar a estudiar durante el primer año las materias que le corresponderá impartir, familiarizarse con todo lo que envuelve la faceta docente de la vida académica e incluso realizar cursos para la formación del profesorado universitario.

En segundo lugar, destaca el hecho de que la ayuda FPU afirma la idea de que el PIF debe recibir una *formación docente*. Ahora bien, consideramos que conviene diferenciar, de una parte, lo que es la formación en relación con lo que se aprende mientras se imparte docencia –puesto que la obligación de preparar una asignatura permite estudiar con detalle la materia-; y, de otra parte, la formación previa y práctica sobre todo lo que implica la docencia a nivel universitario –a completar esta segunda vertiente de la *formación docente* se destinan estas *recomendaciones o directrices*-.

En tercer lugar, es necesario concretar el modo en que debe materializarse la *formación docente teórica y práctica* del PIF; no en vano, la docencia universitaria forma parte de la educación superior y debe ser impartida con excelencia por profesionales. A efectos de colmar esta parte formativa del contrato del PIF, entendemos oportuno proponer una serie de ideas que podrían ser de aplicación a nivel interno.

En cuarto lugar, la ayuda FPU señala que la colaboración en tareas docentes del PIF tendrá lugar *bajo la tutela o apoyo de uno o varios profesores* del departamento – quienes asumirán el papel de responsables de la asignatura-. Así, del mismo modo que la tesis implica recibir una formación en las tareas investigadoras, tutelada y supervisada por el director y dirigida a afirmar que, quien completa sus estudios de doctorado, tiene autonomía suficiente para realizar sus investigaciones; la formación docente que recibe quien se inicia en la carrera universitaria, deberá basarse en una relación profesor-PIF y estará dirigida a afirmar que el segundo ha adquirido autonomía suficiente para impartir docencia y hacerse cargo, individualmente, de una asignatura.

III.- LA FORMACIÓN TEÓRICA DEL PIF EN LA DOCENCIA UNIVERSITARIA.

En la actualidad las universidades cuentan con programas o cursos destinados, específicamente, a la formación del profesorado novel -esto es, no limitadas con carácter exclusivo a los que integran el colectivo Personal Investigador en Formación-²⁰³². Respecto del PIF, los mismos constituyen una magnífica oportunidad para que se familiarice con las tres facetas de la carrera universitaria: investigación, gestión y docencia; por ello, cabría valorar la oportunidad de ofrecer al PIF formación teórica en estos aspectos esenciales como parte de los cursos que deberá completar antes de iniciarse en las labores de colaboración docente.

Los conocimientos básicos que estos cursos deben proporcionar al PIF han de ser de carácter transversal, es decir, una formación idéntica para todos al margen de la rama científica en la que desarrollen sus tesis doctorales. De este modo, las nociones sobre docencia universitaria que el PIF adquiera mediante una formación de tipo teórico -que, dadas sus características, puede ser presencial o realizarse a distancia-, tendrán su reflejo práctico en el área de su especialidad - p. ej., la docencia en Ciencias Jurídicas- y se completarán durante los años siguientes mediante su trabajo y aprendizaje diario junto al profesor responsable de la asignatura en los términos expuestos en el epígrafe tercero.

Así, por lo que respecta a la vertiente docente, se formará al PIF, de antemano, en cuestiones como la Guía Docente y su Anexo, la evaluación de competencias, el uso de las TICs en el aula, la elaboración de rúbricas, el manejo de las plataformas virtuales o la preparación de las sesiones expositivas, entre otros. El PIF recibirá esta instrucción durante su primer año de vinculación con la

²⁰³² Sirva de ejemplo el programa de Formación Integral del Profesorado Universitario (conocido por sus siglas FIPU) organizado por el Servicio de Formación Permanente e Innovación Educativa de la Universitat de València -el cual, también ha servido como inspiración para la redacción de estas líneas-. Este completo programa, con un total de 150 horas de duración que se completan durante cuatro meses, está dirigido a formar al profesorado novel de la Universitat en la triple vertiente de la carrera académica: investigación, gestión y docencia. La información detallada sobre el mismo puede encontrarse en la página web: <https://www.uv.es/uvweb/servicio-formacion-permanente-innovacion-educativa/es/formacion/oferta-formativa/titulos-compactos/fipu/presentacion-1285871873462.html>.

universidad con base en un contrato pre-doctoral -cuando, de acuerdo con la ayuda FPU, todavía no es obligatorio que imparta docencia-.

IV.- LA IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DE LA FORMACIÓN DOCENTE DEL PIF.

La formación en tareas docentes del PIF que se incorpora a la Universidad debe realizarse de manera progresiva y continuada a lo largo de un curso académico y bajo la tutela académica de un profesor que, dadas sus funciones, recibirá la denominación de *profesor-tutor*. Conviene señalar que el profesor-tutor se corresponderá con el profesor responsable de la asignatura que va a impartir el PIF y deberá asumir tareas adicionales consistentes en tutelar y apoyar las actividades docentes que este realice; a tal fin, la mejor opción es que compartan asignatura.

Así, tratándose de dos profesores que han *escogido voluntariamente trabajar juntos*, habrá de establecerse una coordinación entre ambos destinada a hacer efectiva la *colaboración* del PIF y sus inicios en las *prácticas docentes*. Para ello será necesario mantener antes, durante y después de completado el curso académico, reuniones individuales entre el profesor-tutor y el PIF, las cuales permitirán articular la formación docente del PIF más allá de los conocimientos teóricos que el mismo previamente ha adquirido; esta coordinación habrá de hacerse efectiva durante tres fases: la preparación de la asignatura, el desarrollo del curso académico y la evaluación de los alumnos.

1.- DESIGNACIÓN DEL PROFESOR-TUTOR Y ELECCIÓN DE LA DOCENCIA.

1.1.- La designación del profesor-tutor.

El director de la tesis debe *apoyar* la docencia que imparta el PIF, pero se permite que este comparta docencia con un tercero que será el responsable de la asignatura y se encargará de *supervisar* su tarea docente. De esta previsión podemos extraer dos ideas, primero, el hecho de que el director de la tesis no

necesariamente se corresponderá con el profesor-tutor; y, segundo, que en la elección del profesor-tutor será imprescindible el visto bueno por parte del director de la tesis; ambas premisas habrán de tenerse en cuenta a efectos de designar al profesor-tutor.

Asimismo, entendemos que el profesor-tutor deberá reunir, de antemano, una serie de condiciones que le permitan ejercer las funciones de tutela y supervisión. En primer lugar, parece oportuno requerir que el profesor-tutor cuente con no menos de tres años de experiencia docente universitaria y que se trate de un profesor con plena dedicación a la función académica. En segundo lugar, debe destacarse que la docencia que puede impartir el PIF está limitada a los estudios de Grado; por este motivo, será necesario que el profesor-tutor esté dispuesto a impartir y a compartir alguna o algunas de las materias que, respetando lo establecido en la convocatoria, es posible atribuir a los PIF.

Ser profesor-tutor constituye una labor que exige compromiso y dedicación por parte de quien la asuma, por ello podría resultar interesante valorar su inclusión en los programas DOCENTIA de la universidad correspondiente²⁰³³. En concreto, la tarea desarrollada en calidad de profesor-tutor podría integrarse como un indicador acumulativo más, referido al esfuerzo suplementario realizado por el profesorado más allá de las obligaciones fundamentales de la actividad docente –pues favorece la formación en las prácticas docentes de los PIF, quienes son estudiantes de doctorado, y refleja su compromiso con la universidad-.

1.2.- La elección de la docencia que va a ser compartida.

La docencia que va a impartir el PIF constituye uno de los aspectos más relevantes de la formación que adquirirá durante los años de contrato predoctoral, no en vano, la experiencia nos permite afirmar que es durante la preparación de la materia, y su exposición a los alumnos, cuando más se aprende; por ello, la elección de la docencia se convierte en una cuestión trascendental. La

²⁰³³ A propósito del programa DOCENTIA, con carácter general, nos remitimos a la información disponible en la página web de la ANECA: <http://www.aneca.es/Programas-de-evaluacion/Evaluacion-institucional/DOCENTIA>.

asignatura que se le adjudique dependerá, en primer lugar, del Plan de Ordenación Docente (en adelante, P.O.D.) del departamento o área en el que el PIF desarrolle su tesis; no obstante, si bien consideramos que no es necesario que la materia esté directamente relacionada con su tema de investigación, tampoco habrá de extenderse hasta el punto de incluir asignaturas excesivamente específicas.

De este modo, tras descartar la posibilidad de que el PIF imparta docencia en Máster -las convocatorias imponen que se limite a asignaturas de Grado-, también deberían descartarse aquellas materias optativas que, aun perteneciendo al mismo ámbito científico, no guarden relación directa con la tesis que realiza el PIF. Sin embargo, han de entenderse incluidas todas las asignaturas troncales que se impartan desde el Departamento, pues, independientemente de que no coincidan con el tema de tesis del PIF, no dejan de formar parte del conocimiento general que cabe exigirle, a efectos de completar sus estudios de doctorado.

Lo que ha sido expuesto depende, en realidad, de las características de cada rama de conocimiento y de cada departamento o área de la universidad; no obstante, consideramos oportuno ejemplificarlo a partir de lo que sucede en el área jurídica de Derecho Procesal, donde son tres las asignaturas troncales de Grado que podría impartir el PIF junto al responsable-tutor, e independientemente de su tema de tesis: Introducción al Derecho Procesal, Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal -así, puede que la tesis sea sobre Proceso Civil, pero le corresponda impartir las nociones introductorias del Derecho Procesal-; en cambio, existen optativas en Grado sobre temas específicos, como Solución Extrajudicial de Conflictos o Litigación y Teoría de la Prueba que no deberían ser atribuidas a un PIF salvo que estudie, en concreto, esa especialidad en su tesis.

2.- LA COORDINACIÓN ENTRE EL PROFESOR-TUTOR Y EL PIF.

El profesor-tutor y el PIF-tutelado deberán adquirir un compromiso cuyo respeto ha de mantenerse durante las tres fases que se exponen como constitutivas de la implementación del plan formativo del PIF en su vertiente docente. Como se desarrolla en los siguientes apartados, este compromiso está pensado para que,

superadas las tres fases en un curso académico, el mismo se prolongue durante los tres años en que el PIF podrá impartir docencia, de modo que permita una asunción progresiva de responsabilidades por su parte.

En otras palabras, las tres fases propuestas habrán de llevarse a cabo, al menos, durante el primer año en que el PIF imparta docencia; no obstante, sería conveniente que la relación entre ambos docentes se mantuviera durante el resto de años pre-doctorales, de modo que siguieran compartiendo docencia también en el segundo y tercer año. La razón de ser de lo mantenido es que haría factible una adquisición progresiva de obligaciones por parte del PIF y permitiría, de haber distintas asignaturas en el Área, su implementación en las mismas, de modo que, al finalizar el contrato, el PIF hubiera adquirido no solo una formación íntegra en la vertiente docente, sino, además, una formación íntegra en las materias esenciales del ámbito de conocimiento en el que se incardina su tesis doctoral –así, p. ej., en el área de Derecho Procesal, podría empezar impartiendo Introducción, para, los años siguientes impartir Proceso Civil y/o Proceso Penal-

2.1.- Primera fase: la preparación de la asignatura compartida.

Las actividades que se desarrollan en el presente epígrafe requieren la existencia de una buena relación y coordinación entre el profesor-tutor y el PIF. Aceptada la tutela y apoyo, algunas de estas tareas –que deberán realizarse, en todo caso, con carácter previo a la impartición de docencia y con el propósito de su preparación-, han de considerarse obligatorias, otras, en cambio, no serán preceptivas, sino que estarán en función de lo que el profesor-tutor estime oportuno.

2.1.1.- La distribución de las horas y la sujeción al cronograma de la asignatura.

Entendemos oportuno y obligatorio que, antes del inicio del curso, el profesor-tutor y el PIF se distribuyan las horas de la asignatura compartida. Esto no se limita únicamente a dividir, conforme al P.O.D., el número de horas que corresponde a cada uno, sino que, partiendo del cronograma, y con sujeción al mismo, los dos docentes prevean, de antemano, qué días impartirá clase cada

uno y qué temas de la asignatura deberá cubrir –por supuesto, sin incurrir en un exceso de rigidez que impida cambios sobrevenidos o puntuales-.

2.1.2.- *La coherencia en el sistema de enseñanza.*

La sincronización entre el sistema de enseñanza del profesor-tutor y el utilizado por el PIF también debe ser considerada como preceptiva, puesto que, solo de este modo, se consigue mantener la coherencia docente, mientras que se evitan dificultades adicionales para los alumnos por el hecho de tener dos profesores. Esta coherencia no implica que el PIF deba copiar la forma de enseñar del profesor-tutor, pero sí supone la obligación de que se ciña, no solo a lo previsto en la Guía Docente y su Anexo, sino, además, a las indicaciones que pueda darle el profesor-tutor, de modo que, siempre pensando en lo mejor para el alumnado, el PIF esté dentro de los parámetros fijados por el responsable principal de la asignatura²⁰³⁴.

2.1.3.- *El Anexo a la Guía Docente.*

Con carácter previo al inicio del curso académico será necesaria una reunión entre el profesor-tutor y el PIF para introducirle en la relevancia de la Guía Docente y revisar, conjuntamente, el Anexo a la misma que será utilizado en el grupo que comparten. Es interesante que el profesor-tutor atienda a las aportaciones que pueda realizar el PIF, puesto que este podría proporcionarle nuevas ideas sobre cómo afrontar algunos aspectos de la asignatura²⁰³⁵.

2.1.4.- *La elaboración de materiales docentes y la programación de actividades.*

Por último, en la fase de preparación también es interesante aprovechar que la asignatura dispone de dos docentes para mejorar la calidad mediante los diferentes recursos que ofrecen las universidades. Así, en relación con los materiales, una planificación organizada les podría permitir solicitar proyectos de innovación educativa, participar en programas de incentivos para elaboración

²⁰³⁴ P. ej., evitar que una aplicación excesiva de las técnicas de innovación docente sea disruptiva para los alumnos respecto de las clases magistrales o la exposición a partir de casos prácticos que ha venido utilizando el profesor-tutor para explicar la materia.

²⁰³⁵ P. ej., podría proponer que algún tema sea impartido utilizando la *Flipped classroom* o la realización de un *Take home exam*; la coordinación previa permite que, en el mismo Anexo, ya pueda indicarse a los alumnos cómo deberán preparar estos temas de la asignatura.

de materiales docentes, hacer uso de las convocatorias para actividades complementarias u organizar una sesión de juicios: simulados (*moot court*) o asistencia a vistas.

2.2.- Segunda fase: durante el desarrollo del curso académico.

2.2.1.- La preparación de la clase.

Preparar las clases constituye, posiblemente, el mayor reto al que se enfrenta el PIF que se inicia en las labores docentes. Por este motivo, el primer año en que se imparta docencia es necesario que esta actividad sea tutelada y apoyada, con especial atención, por el profesor-tutor. La preparación de la clase debe ser una tarea autónoma del PIF, sin embargo, deberá imponérsele la obligación de organizar de antemano las lecciones o actividades que vaya a realizar con los alumnos. Solo de este modo será posible que, con carácter previo a las primeras sesiones, el profesor-tutor y el PIF se reúnan para ver el enfoque que va a darle al temario y garantizarse que los contenidos preparados son suficientes o no exceden lo que pueden abarcar las horas de docencia que tiene asignadas. Además, servirá para que el PIF pueda plantear aquellas dudas sobre la materia a impartir que le hayan surgido durante la preparación de la clase, así como aprender de los consejos que el profesor-tutor estime oportuno darle.

2.2.2.- El desarrollo de la clase.

Si bien es el docente que está en el aula quien marca el inicio y el fin de la clase, así como los contenidos de la misma, entendemos oportuno que, al principio, el ritmo del PIF venga marcado por lo que haya establecido con su profesor-tutor. En este sentido, es importante respetar lo fijado de modo que el PIF consiga impartir íntegramente el temario que se le ha asignado en las horas previstas. No obstante, esto no debe servir para generar presión en el PIF, pues es mejor evitar un exceso de prisa que le impida impartir una docencia de calidad a sus alumnos; sobre esta cuestión, la experiencia del profesor-tutor nos parece esencial, ya que, si retoma la asignatura, podrá ser capaz de recuperar el desarrollo lectivo que estaba previsto según el cronograma.

2.2.3.- Las tutorías del PIF.

Si se considera que los PIF que colaboran en labores docentes no deben tener asignadas tutorías -por tratarse de una función que ha de corresponder en exclusiva al profesor responsable de la asignatura-, esta circunstancia no ha de representar un problema para los alumnos de la asignatura, por ello, cuando precisen consultar dudas sobre la materia, siempre que sea posible será el profesor-tutor en presencia del PIF quien se encargará de recibir a los alumnos y de resolver los problemas que planteen. La presencia del PIF en las tutorías es relevante, pues le permite descubrir aquello que no ha explicado con claridad, aprender de los errores que haya podido cometer e, incluso, ser él mismo quien resuelva las dudas planteadas por sus alumnos. Por esta razón, debe ser parte del compromiso del PIF estar presente en las tutorías del profesor responsable, como un elemento más de la formación y a práctica docente que establece su contrato pre-doctoral.

2.3.- Tercera fase: la evaluación de los alumnos.

2.3.1.- Los criterios para evaluar a los alumnos.

En el caso de que la relación entre el profesor-tutor y el PIF se mantenga durante más de un curso académico, en la misma o en diferentes asignaturas, este será uno de los aspectos en que podrá presenciarse una evolución en la asunción de responsabilidades del PIF. Así, durante el primer año de docencia, todo lo relativo al modo de evaluar a los alumnos se realizará por el profesor-tutor²⁰³⁶. No obstante, el PIF no debe mantenerse al margen, sino que, durante el primer año compartirá con el profesor-tutor su opinión a propósito de las mismas. En cambio, durante el segundo y tercer año de docencia, el PIF que ha ido asumiendo responsabilidades podrá proponer las preguntas del examen o fijar las rúbricas que sirvan para evaluar a los alumnos -en cualquier caso, ambas habrán de ser revisadas y aceptadas por el profesor-tutor-.

2.3.2.- La corrección del examen y su revisión.

²⁰³⁶ P. ej., el profesor-tutor decidirá las preguntas del examen -incluyendo las de aquellas partes que hayan sido explicadas por el PIF-, fijará las rúbricas para puntuar los trabajos presentados por los alumnos -aunque se refieran a materias que corresponden a la parte del temario del PIF-
...

Una dinámica similar entendemos que debe seguir la corrección del examen –así como de los trabajos que se realicen por los alumnos a lo largo del curso-. De este modo, el primer año, el PIF podrá corregir los exámenes y los trabajos, no obstante, esto se realizará, primero, respetando los criterios establecidos por el profesor-tutor y, segundo, bajo la posterior supervisión del mismo –quien, antes de poner las notas, deberá verificar las correcciones realizadas por el PIF, en particular, cuando se trate de preguntas de desarrollo o de la resolución de casos prácticos-. El segundo y tercer año su autonomía será mayor, pero sin excluir la tutela y apoyo por parte del profesor-tutor.

Ahora bien, del mismo modo que hemos considerado que el PIF no tiene tutorías, entendemos que tampoco puede enfrentarse solo a la revisión del examen –incluso, si las preguntas a revisar se corresponden, exclusivamente, con su parte de la asignatura compartida-. En consecuencia, será necesario que estén presentes tanto el profesor-tutor como el PIF en las revisiones; en estos aspectos: examen, evaluación y revisión, será trascendental la figura del profesor-tutor como responsable de la asignatura en la que el PIF ha realizado su colaboración docente y ha recibido la parte formativa de su contrato pre-doctoral por lo que respecta a la docencia.

2.3.3.- Las actas de la asignatura.

Como establece la convocatoria de ayuda pre-doctoral FPU, la colaboración en tareas docentes se realizará “sin que, en ningún caso, [...] pueda [...] firmar actas”. Por tanto, aunque tanto el profesor responsable de la asignatura y como el PIF hayan participado en la docencia y en evaluación de los alumnos, no debe olvidarse que el PIF simplemente colabora como parte de su formación, por lo que habrá de respetar el hecho de que tan solo el profesor-tutor esté legitimado para poner las notas y firmar las actas.

V.- CONCLUSIÓN.

La formación del PIF no ha de limitarse a la vinculada a la investigación, sino que debe garantizarse también en la vertiente docente. Para ello, tan relevante es que

asista a cursos formativos en los que se transmiten conocimientos teóricos, como que se forme en la práctica diaria bajo la tutela y apoyo de un profesor del que complete su aprendizaje en la docencia. Lo segundo se consigue mediante la relación y la coordinación entre el profesor responsable de la asignatura y el PIF que colabora con fines formativos en tareas docentes, algo que exige tiempo y dedicación, pero que beneficia a los dos docentes implicados y a los alumnos a quienes imparten clase.

A modo de conclusión, se resumen en cinco las directrices que deberían promoverse para garantizar que el PIF aplique en la práctica las competencias teóricas adquiridas y reciba una formación que le permita impartir docencia universitaria de excelencia. Nuestra última ambición es que la publicación de este trabajo contribuya a difundir las reflexiones que contiene, para que puedan constituir una especie de punto de partida o borrador, sobre el que trabaje la oportuna comisión de la universidad, para redactar una recomendaciones o directrices, que sean de aplicación interna, en relación con el aprendizaje y formación docente de los PIF y el papel fundamental del profesor-tutor en esta etapa.

Primera.- La formación práctica en tareas docentes del PIF deberá realizarse de manera progresiva y continuada a lo largo de un curso académico y bajo la tutela y apoyo de un profesor. Para ello es conveniente que el profesor-tutor y el PIF compartan asignatura y adquieran un compromiso que se implementará durante el primer año en que el PIF imparta docencia y a lo largo de tres fases. Deviene aconsejable que ambos docentes continúen compartiendo docencia durante el resto de años pre-doctorales del PIF.

Segunda.- El profesor-tutor deberá contar con, al menos, tres años de experiencia docente universitaria y deberá tratarse de un profesor con plena dedicación a la función académica, que deberá compartir docencia en aquellas asignaturas que pueden atribuirse al PIF. Dada la relevancia de estas funciones y la dedicación que exigen, el desempeño de funciones en calidad de profesor-tutor podría considerarse la inclusión en los programas DOCENTIA de las universidades, entre los indicadores acumulativos.

Tercera.- El PIF únicamente podrá elegir docencia de Grado. Entre las asignaturas que puede impartir el PIF se incluyen las troncales que se impartan en el departamento donde realiza su tesis doctoral. No podrán elegirse asignaturas optativas del departamento que resulten excesivamente específicas, a excepción de que se trate de una materia que esté relacionada de modo directo con su tema de investigación.

Cuarta.- Con carácter previo al inicio del curso, el profesor-tutor y el PIF se repartirán las horas de la asignatura compartida conforme al cronograma. Asimismo, el profesor-tutor introducirá al PIF en la relevancia de la Guía Docente y su Anexo, y atenderá a las aportaciones que este realice. Durante el curso académico la preparación de las clases por el PIF será supervisada por el profesor-tutor, a efectos de poder aconsejarle y de garantizar que se respetarán los planes académicos previstos. A este propósito es interesante organizar reuniones de trabajo entre el profesor-tutor y el PIF, de modo que el segundo pueda aprender del primero y plantearle cuestiones.

Quinta.- Será el profesor-tutor quien establezca la forma de evaluar la asignatura -valoración de los trabajos, preguntas del examen...-, para ello, atenderá a las posibles indicaciones que pueda realizar el PIF. El PIF podrá participar en la corrección de los diferentes elementos evaluables, sin embargo, en todo momento habrá de ser una actividad supervisada por el profesor-tutor y, en última instancia, será este quien ponga las notas y firme las actas. Las revisiones de examen se realizarán por parte del profesor-tutor, como parte de su actividad formativa, en las mismas estará presente el PIF.

El empleo de las nuevas tecnologías en la enseñanza del Derecho procesal

Rubén López Picó

Becario de Formación Interna de Derecho Procesal

Universidad de Granada

INTRODUCCIÓN

El nuevo modelo educativo ECTS -European Credit Transfer System- impuesto por el Espacio Europeo de Educación Superior -EEES-, centrado en el aprendizaje autónomo de los estudiantes bajo la supervisión -tutorización- del profesorado universitario responsable de las diferentes asignaturas, lleva aparejado consigo la necesidad de repensar las actividades de aprendizaje y enseñanza, sobre todo teniendo presente la enorme importancia atribuida al uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación -TICS- como herramientas enormemente útiles para la elaboración, adquisición y transmisión del conocimiento dentro de este nuevo modelo educativo²⁰³⁷.

Para poder hacer frente a este nuevo reto, es necesario que el profesorado universitario experimente un cambio en lo relativo al papel o rol que desempeña, al menos en lo que al proceso de aprendizaje se refiere. Para ello, se debería apostar por la adopción de modernos e innovadores métodos pedagógicos capaces de integrar el uso de las TICS en la enseñanza universitaria.

Conscientes de esta realidad, defendemos la necesidad de incorporar el uso de las nuevas tecnologías a nuestra labor como docentes universitarios y, por consiguiente, desarrollar nuevos y modernos métodos de aprendizaje que, en nuestro caso concreto, nos permitan incorporar el uso de las TICS en la

²⁰³⁷ Vid. GARRIDO CARRILLO, F.J. “Nuevas tecnologías y adquisición de competencias en la enseñanza del Derecho”, en GARRIDO CARRILLO, F.J. -Dir-. *Intercambios y buenas prácticas en la enseñanza del Derecho. Nuevos Métodos Docentes*. Ed. Comares, 2012, Granada.

enseñanza del Derecho Procesal.

Simultáneamente, junto a las nuevas exigencias educativas impuestas por el EEES, nuestra preocupación por que los alumnos universitarios, además de las propias de la materia impartida -Derecho Procesal, en este caso-, adquieran las denominadas competencias genéricas -trabajo cooperativo, capacidades de comunicación y experiencia profesional, entre otras muchas- que, en un futuro próximo, les faciliten su incorporación al mercado laboral, nos lleva a tenerlas presente en el momento de confeccionar los nuevos y modernos métodos de aprendizaje antes referidos. Combinando, de ese modo, el uso de las nuevas tecnologías con las competencias antes mencionadas, pero sin olvidar en ningún momento las lecciones magistrales impartida por el profesorado universitario experto en la materia como base o fundamento de todo el proceso de aprendizaje²⁰³⁸.

Así, a través de estas líneas, trataremos de reflejar como la incorporación de las nuevas tecnologías a los nuevos y modernos métodos de aprendizaje universitario puede ser de gran utilidad en la enseñanza del Derecho Procesal. Todo ello, sin pretensión de exhaustividad alguna bajo la justificación de la existencia de numerosas aportaciones académicas y/o científicas que analizan monográficamente y de manera más detallada y específica el empleo de algunas de estas mismas tecnologías en los nuevos y modernos métodos de aprendizaje y enseñanza del Derecho Procesal.

I. PRESENTACIONES POWER POINT

El uso de las presentaciones Power Point durante el desarrollo de las clases magistrales impartidas por el profesorado universitario experto en la materia, permite presentar al alumnado el contenido de la asignatura, de la materia -Derecho Procesal, en este caso- de un modo claro, estructurado y

²⁰³⁸ Vid. LÓPEZ PICÓ, R. *La utilización de medios de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal: el cine y la prensa escrita*. Comunicación presentada y defendida en el I Congreso Virtual Internacional de Innovación Docente Universitaria "We teach and We Learn". Organizado por la Universidad de Córdoba -España- y celebrado durante los días 20 y 21 del mes Junio de 2018.

organizado.

A través de ellas, se ofrece a los alumnos un esquema de los aspectos principales que se van a desarrollar a lo largo de la lección magistral, resaltar los apartados más importantes del contenido de la asignatura y proyectar con exactitud argumentos, ideas y teorías doctrinales, así como el contenido de ciertos preceptos normativos o de sentencias relacionadas con el contenido de la asignatura que se esté estudiando en un momento determinado²⁰³⁹.

Recordemos que se tratan de instrumentos tecnológicos, de medios informáticos al servicio de los nuevos y modernos métodos diseñados para el aprendizaje y la enseñanza, en este caso, del Derecho Procesal, y sobre todo de las tradicionales pero eficientes y eficaces lecciones magistrales impartidas por el profesorado universitario experto en la materia. Es por ello que las presentaciones Power Point, como herramienta informática de apoyo a las lecciones magistrales impartidas por el profesorado de la asignatura, no pueden ser excesivamente extensas ni tampoco escuetas, a fin de evitar que el alumnado incurra en el efecto contrario al deseado: la pérdida de atención e interés durante el desarrollo de las lecciones magistrales

II. PREZI

Con el mismo objetivo que el de las presentaciones Power Point -presentar a los alumnos de forma clara, estructurada y organizada el contenido de la asignatura, de la materia que se esté estudiando en cada momento-, pero de una forma mucho más dinámica y elaborada encontramos el Prezi -de carácter gratuita en su versión Public, y de pago en sus versiones Enjoy y Pro-. Pese a ello, Prezi no se alza como una herramienta informática antagónica ni de superación frente al Power Point, y mucho menos frente a otros programas de características similares. Se trata de otra herramienta informática más al servicio de los nuevos y modernos métodos de aprendizaje diseñados para la enseñanza

²⁰³⁹ Vid. ARANGÜENA FANEGO, C. "Las nuevas tecnologías aplicadas a la docencia del Derecho Procesal", en PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp.94 y 95.

del Derecho Procesal.

Junto al Prezi, también podríamos citar otras herramientas informáticas de características similares como el Neobook o el Jcllic²⁰⁴⁰. Instrumentos tecnológicos que, como resultado del desarrollo de las TICS y su posterior incorporación a los nuevos y modernos métodos de aprendizaje orientados a la enseñanza del Derecho Procesal, permiten combinar el texto escrito con imágenes, vídeos y sonidos; que al enlazar fácilmente con Internet y contar con la posibilidad del uso del zoom, permite elaborar presentaciones muy vistosas y de gran utilidad para las lecciones magistrales impartidas por el profesorado universitario experto en la materia.

Con independencia de la herramienta informática que el profesorado universitario decida utilizar como medio de apoyo para el desarrollo de las lecciones magistrales impartidas por él, éstas deben ser empleadas de un modo eficaz y eficiente, a fin de evitar que la monotonía en su empleo lleve a los alumnos a desconectar durante el desarrollo de las mismas. Y es que pese a las enormes virtudes que el uso de esta herramienta informática presenta, su principal peligro radica en su capacidad para distraer al alumnado. El protagonista absoluto de las lecciones magistrales es el profesorado universitario experto en la materia -Derecho Procesal, en este caso- encargado de impartirlas y no la herramienta informática Prezi utilizado como instrumento de apoyo a las mismas²⁰⁴¹.

²⁰⁴⁰ Mientras Neobook es un espacio web que empezó como un trabajo para la realización de una asignatura del Máster de Informática Educativa de la UNED y ha terminado siendo un pequeño sitio de referencia para los docentes que quieren emplear las nuevas tecnologías y que curiosean y experimentan con los programas de autor para crear su propio software educativo. Por su parte, Jcllic es un entorno para la creación, realización y evaluación de actividades educativas multimedia, desarrollado en la plataforma Java, aplicación de software libre basada en estándares abiertos que funciona en diversos entornos operativos: Linux, Mac os X, Windows.

²⁰⁴¹ Vid. SÁEZ GONZÁLEZ, J. "Nuevas herramientas de apoyo: el uso del Prezi en la docencia del Derecho Procesal", en PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp.477-483.

III. CLICKERS

Los Clickers constituyen una herramienta informática que permite al profesorado universitario, encargado de impartir la asignatura -Derecho Procesal, en este caso-, obtener de forma instantánea y ordenada toda la información que los alumnos, a los cuales previamente se les ha realizado una serie de preguntas relacionadas con algún aspecto concreto de la asignatura, emiten a través de un dispositivo electrónico en forma de mandos -Clickers-. A través de un sistema de radiofrecuencia o infrarrojos, los Clickers transmiten las respuestas emitidas por el alumnado a un receptor USB colocado en el ordenador del profesor a cargo de la asignatura.

De forma previa al inicio de la lección magistral en la que el profesorado de la asignatura pretenda hacer uso de los Clickers, es necesario que éste introduzca en el Turning Point -programa de software- todas las preguntas que desee formular a los alumnos de la asignatura. El Turning Point es un sistema de presentaciones interactivas similar al Power Point que permite al profesorado responsable de la asignatura preparar las distintas preguntas que más tarde formulará a los alumnos. Además de introducir la pregunta en la presentación interactiva, el profesorado también deberá indicar cuál es la respuesta correcta a cada una de las preguntas realizadas, para que tras recibir las contestaciones de los alumnos, el programa informático pueda emitir los correspondientes informes.

La utilización de esta herramienta informática en los nuevos y modernos métodos diseñados para la enseñanza del Derecho Procesal presenta como objetivo esencial el fomentar y potenciar el debate, la discusión y la participación de los alumnos durante el desarrollo de las clases magistrales impartidas por el profesorado universitario experto en la materia, así como la mejora de la interacción entre éstos últimos y los propios alumnos. Como señalan las profesoras de la Universidad de Navarra HUALDE LÓPEZ Y SÁNCHEZ POS²⁰⁴² ese objetivo esencial “se consigue alcanzar a través del

²⁰⁴² Vid. HUALDE LÓPEZ, I. y SÁNCHEZ POS, M^a. V. “La utilización de los Clickers como herramienta de apoyo a la docencia del Derecho Procesal”, en PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El*

planteamiento de preguntas que requieren que cada estudiante aplique los conceptos básico previamente explicados en clase. Tras responder a las preguntas planteadas por el profesorado universitario al frente de la asignatura, el sistema informático crea el histograma de respuestas, que tras ser proyectado en la clase, servirá para que los alumnos puedan conocer el resultado de sus respuestas y, posteriormente iniciar el oportuno debate”.

En otro orden de cosas, señalar que como en el caso de cualquier otra herramienta informática empleada en los nuevos y modernos métodos diseñados para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Procesal, el uso de los Clickers como herramienta informática de apoyo al desarrollo de las lecciones magistrales impartidas por el profesorado universitario experto en la materia, únicamente nos permitiría obtener los múltiples e importantes beneficios pretendidos a través de su empleo, cuando precisamente éste último tenga lugar de forma correcta. De ahí, la enorme importancia de que el profesorado universitario que desea hacer uso de ellos durante la impartición de sus propias lecciones magistrales conozca el potencial y el correcto funcionamiento de la herramienta informática que pretende usar.

La utilización de esta herramienta informática como medio de innovación docente para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Procesal, obliga al profesorado universitario responsable de la impartición de la asignatura a adquirir nuevas competencias, no solo en lo relativo a los aspectos técnicos relacionados con el uso de esta herramienta informática, sino también a la planificación de sus clases, la redacción de las preguntas que desea formular a los alumnos y la moderación del debate que con carácter posterior a éstas pudiese surgir. Para la adquisición de estas nuevas competencias, el profesorado universitario puede optar por recibir la oportuna instrucción de manos de profesores ya experimentados en el uso de esta misma herramienta informática o del personal universitario dedicado a la formación del profesorado universitario.

IV. MOODLE

Dejado atrás el uso de la página web como herramienta docente tradicional para ofrecer al alumnado toda la información relativa a los diferentes aspectos de las asignaturas impartidas por el profesorado universitario experto en Derecho Procesal -horario de clases, calendario académico, casos prácticos, bibliografía, jurisprudencia y enlaces de interés jurídico, entre otros-; se apuesta, ahora, por la utilización de entornos virtuales de enseñanza-aprendizaje consistentes en “una herramienta didáctica que cuenta con un soporte tecnológico que distribuye materiales pedagógicos en formato digital y que sirve para que profesores y alumnos interaccionen entre sí durante el desarrollo del proceso educativo y puedan utilizar la plataforma tecnológica para debatir online sobre temáticas relacionadas con la asignatura de Derecho Procesal, integrar contenidos e incluir opiniones relevantes de expertos o profesionales del Derecho”²⁰⁴³.

El empleo de esta herramienta informática -de carácter gratuito- en los nuevos y modernos métodos diseñados para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Procesal, facilita que las universidades puedan combinar la enseñanza a través del desarrollo de lecciones magistrales y actividades pedagógicas de carácter presencial con el desarrollo de lecciones magistrales y actividades pedagógicas de carácter plenamente online, dando lugar a lo que en la actualidad se conoce o denomina como B-Learning -Blended Learning o aprendizaje mezclado-.

Las siglas de esta herramienta informática MOODLE provienen de Modular Object Oriented Dynamic Learning Environment -Entorno de Aprendizaje Dinámico y Modular Orientado a Objetivos-. Se trata de una plataforma de aprendizaje sencilla que integra diferentes elementos -foros, cuestionarios de preguntas, bases de datos de actividades, blogs y chats, entre otros muchos- orientados todos ellos a la emisión de información, la puesta a disposición del alumnado de diversos tipos de materiales -actualizados y

²⁰⁴³ Vid. ORTIZ PRADILLO, J.C. “Blended learning y Moodle en la docencia del Derecho Procesal: La experiencia en la UCLM”, en PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2011, p.457.

modificados de forma continua- y la interacción de los profesores y alumnos por medio de la realización de las tareas programadas. Todo ello sin suprimir la impartición de las lecciones magistrales, pues recordemos que MOODLE -al igual que lo señalado en el resto de las herramientas informáticas vistas hasta el momento y de las que a continuación se verán- constituye un complemento a éstas y no un sustituto de ellas.

El empleo de esta herramienta informática en los nuevos y modernos métodos diseñados para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Procesal ha supuesto una auténtica revolución para nuestra disciplina. Pues, al tiempo que se ha conseguido mantener el nivel de la formación del alumnado -aspecto esencial en el ámbito universitario-, se ha aumentado la interacción entre el alumnado y profesorado universitario responsable de la asignatura, se ha implementado un seguimiento personalizado de las distintas actividades y tareas realizadas por todos y cada de los alumnos y, como resultado, se ha mejorado la evaluación personal de los mismos²⁰⁴⁴.

Siendo necesario para ello, la correcta coordinación entre los distintos responsables de las asignaturas de un mismo curso -coordinación transversal- con el fin de evitar posibles solapamientos de actividades y tareas, pero, especialmente, la sobrecarga del alumnado que derive en la no participación de éstos en el desarrollo de esas mismas actividades y tareas y, por consiguiente, en el fracaso del empleo de la herramienta informática MOODLE como apoyo a la docencia impartida por el profesorado universitario experto en Derecho Procesal a través del desarrollo de sus propias lecciones magistrales²⁰⁴⁵.

²⁰⁴⁴ Vid. CORREA GORSPE, J. M. "La integración de plataformas de e-learning en la docencia universitaria: enseñanza, aprendizaje e investigación con Moodle en la formación inicial del profesorado". *Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa*. Ed. Universidad de Extremadura, Extremadura, 2005, p. 42.

²⁰⁴⁵ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. "El caso práctico y las nuevas Tecnologías al servicio de la enseñanza del derecho constitucional". *Revista General de Derecho Constitucional*. Ed. Iustel, Madrid, 2010, pp.2 y 3.

V. WIKI

Se trata de una herramienta informática que empleada en los nuevos y modernos métodos diseñados para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Procesal destaca por su idoneidad para la realización de trabajos académicos y/o científicos de carácter cooperativo. Al ser una web editable, además de poder leer, guardar o imprimir los distintos materiales que conforman su contenido, también nos permite introducir cambios, adjuntar ficheros, crear textos e introducir nuevas páginas desde el navegador de los propios usuarios, al que podrán acceder -leyéndolo, modificándolo y editándolo- el resto de usuarios cuando así lo estimen oportuno. De este modo, podemos decir que a grandes rasgos Wiki es una herramienta informática que a través de una Web nos permite crear y revisar textos científicos y/o académicos de forma colaborativa. La administración del Wiki quedará siempre y en todo momento en manos del profesorado responsable de la asignatura²⁰⁴⁶.

VI. ADOBE PRESENTER

El Adobe Presenter -en su versión séptima- es una herramienta informática de software extremadamente útil, pues incorporada a los nuevos y modernos métodos diseñados para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Procesal permite crear contenidos de formación electrónica y presentaciones multimedia, a fin de suministrar al alumnado todo el material teórico y práctico -de carácter básico y complementario- que necesita para poder adquirir los conocimientos necesarios que le permitan superar la asignatura de Derecho Procesal.

Al poder el alumnado acceder de un modo virtual a los materiales teóricos y prácticos de la asignatura de Derecho Procesal -de carácter básico y complementario- cedidos por el profesorado responsable de la misma, es

²⁰⁴⁶ Vid. GARCÍA MEDINA, J., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., GÓMEZ TOMILLO, M., VIDAL FERNÁNDEZ, B., ANDRÉS SANTOS, F.J., y VAQUERO LÓPEZ, C. "Evaluación continua y tutorías de los estudios de Derecho", en *Claves para la implantación del estudiante en la Universidad*. II Congreso Internacional Univest. Ed. Universidad de Girona, Girona, 2009.

posible complementar este aprendizaje de carácter virtual con otras herramientas de comunicación como el foro, las videoclases y el chat, entre otros muchos. Todo ello sin perjuicio de que pueda seguir existiendo una comunicación de carácter más clásico entre el profesorado y el alumnado a través del uso de otras herramientas informáticas, orientadas a la consecución de los mismos fines, como por ejemplo la videoconferencia online²⁰⁴⁷.

Se trata de una herramienta informática de gran utilidad cuando la enseñanza del Derecho Procesal se va a realizar a distancia -UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia-. Pues permite seguir y evaluar de manera individualizada e independiente el trabajo realizado por cada alumno.

VII. BASES DE DATOS

Tanto en la impartición de las lecciones magistrales por el profesorado universitario experto en la materia de Derecho Procesal, como en el estudio de esta misma materia de manera individualizada por el alumnado, es imprescindible la selección, lectura, análisis y estudio de materiales de carácter específico relacionados con el contenido de la asignatura que en cada momento se esté estudiando. Para ello, se recomienda recurrir al empleo de bases de datos como Aranzadi, Westlaw, Iustel o La Ley, entre otras muchas, donde encontramos una gran cantidad y variedad de referencias doctrinales, normativas y jurisprudenciales de carácter específico relacionadas con el contenido de la asignatura de Derecho Procesal.

VIII. PÁGINAS WEB INSTITUCIONALES

En apoyo al profesorado universitario que se encarga de impartir las lecciones magistrales de la asignatura de Derecho Procesal, cuando corresponda proceder a explicar ciertas instituciones de justicia de carácter nacional -

²⁰⁴⁷ Vid. CABEZUDO BAJO, M.J. "El uso de la herramienta Adobe Presenter al servicio de la enseñanza del Derecho Procesal", en PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp.490.

Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional- e internacional -Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal de Derecho Humanos de la Unión Europea y Corte Penal Internacional, entre otros muchos más-, éste, durante su desarrollo, podrá acceder a la página web de estas mismas instituciones con la intención de proceder a su explicación.

La página web de la gran mayoría de estas instituciones de justicia de carácter nacional e internacional cuenta con una gran cantidad de información acerca de las mismas: textos legales, organización, funcionamiento, estructura y jurisprudencia emitida por ellas. Facilitando de éste modo, la explicación y estudio de múltiples cuestiones y aspectos relacionados con el Derecho Procesal Civil y Penal, no solo de carácter nacional sino también comunitario e incluso internacional. Así como la visualización online -resultado de su archivo digital- de los asuntos de gran transcendencia celebrados, por ejemplo, en la Gran Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, o la Sala de Vistas de la Corte Penal Internacional.

CONCLUSIONES

El empleo de las herramientas informáticas, derivadas del desarrollo de las TICS, en los nuevos y modernos métodos diseñados para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Procesal constituye la materialización del nuevo modelo educativo ECTS -European Credit Transfer System- impuesto por el Espacio Europeo de Educación Superior -EEES-, centrado en el aprendizaje autónomo de los estudiantes bajo la supervisión -tutorización- de los profesores universitarios responsables de las distintas asignaturas.

La utilización de las nuevas tecnologías en los nuevos y modernos métodos diseñados para el aprendizaje -estudiantes- y la enseñanza -profesores-, respectivamente, del Derecho Procesal, les aporta un importantísimo valor añadido. La posibilidad de poder combinar las tradicionales lecciones magistrales impartidas por el profesorado experto en la materia -Derecho Procesal- con el uso de las nuevas tecnologías -TICS-, en forma de herramientas tecnológicas -Presentaciones Power Point, Prezi, Clickers, Moodle, Wiki, Adobe

Presenter, Bases de Datos y Páginas Web Institucionales, entre otras muchas- permiten al alumnado adquirir no solo los conocimientos de Derecho Procesal necesarios para conseguir superar la asignatura, sino también la consecución de otras competencias que les serán exigibles en el momento de acceder al mercado laboral: autocrítica, cooperación, trabajo en grupo, exposición, oralidad etc.

Como señala LORENZO REGO²⁰⁴⁸, el empleo de las herramientas informáticas como elementos de apoyo a las lecciones magistrales impartidas por el profesorado universitario experto y responsable de la asignatura de Derecho Procesal se traduce en una mayor implicación del alumnado durante el desarrollo de las mismas y, como resultado, en la realización de todas y cada una de las diferentes actividades y tareas que derivan de ellas a propuesta del profesorado, fruto del incremento de su motivación, al sentirse parte importante del desarrollo de la asignatura. Y todo ello, sin experimentar una merma en la adquisición de conocimientos.

Tal y como señalamos antes, recordar que con independencia de la herramienta informática que el profesorado universitario decida utilizar como medio de apoyo para el desarrollo de las lecciones magistrales impartidas por él, éstas deben ser empleadas de un modo eficaz y eficiente, a fin de evitar que la monotonía en su empleo lleve a los alumnos a desconectar durante el desarrollo de las mismas. Y es que pese a las enormes virtudes que el uso de estas herramientas informáticas presenta, su principal peligro radica en su capacidad para distraer al alumnado. El protagonista absoluto de las clases magistrales es el profesorado universitario experto en la materia -Derecho Procesal, en este caso- encargado de impartirlas y no la herramienta o las herramientas informáticas utilizadas como apoyo a las mismas.

La utilización de todas y cada una de estas herramientas informáticas en los nuevos y modernos métodos diseñados para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Procesal requiere que el aula en la que habitualmente se imparten las lecciones magistrales esté dotada de todos los recursos materiales necesarios

²⁰⁴⁸ Vid. LORENZO REGO, I. "Evaluación de competencias mediante herramientas electrónicas", en PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp.404

para ello.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. "El caso práctico y las nuevas Tecnologías al servicio de la enseñanza del derecho constitucional". *Revista General de Derecho Constitucional*. Ed. Iustel, Madrid, 2010.

ARANGÜENA FANEGO, C. "Las nuevas tecnologías aplicadas a la docencia del Derecho Procesal", en PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

CABEZUDO BAJO, M.J. "El uso de la herramienta Adobe Presenter al servicio de la enseñanza del Derecho Procesal", en PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

CORREA GORSPE, J. M. "La integración de plataformas de e-learning en la docencia universitaria: enseñanza, aprendizaje e investigación con Moodle en la formación inicial del profesorado". *Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa*. Ed. Universidad de Extremadura, Extremadura, 2005.

GARCÍA MEDINA, J., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., GÓMEZ TOMILLO, M., VIDAL FERNÁNDEZ, B., ANDRÉS SANTOS, F.J., y VAQUERO LÓPEZ, C. "Evaluación continua y tutorías de los estudios de Derecho", en *Claves para la implantación del estudiante en la Universidad*. II Congreso Internacional Uninvest. Ed. Universidad de Girona, Girona, 2009.

GARRIDO CARRILLO, F.J. "Nuevas tecnologías y adquisición de competencias en la enseñanza del Derecho", en GARRIDO CARRILLO, F.J. -Dir.-. *Intercambios y buenas prácticas en la enseñanza del Derecho. Nuevos Métodos Docentes*. Ed. Comares, 2012, Granada.

HUALDE LÓPEZ, I. y SÁNCHEZ POS, M^a. V. "La utilización de los Clickers como herramienta de apoyo a la docencia del Derecho Procesal", en

PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

LÓPEZ PICÓ, R. *La utilización de medios de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal: el cine y la prensa escrita*. Comunicación presentada y defendida en el I Congreso Virtual Internacional de Innovación Docente Universitaria "We teach and We Learn". Organizado por la Universidad de Córdoba -España- y celebrado durante los días 20 y 21 del mes Junio de 2018.

ORTIZ PRADILLO, J.C. "Blended learning y Moodle en la docencia del Derecho Procesal: La experiencia en la UCLM", en PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

SÁEZ GONZÁLEZ, J. "Nuevas herramientas de apoyo: el uso del Prezi en la docencia del Derecho Procesal", en PICÓ I JUNOY, J -Dir.-. *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

Derecho Financiero y Tributario

La nueva prohibición de entrega gratuita de bolsas de plástico en Andalucía: su convivencia con el IVA y con el impuesto andaluz sobre bolsas de plástico de un solo uso

Lucía Urbano Sánchez

Investigadora FPU del Área de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Córdoba

1. INTRODUCCIÓN

La alarmante contaminación generada por las bolsas de plástico y, en particular, por aquellas desechables, de un solo uso o, en fin, en términos europeos, «ligeras», ha suscitado una gran preocupación a nivel mundial. Su consumo irresponsable y desmesurado ha supuesto que este ligero envase de difícil descomposición acabe en los mares y océanos, generando serios perjuicios para los ecosistemas marinos y provocando cada año la muerte de numerosos animales como peces y aves.

La Unión Europea ha sido plenamente consciente de la necesidad de actuar contra la contaminación generada por estos envases y desde hace años ha tratado de ponerle remedio mediante la aprobación de sucesivas Directivas. El último avance ha consistido en la adopción de la Directiva (UE) 2015/720 del Parlamento Europeo y del Consejo «con el fin de impulsar una reducción sostenida en el nivel de consumo medio de bolsas de plástico ligeras». El pasado mes de mayo, y con un año y medio de retraso, esta normativa europea ha sido incorporada, por fin, a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo, sobre reducción del consumo de bolsas de plástico y por el que se crea el Registro de Productores, en el que se ha optado, de entre las medidas propuestas por la Directiva, por prohibir, desde el 1 de julio, la entrega gratuita de bolsas de plástico en los puntos de venta.

Si bien la aplicación de esta medida no plantea importantes problemas en la práctica ni supone una gran novedad, puesto que muchos supermercados y

grandes cadenas de distribución ya venían cobrando voluntariamente desde hace algunos años las bolsas que entregaban a sus clientes, en Andalucía, la situación resulta algo más compleja, debido a que desde el año 2011 está vigente en esta Comunidad Autónoma un impuesto propio que recae, precisamente, sobre las bolsas de plástico de un solo uso suministradas por los establecimientos comerciales. Así pues, la aprobación de este nuevo Real Decreto nos lleva inevitablemente a plantearnos -y éste es el principal propósito de esta comunicación- de qué modo van a convivir y van a aplicarse, desde el punto de vista tributario, estas dos medidas, que, si bien poseen distinta naturaleza (una es un tributo y la otra, simplemente, un precio), recaen sobre el mismo objeto, que son las bolsas de plástico, y tienen el mismo efecto y finalidad, a saber, elevar el precio del producto en cuestión a fin de disuadir su consumo. Y todo esto sin olvidar que, como impuesto que grava el consumo general de bienes, el IVA también entra en juego en este panorama de medidas que afectan al consumo de bolsas de plástico.

2. LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2015/720 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: EL REAL DECRETO 293/2018, DE 18 DE MAYO, SOBRE REDUCCIÓN DEL CONSUMO DE BOLSAS DE PLÁSTICO Y POR EL QUE SE CREA EL REGISTRO DE PRODUCTORES

Con la adopción de la Directiva (UE) 2015/720 del Parlamento Europeo y del Consejo se modifica la Directiva 94/64/CE a fin de promover una reducción sostenida en el consumo medio de bolsas de plástico ligeras, es decir, aquellas «con un espesor de menos de 50 micras» [art. 3.1 quater) de la Directiva 94/62/CE tras su sexta y última modificación].

Entre las alternativas que la Directiva ofrece a los Estados miembros con el fin de reducir el consumo de bolsas de plástico ligeras -a saber: objetivos de reducción nacionales, restricciones a la comercialización e instrumentos económicos (*v.gr.*, precios, impuestos y tasas)- las de naturaleza económica han demostrado ser especialmente eficaces a tal fin. Así lo reconoce la propia

Directiva, importantes organismos internacionales como la OCDE y la ONU²⁰⁴⁹ y buena parte de la doctrina económica y tributarista²⁰⁵⁰.

En España, mediante el Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo, sobre reducción del consumo de bolsas de plástico y por el que se crea el Registro de Productores, se ha optado precisamente por un instrumento económico para tratar de garantizar el cumplimiento de los objetivos comunitarios de disminución del consumo de bolsas de plástico ligeras. En concreto, este reglamento ha supuesto, entre otras novedades, que desde el pasado 1 de julio todos los comerciantes se hayan visto forzados a exigir una cantidad de dinero por cada bolsa que suministran al consumidor en los puntos de venta, mediante la venta online o en las entregas a domicilio, pudiéndose basar para ello en los precios orientativos que establece el anexo I de la citada norma, que oscilan, en función del espesor de la bolsa, entre los 5 céntimos y los 15 céntimos de euro. Pese a que nada establece el Real Decreto al respecto, consideramos que, dado que estos precios constituyen los importes finales a cobrar directamente al consumidor, los mismos incluyen el IVA correspondiente.

No obstante, la norma, valiéndose de la posibilidad que la Directiva (UE) 2015/720 ofrece, exceptúa de la prohibición de entrega gratuita de bolsas de plástico y, por tanto, permite que se sigan suministrando sin contraprestación alguna, por un lado, «las bolsas de plástico muy ligeras» [art. 3d) del Real Decreto 293/2018], que son aquellas «con un espesor inferior a 15 micras, que son necesarias por razones de higiene, o que se suministran como envase primario para alimentos a granel, como fruta, legumbre, carne, pescado, entre otros,

²⁰⁴⁹ BARDE, J.P.: «Economic Instruments in environmental policy: lessons from the OECD experience and their relevance to developing economies», *Working Paper No. 92*, OCDE Development Centre, 1994, págs. 10-14; UNEP. *Selection, Design and Implementation of Economic Instruments in the Solid Waste Management Sector in Kenya. The case of plastic bags*, 2005, pág. 5.

²⁰⁵⁰ Se incluyen en este sector doctrinal, entre otros, JIMÉNEZ VARGAS, P.J.: *Los tributos y la Protección del Medio Ambiente*, Cuadernos Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 97; HERRERA MOLINA, P.M.: «El principio “quien contamina paga”», en AA.VV. (Dir. BECKER, F.; CAZORLA, L.M.; MARTÍNEZ-SIMANCAS, J.): *Tratado de Tributación Medioambiental*, vol. 1, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 204; GARCÍA-TORRES, M.J.: *Análisis de la protección tributaria del medio ambiente: especial referencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 19; BUÑEL GONZÁLEZ, M.: «La fiscalidad como instrumento económico de la política medioambiental», en AA.VV. (Dir. BECKER, F.; CAZORLA, L.M.; MARTÍNEZ-SIMANCAS, J.): *Tratado de Tributación Medioambiental*, vol. 2, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 1134.

cuando su uso contribuye a prevenir el desperdicio de estos alimentos»; y, por otro lado, las bolsas de plástico con espesor igual o superior a 50 micras con un porcentaje igual o mayor al 70% de plástico reciclado²⁰⁵¹.

3. LA SINGULAR APLICACIÓN DE LA NUEVA PROHIBICIÓN DE ENTREGA GRATUITA DE BOLSAS DE PLÁSTICO EN ANDALUCÍA

Como adelantábamos al inicio de estas páginas, la aplicación de la nueva prohibición de entrega gratuita de bolsas de plástico es algo singular en la Comunidad Autónoma de Andalucía, debido a la existencia del Impuesto andaluz sobre las Bolsas de Plástico de un Solo Uso (en adelante, IBPUSU), que constituye el primer impuesto propio autonómico de este tipo (sobre bolsas de plástico) aprobado en España y el único vigente a día de hoy.

3.1 Algunas notas sobre el Impuesto andaluz sobre Bolsas de Plástico de Un solo Uso. Especial referencia a su naturaleza extrafiscal y a su compatibilidad con el IVA

El Impuesto sobre las Bolsas de Plástico de un Solo Uso (IBPUSU) fue creado originalmente por el art. 7 del Decreto-Ley 4/2010, de 6 de julio, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad, que fue convertido, pocos meses después, en la Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad.

Posiblemente aquello que mejor caracteriza este impuesto es su *naturaleza extrafiscal*, pues, claramente aúna los tres rasgos definitorios que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional atribuye a este tipo de tributos:

1) La finalidad extrafiscal del impuesto encuentra reflejo en la configuración de sus elementos principales²⁰⁵²: el hecho imponible, esto es, «el suministro de

²⁰⁵¹ La Directiva da la posibilidad de que las «bolsas de plástico muy ligeras» queden al margen de las medidas que contempla. Asimismo, deja a discreción de los Estados miembros la opción de adoptar ciertas medidas -como instrumentos económicos y objetivos nacionales de reducción- que recaigan sobre cualquier tipo de bolsas de plástico de otro espesor, es decir, de un espesor igual o superior a 50 micras.

²⁰⁵² En este sentido, entre otras muchas, SSTC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 5; 122/2012, de 5 de junio, FJ 4; 53/2014, de 10 de abril, FJ 6 c); 74/2016, de 14 de abril, FJ 2; 94/2017, de 6 de julio FJ 8.

bolsas de plástico de un solo uso por un establecimiento comercial» (art. 7.Uno de la citada Ley) -entendiendo por tales bolsas «las fabricadas con este material, entregadas a los consumidores en los puntos de venta y destinadas a facilitar el transporte de los productos adquiridos», con contraprestación o sin ella (arts. 7.Tres.2 de la Ley 11/2010 y 2.3 de la Orden de 14 de abril de 2011)- muestra que se trata de una imposición basada en el riesgo medioambiental que causan las bolsas de plástico de un solo uso como «potenciales residuos»; el mecanismo de la repercusión que contempla la Ley hace que la carga del impuesto no recaiga sobre los titulares de los establecimientos comerciales -sujetos pasivos del impuesto- sino, en última instancia, sobre los consumidores, que son los «potenciales contaminadores»; declara exentas del mismo las bolsas reutilizables y las biodegradables por ser más respetuosas con el entorno y, a la postre, para incentivar su consumo; y su cuota tributaria varía en función de las unidades de producto contaminante (número de bolsas de plástico) que adquiere el consumidor²⁰⁵³, modulándose, por ende, de acuerdo con el impacto ambiental en que incurren (o mejor dicho, pueden incurrir) los sujetos llamados a soportarlo²⁰⁵⁴.

2) La *intentio legis* del tributo no es simplemente gravar la manifestación de riqueza puesta de manifiesto por el consumidor al adquirir las bolsas de plástico desechables, pues lo que realmente pretende es modificar el comportamiento de los consumidores a fin de «disminuir la utilización de las mismas, con la finalidad de minorar la contaminación que generan y contribuir a la protección del medio

²⁰⁵³ De acuerdo con el apartado nueve del art. 7 de la Ley 11/2010, la cuota íntegra de este impuesto se obtiene aplicando a la base imponible un tipo impositivo que la citada norma fija en 5 céntimos para el ejercicio 2011 y en 10 céntimos para el ejercicio 2012 y posteriores. Sin embargo, hasta la fecha su incremento se ha ido posponiendo, permaneciendo el tipo impositivo en 5 céntimos de euro por bolsa. En efecto, la Ley 5/2017, de 5 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2018, de nuevo, ha retrasado un año más (hasta 2019) el aumento del tipo impositivo hasta los 10 céntimos de euro.

²⁰⁵⁴ La recaudación derivada de la exacción de esta figura tributaria no se encuentra afectada a finalidad medioambiental alguna, sin embargo, esto no es óbice para poder afirmar que posee carácter extrafiscal pues, con arreglo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, tal afectación, ciertamente, es uno de los indicios a tener en cuenta a la hora de calificar la verdadera naturaleza del tributo, pero no es el más importante de ellos [SSTC 179/2006, de 13 de junio, FJ 10; 60/2013, de 13 de marzo, FJ 5; 53/2014, de 10 de abril, FJ 6 c); 74/2016, de 14 de abril, FJ 2; 94/2017, de 6 de julio, FJ 8].

ambiente» (apartado dos del art. 7 de la Ley 11/2010) en cumplimiento del art. 45.1 CE²⁰⁵⁵.

3) Es incuestionable que cuanto mayor es la realización de los fines extrafiscales perseguidos con esta prestación tributaria, esto es, la minoración de la contaminación generada por las bolsas de plástico de un solo uso como consecuencia de reducirse su utilización, menor es su potencial recaudatorio²⁰⁵⁶.

Esta finalidad extrafiscal del IBPUSU se puede apreciar claramente si la contrastamos con la finalidad recaudatoria de otro impuesto, como es el IVA, que grava el consumo general de forma muy similar, esto es, estableciendo «formalmente» como hecho imponible la entrega de bienes, pero gravando «sustancialmente» el consumo de esos bienes, mediante el mecanismo de la repercusión²⁰⁵⁷.

En efecto, el suministro de bolsas de plástico en Andalucía no solo se ve afectado por el IBPUSU que, como acabamos de ver, grava, un consumo específico, sino que también es gravado por el impuesto sobre el consumo por excelencia, el IVA. La consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 01-02-2011 (V0203-11) así lo confirma, señalando que la referida entrega de bolsas de plástico de un solo uso efectuada por los establecimientos comerciales en el ejercicio de su actividad empresarial «se considera realizada a título oneroso y constituye, en todo caso, una operación sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido».

Más recientemente, la Dirección General de Tributos ha vuelto a reiterar esta sujeción al IVA en respuesta a una consulta vinculante de 17-11-2016 (V4990-16) en la que se plantea si la entrega de bolsas de plástico a los clientes que la soliciten a cambio de un precio adicional constituye una prestación accesoria a la entrega de bienes de consumo. En su respuesta aclara que no constituye una

²⁰⁵⁵ Por todas, SSTC 122/2012, de 5 de junio, FJ 4; 53/2014, de 10 de abril, FJ 6 c); 94/2017, de 6 de julio FJ 8.

²⁰⁵⁶ Resaltó este rasgo definitorio de los impuestos extrafiscales relativo a la virtualidad recaudatoria la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13; y, posteriormente, el ATC 417/2005, de 22 de noviembre, FJ 7.

²⁰⁵⁷ En relación con la distinción entre el hecho imponible «formal» y el hecho imponible «sustancial» del IVA, véase PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Thomson Reuters-Civitas, 27ª ed., Cizur Menor, 2017, pág. 157.

prestación accesoria sino principal, pues se trata de «productos del tráfico habitual de la consultante, igualmente independientes de los productos adquiridos por sus clientes, en una misma compra». Señala esta consulta que «con independencia de que se facture por precio único o se desglose el importe correspondiente a los distintos elementos, una prestación debe ser considerada accesoria de una principal cuando no constituye para la clientela un fin en sí mismo, sino el medio de disfrutar en las mejores condiciones del servicio principal del prestador». Y, de acuerdo con lo anterior, «la entrega de bolsas de plástico a los clientes (...) que así lo soliciten constituye para el destinatario un fin en sí mismo y, por consiguiente, deberán tributar por el Impuesto sobre el Valor Añadido de forma independiente a la operación de entrega de bienes de consumo».

De lo anterior extraemos como conclusión que si bien es cierto que el IBPUSU y el IVA poseen naturalezas palmariamente distintas -mientras que el primero presenta una patente finalidad extrafiscal y, por ende, se articula, fundamentalmente, en base al principio «quien contamina paga»²⁰⁵⁸, el segundo es simplemente un impuesto de carácter contributivo-, no es menos cierto que tanto el IBPUSU como el IVA recaen sobre el mismo acto u operación, y esto se debe a que ambos comparten la misma *materia imponible*, que es el consumo.

La idea anterior nos lleva a cuestionarnos si sería posible observar alguna tacha de inconstitucionalidad derivada de la vulneración por el IBPUSU de uno de los límites que afectan al poder tributario de las Comunidades Autónomas, a saber, la prohibición de doble imposición contenida en el art. 6.2 LOFCA, por resultar éste equivalente a un impuesto estatal como es el IVA.

²⁰⁵⁸ SOLER ROCH considera que «en un impuesto de ordenación cuya finalidad, en el caso que nos ocupa, es la protección del medio ambiente, en la medida en que dicha protección implica evitar o reducir el riesgo de daño medioambiental o la reparación del daño causado, el criterio lógico y adecuado y por ello mismo, el más justo, es el de contribuir en función del riesgo o daño que determinadas actuaciones de los ciudadanos produzcan sobre el medio ambiente. Éste es, en definitiva, el fundamento que late en la esencia del principio “quien contamina paga”» [SOLER ROCH, M^a. T.: «El principio de capacidad económica y la tributación medioambiental», en AA.VV. (Dir. BECKER, F.; CAZORLA, L.M.; MARTÍNEZ-SIMANCAS, J.): *Tratado de Tributación Medioambiental*, vol. 1, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 87].

Es bien sabido que el art. 6.2 LOFCA establece que «[l]os tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado» y, en relación con esta previsión legal, el Pleno del Tribunal Constitucional ha venido puntualizando desde sus primeros pronunciamientos que «lo que el art. 6.2 prohíbe, en sus propios términos, es la duplicidad de hechos imponibles estrictamente» (STC 37/1987, de 26 marzo, FJ 14), pero «no tiene por objeto impedir a las Comunidades Autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta de que la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría (...) a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos, por el momento, nuevos impuestos autonómicos» (FJ 14).

Por «objetos materiales o fuentes impositivas» debemos entender «materias imponibles», de manera que para poder conocer debidamente la interpretación de este precepto conviene tener clara la distinción entre los conceptos constitucionales de «materia imponible» y «hecho imponible». La «materia imponible» es «toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico». Por su parte, el «hecho imponible» es «un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso “para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria” según reza el artículo 28 de la vigente Ley General Tributaria» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14). Por tanto, la prohibición de doble imposición del art. 6 LOFCA se refiere al presupuesto que constituye el hecho imponible y no a la realidad económica de la que parte y sobre la que se articula el mismo.

En consecuencia, para analizar si un tributo propio autonómico infringe el art. 6.2 LOFCA, el Tribunal Constitucional ha considerado que ha de partirse, necesariamente, del examen de la definición legal de los hechos imponibles de los tributos en comparación para determinar si son coincidentes. Pero, no sólo ha de tomarse en consideración la definición de los respectivos hechos imponibles, sino que también y, fundamentalmente, han de tenerse en cuenta los restantes

elementos del tributo que se encuentran conectados con él a fin de determinar «no sólo la riqueza gravada o materia imponible, que es el punto de partida de toda norma tributaria, sino *la manera en que dicha riqueza o fuente de capacidad económica es sometida a gravamen en la estructura del tributo*»²⁰⁵⁹, a saber: los sujetos pasivos, que constituyen el aspecto subjetivo del tributo; la base imponible, que representa la cuantificación del hecho imponible; la capacidad económica gravada, dado que el hecho imponible tiene que constituir una manifestación de riqueza; los supuestos de no sujeción y exención; así como la posible finalidad extrafiscal de los tributos en liza siempre que dicha finalidad encuentre reflejo en los elementos centrales de la estructura del tributo²⁰⁶⁰.

A continuación, vamos a aplicar el canon de enjuiciamiento que viene empleando el Tribunal Constitucional en su última jurisprudencia a fin de determinar si existe duplicidad de hechos imponibles entre el IBPUSU y el IVA; lo que implica que debemos cotejar los elementos esenciales que conforman sus respectivas estructuras:

- Por lo que respecta a la *capacidad económica gravada*, cabe indicar que los dos tributos que se analizan recaen sobre el consumo: en el caso del IVA, se trata de un consumo general y en el del IBPUSU, éste es específico. Por tanto, ambos gravan, mediante el mecanismo de la repercusión, la capacidad económica puesta de manifiesto por el consumidor, ya que, por un lado, el IVA «no grava la capacidad económica de los empresarios y profesionales que ofrecen bienes y servicios en el mercado, sino la de sus adquirentes finales»²⁰⁶¹ y, por otro lado, la exacción del IBPUSU está respaldada por la capacidad económica que generalmente revela el consumidor cuando adquiere una bolsa de plástico. No obstante, es interesante advertir que el IVA es un impuesto plurifásico que «somete a gravamen, en sus diferentes fases aportadoras de “valor añadido”, todas las entregas de bienes y servicios con la finalidad de recaer sobre la

²⁰⁵⁹ La cursiva es nuestra.

²⁰⁶⁰ Algunos de los pronunciamientos recientes más relevantes en los que se expone y aplica la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular son las SSTC 122/2012, de 5 de junio, FFJJ 4-6; 197/2012, de 6 de noviembre, FFJJ 7 y 8; 210/2012, de 14 de noviembre, FFJJ 5 y 6; 53/2014, de 10 abril, FFJJ 3-6; 74/2016, de 14 de abril, FJ 2; y 94/2017, de 6 de julio, FJ. 4.

²⁰⁶¹ STC 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 5 b).

capacidad económica puesta de manifiesto por el consumidor final»²⁰⁶², a diferencia del IBPUSU, que al igual que los impuestos especiales, tiene carácter monofásico y se aplica en una sola fase de la actividad económica, que en este caso es la fase final o de consumo. Esta diferencia es reveladora de la desigual finalidad que motiva la aplicación de los impuestos controvertidos, pues con el establecimiento del IBPUSU lo que se pretende es incidir directamente en la conducta de quien adquiere el envase en cuestión, que es quien paga el impuesto por ser el “potencial contaminador” (una vez lo usa para el transporte de los productos comprados, genera el residuo nocivo para el medioambiente). Por el contrario, el carácter plurifásico del IVA se debe, entre otras, a una razón de índole recaudatoria como es evitar el aplazamiento de la recaudación hasta el momento en que el impuesto es definitivamente pagado por el consumidor final²⁰⁶³.

- En cuanto al *hecho imponible*, interesa señalar que el del IBPUSU está constituido por «el suministro de bolsas de plástico de un solo uso por un establecimiento comercial» y el del IVA viene definido por «las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional» (art. 4.1 LIVA). En definitiva, ambos gravan, formalmente, «la entrega» o «el suministro» -vienen a ser términos equivalentes- y sustancialmente, a través del mecanismo de la repercusión, el consumo. En efecto, esta coincidencia es constatada en la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 01-02-2011 (V0203-11) que ya conocemos, la cual determinó, por una parte, que el suministro de bolsas de plástico de un solo uso por establecimientos comerciales al mismo tiempo que constituye el hecho imponible del IBPUSU, encaja en el hecho imponible del IVA, constituyendo una operación sujeta a éste último. Y, por otra parte, que el IBPUSU, como veremos posteriormente, forma parte de la base imponible del

²⁰⁶² STC 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 5 b).

²⁰⁶³ CUBERO TRUYO, A.: «El impuesto sobre el valor añadido (I)», en AA.VV. (Dir. PÉREZ ROYO, F.): *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pág. 722.

IVA en virtud del art. 78.Dos.4º LIVA por tratarse de un tributo que recaee «sobre las mismas operaciones gravadas» por el IVA.

A lo anterior hay que añadir que en el caso del IVA, «la entrega» supone la transmisión del poder de disposición sobre todo tipo de bienes corporales (art. 8.1 LIVA), mientras que el IBPUSU, dado su carácter específico, se circunscribe a un bien en concreto, las bolsas de plástico de un solo uso. Es evidente, por tanto, que existe un solapamiento en el ámbito objetivo de ambos tributos, aunque parcial debido a la mayor amplitud del correspondiente al IVA.

- El *elemento subjetivo* es un aspecto destacable en el análisis que nos ocupa por ser común tanto para el IVA como para el IBPUSU. Para ser sujeto pasivo a título de contribuyente en el primero es necesario que las personas físicas o jurídicas que realizan las entregas de bienes tengan la condición de empresarios o profesionales (art. 84.Uno.1º LIVA). Por su parte, son contribuyentes del segundo los titulares de establecimientos que suministran bolsas de plástico de un solo uso. Pues bien, tenemos claro que los titulares de establecimientos comerciales destinados al ejercicio regular de actividades comerciales son también empresarios a efectos del art. 5.1 a) y 2 LIVA, pues son personas o entidades que realizan “actividades empresariales” que implican «la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios»; otorgándole la Ley expresamente tal consideración (de «actividad empresarial») al comercio. Asimismo, como venimos indicando, tanto en la configuración del IVA como del IBPUSU se contempla la obligación de repercusión del importe del tributo a los consumidores, quedando éstos obligados a soportarlo y, a la postre, recayendo sobre ellos finalmente la imposición.
- Los supuestos de *exención* son elementos cruciales a tener en cuenta en este análisis, ya que en ellos es donde mejor se ve reflejada la finalidad extrafiscal del IBPUSU y donde se observan sus principales diferencias con el IVA. En concreto, es en sus dos exenciones de carácter objetivo donde se aprecia especialmente la finalidad medioambiental del impuesto: los números 2 y 3 del apartado cuatro del art. 7 de la Ley 11/2000, de 3 de diciembre, atribuyen este beneficio fiscal a

las bolsas reutilizables y biodegradables por motivos basados claramente en el menor impacto medioambiental de las mismas. En cambio, el IVA, grava por igual todo tipo de bolsa, con independencia de que sus características sean más o menos favorables para el espacio natural.

- Respecto a los *elementos de cuantificación*, las diferencias también son notables. En primer lugar, la *base imponible* del IVA, por regla general, es la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo (art. 78. Uno LIVA). En nuestro caso, sería la contraprestación por la entrega de una o varias bolsas de plástico al consumidor. En cuanto a la base imponible del IBPUSU, ésta resulta del «número total de bolsas de plástico de un solo uso suministradas por los sujetos pasivos durante el periodo impositivo», que es, con carácter general, el año natural. A diferencia de la base imponible del IVA, que depende del precio del producto, ésta no se configura en términos monetarios sino en función de las unidades de producto contaminante, lo que supone un indicador más de la extrafiscalidad del impuesto andaluz. Al mismo tiempo que la base imponible del IBPUSU está vinculada al principio de capacidad económica, se modula en función de la mayor o menor «capacidad de deterioro medioambiental»²⁰⁶⁴ o, si se prefiere, riesgo medioambiental: el consumo de un mayor número de bolsas por un mismo consumidor es indicativo de una mayor capacidad económica pero también de una mayor capacidad para contaminar. En cuanto a la cuota tributaria, en el caso del IVA se aplica a la base imponible un *tipo de gravamen* porcentual fijo, que será general o reducido dependiendo de la operación gravada (arts. 90 y 91 LIVA), mientras que para el cálculo de la cuota tributaria del IBPUSU el tipo impositivo es específico y está fijado actualmente en 5 céntimos.
- Por último, la *finalidad extrafiscal* del IBPUSU es determinante en esta comparación. Mientras que el IVA posee una indiscutible finalidad recaudatoria, el IBPUSU -creemos haberlo demostrado- posee una clara finalidad extrafiscal que no puede ser considerada una mera «declaración de intenciones» sino que impregna toda la estructura del tributo en cuestión, quedando ésta última orientada a la consecución de la finalidad para la que se crea esta figura

²⁰⁶⁴ STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 6.

tributaria, la defensa del medioambiente. La extrafiscalidad del IBPUSU se plasma en el hecho imponible del mismo y en elementos que no son meramente «conyunturales o accesorios» sino que revisten gran importancia dentro de su configuración legal, como son los elementos de cuantificación²⁰⁶⁵.

Culminado este “test de constitucionalidad” extraemos la siguiente conclusión: ciertamente, existen elementos en la estructura de ambos tributos que son coincidentes, pues la definición legal de sendos hechos imponibles guarda gran relación, los obligados tributarios son convergentes y es innegable que existe una *superposición parcial* entre los ámbitos de aplicación de las figuras impositivas examinadas (siempre que se graven consumos específicos va a producirse cierto solapamiento con el ámbito objetivo del IVA, que será más extenso dado su carácter general). No obstante, presentan diferencias en otros elementos centrales de su estructura que han sido determinantes para que el Tribunal Constitucional se decantase en otros de sus pronunciamientos por desestimar la duplicidad de hechos imponibles que prohíbe el art. 6 LOFCA, como son, en particular, los criterios de cuantificación de la deuda tributaria²⁰⁶⁶.

En definitiva, nos encontramos ante dos tributos, estatal y autonómico, que comparten la misma materia imponible, pero que *difieren considerablemente en la manera de gravarla*, debido, precisamente, a la finalidad extrafiscal imperante en uno de los tributos controvertidos e inexistente en el otro, dando lugar a hechos imponibles distintos. Por consiguiente, creemos poder descartar la

²⁰⁶⁵ Los términos entrecomillados se emplean en la STC 122/2012, de 5 de junio, cuyo Fundamento Jurídico cuarto señala que «ni la mera declaración de intenciones sobre la finalidad de un tributo es suficiente para salvar el obstáculo del art. 6.3 LOFCA, ni tampoco basta, a los efectos de distinguir sus hechos imponibles, con incorporar a un impuesto primordialmente fiscal una finalidad extrafiscal adicional. La finalidad extrafiscal tendrá que aparecer reflejada en la estructura del impuesto y plasmarse en su hecho imponible, y no será suficiente para considerar que un tributo es primordialmente extrafiscal, y diferenciarlo de otro básicamente fiscal, con introducir en sus elementos coyunturales o accesorios, como son, por ejemplo, los beneficios fiscales, ciertas finalidades de estímulo o incentivo a determinadas conductas [STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6 B)]»

²⁰⁶⁶ Muestran la importancia otorgada a los elementos de cuantificación a la hora de examinar la equivalencia de tributos prohibida por el art. 6 LOFCA, entre otras muchas, las SSTC 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 6; 96/2013, de 23 de abril, FJ 12; 30/2015, de 19 de febrero, FJ 4; 74/2016, de abril, FJ 4.

equivalencia entre este tributo autonómico y el IVA y, a la postre, la infracción del art. 6.2 LOFCA.

A mayor abundamiento, nuestra convicción sobre la falta de identidad entre estos dos impuestos se reafirma -incluso de manera más sencilla- si nos apoyamos en el concepto de «impuesto sobre el volumen de negocios» empleado reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de pronunciarse sobre la infracción de la prohibición de los Estados miembros de mantener o establecer impuestos, derechos o gravámenes de este tipo distintos del IVA (art. 401 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido)²⁰⁶⁷. Efectivamente, el IBPUSU no constituye un «impuesto sobre el volumen de negocios» porque no concurren en él ninguna de las cuatro características esenciales del IVA que debería reunir necesariamente para ser considerado como tal: 1ª) no se aplica con carácter general a las transacciones que tienen por objeto bienes y servicios, pues sólo grava una concreta transacción, esto es, la entrega de un bien determinado, como son las bolsas de plástico de un solo uso; 2ª) la determinación de su cuota no se encuentra en proporción al precio percibido por el sujeto pasivo como contraprestación de los bienes entregados o de los servicios prestados; 3ª) el IBPUSU no se percibe en cada fase del proceso de producción y de distribución, se trata de un impuesto monofásico que se localiza exclusivamente en la venta al por menor; y, en fin, 4ª) aunque la carga final tanto del IVA como el IBPUSU recae, en última instancia, sobre el consumidor final, el IBPUSU no es un impuesto que posea carácter deducible; por el contrario, en la regulación legal del IVA está previsto que el sujeto pasivo deduzca de las cuotas tributarias devengadas los importes abonados en etapas anteriores del proceso de producción y distribución²⁰⁶⁸.

²⁰⁶⁷ Por todas, SSTJUE, de 17 de septiembre de 1997, *Solisnor-Estaleiros Navais*, Asunto C-130/96, apartado 14; de 29 de abril de 2004, *GIL Insurance y otros*, Asunto C-308/01, apartado 33; de 17 de julio de 2008, *Krawczyński*, Asunto C-426/07, apartado 21; de 15 de enero de 2009, *K-1*, Asunto C-502/07, apartado 17; y de 29 de julio de 2010, *Profaktor Kulesza, Frankowski, Józwiak, Orłowski*, Asunto C-188/09, apartado 47.

²⁰⁶⁸ A esta misma conclusión en relación con la inexistencia de duplicidad entre el IVA y el IBPUSU a la luz del Derecho de la Unión Europea llegó también RAMOS PRIETO, J.: «El Impuesto sobre las Bolsas de Plástico de un Solo Uso (IBPSU) de Andalucía», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 327, 2012, pág. 125.

3.2 La aplicación conjunta de la nueva normativa sobre bolsas de plástico con los gravámenes que recaen sobre el consumo de bolsas de plástico

Por los motivos hasta ahora expuestos, a nuestro juicio, no existe óbice para que el IVA y el IBPUSU coexistan pacíficamente en nuestro sistema tributario. En Andalucía conviven, además, desde el pasado 1 de julio, el IVA y el citado tributo propio autonómico, con la prohibición de entrega gratuita de bolsas de plástico en los puntos de venta de bienes o productos.

Sobre el tratamiento simultáneo del IVA y del IBPUSU en una misma operación, la Dirección General de Tributos tuvo ocasión de pronunciarse en respuesta a la consulta vinculante de 01-02-2011 (V0203-11) en el sentido de que, dado que la entrega de bolsas de plástico de un solo uso no sólo queda sujeta al IBPUSU, sino también al IVA, es de aplicación el art. 78.2.4º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA), y, por tanto, la base imponible del IVA, «al incluir todos los tributos y gravámenes de cualquier clase que recaigan sobre las mismas operaciones gravadas, deberá incluir el Impuesto sobre las Bolsas de Plástico de Un Solo Uso».

Como resultado, los importes que finalmente tendrán que abonar los consumidores andaluces por las bolsas *sujetas y no exentas* de IBPUSU (cualquier bolsa que no cumpla con la función de envase alimentario, ni sea biodegradable, ni reutilizable, ni haya sido suministrada en establecimientos comerciales cuyos titulares estén dados de alta en los epígrafes de los grupos 641, 642, 643 y 644 del Impuesto sobre Actividades Económicas²⁰⁶⁹), en caso de que los comerciantes

²⁰⁶⁹ El apartado 1 del art. 7.Cuatro de la Ley reguladora del IBPUSU exime del impuesto las bolsas de plástico suministradas por establecimientos comerciales dedicados a la venta minorista cuyos titulares estén dados de alta exclusivamente en alguno de los siguientes epígrafes del Impuesto sobre Actividades Económicas (en adelante, IAE):

- Grupo 641. Comercio al por menor de frutas, verduras, hortalizas y tubérculos.
- Grupo 642. Comercio al por menor de carnes y despojos; de productos y derivados cárnicos elaborados; de huevos, aves, conejos de granja, caza y de productos derivados de los mismos.
- Grupo 643. Comercio al por menor de pescados y otros productos de la pesca y de la acuicultura y de caracoles.
- Grupo 644. Comercio al por menor de pan, pastelería, confitería y similares y de leche y productos lácteos.

hagan suyos los precios orientativos (IVA incluido) que ofrece la norma reglamentaria, serán los siguientes:

- Bolsas de espesor inferior a 15 micras que no sean necesarias por motivos de higiene ni se suministren como envase primario de alimentos a granel: 11 céntimos, como resultado del siguiente cálculo: 0,09 € [1 bolsa x 0,09 € (importe resultante de sumar los 0,04 € que constituyen el importe, sin incluir el IVA, del llamado «precio orientativo» para una bolsa de este tipo y los 0,05 € de la cuota tributaria del IBPUSU] + 0,02 € [cuota de IVA resultante de aplicar el tipo impositivo general del 21% a esos 0,09 € (como sabemos, la base imponible del IVA está compuesta por la contraprestación de la bolsa y el importe del IBPUSU)].
- Bolsas de espesor igual o superior a las 15 micras: 21 céntimos por bolsa, producto de efectuar el cálculo anterior, pero tomando en consideración el precio orientativo para las bolsas de este espesor, que no es de 5 céntimos de euros, sino de 15 céntimos.
- Bolsas de espesor igual o superior a las 50 micras, en caso de que presenten un contenido de plástico reciclado comprendido entre el 50% y el 70%: 16 céntimos por bolsa, como consecuencia de introducir en el cálculo un precio orientativo de 10 céntimos de euro.

En cambio, en el resto de Comunidades Autónomas en las que no existe esta figura impositiva propia sobre las bolsas de plástico desechables, en estas mismas circunstancias los consumidores abonarían por este tipo de bolsas sujetas y no exentas del citado impuesto, meramente, el precio orientativo de la bolsas (junto con el IVA), lo que equivale a un ahorro de 6 céntimos²⁰⁷⁰ por cada bolsa en cualquiera de los tres casos que acabamos de indicar.

Pero la casuística no acaba aquí. También es necesario reparar en el supuesto de que la bolsa de plástico quede *sujeta y exenta* del pago del IBPUSU

²⁰⁷⁰ Este importe equivale a la cuota a pagar por el IBPUSU [1 bolsa de un solo uso (la base imponible es el número de unidades suministradas) x 0,05 (tipo impositivo en el 2018)] a los que hay que adicionar 0,01 euros derivados de aplicar el tipo general del IVA (21%) al importe del IBPUSU (0,05).

en virtud del art. 7.4 de la Ley 11/2010. Este es el caso de las bolsas de plástico suministradas en establecimientos comerciales dedicados a la venta minorista cuyos titulares estén dados de alta en los epígrafes a los que nos hemos referido anteriormente, las bolsas de plástico biodegradables y las reutilizables. Pese a que estas bolsas se encuentran exentas del IBPUSU, el Real Decreto no las exceptúa de cobro por lo que en estos casos el consumidor deberá pagar el precio de la bolsa, junto con el IVA correspondiente.

Por último, debemos tener en cuenta que el supuesto de no sujeción al IBPUSU que constituyen «las denominadas bolsas de sección que tengan la finalidad de envase alimentario, o que sirvan para delimitar la unidad de venta en su paso por caja» (el art. 2.3 de la Orden de 14 de abril de 2011) se aproxima considerablemente a lo que la Directiva (UE) 2015/720 ha calificado como «bolsas muy ligeras»²⁰⁷¹ y que la nueva norma reglamentaria ha permitido, expresamente, que se sigan suministrando gratuitamente. En consecuencia, estas bolsas de sección podrían seguir entregándose de forma gratuita siempre que (1) su espesor sea inferior a las 15 micras, (2) sigan siendo usadas por razones de higiene o como envase alimentario primario, pues, de lo contrario, pese a no realizarse el hecho imponible del IBPUSU y quedar fuera del ámbito de aplicación del mismo, deberían ser cobradas en aplicación del nuevo reglamento.

4. CONSIDERACIONES FINALES

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto objeto de este trabajo, ha comenzado a ser obligatorio exigir en toda España el cobro de un precio por bolsa de plástico suministrada al consumidor, por lo que, en Andalucía, en principio, esta medida estatal habrá de coexistir con dos gravámenes que, aunque pertenecientes a niveles territoriales distintos, recaen sobre el mismo objeto (las bolsas de plástico), esto es, el Impuesto andaluz sobre Bolsas de Plástico de un Solo Uso y el IVA. Esta superposición de medidas, en principio, no plantearía

²⁰⁷¹ Como es sabido, son aquellas que la Directiva (UE) 2015/720 ha definido como «bolsas de plástico con un espesor inferior a 15 micras, que son necesarias por razones de higiene, o que se suministran como envase primario para alimentos a granel, como fruta, legumbres, carne, pescado, entre otros, cuando su uso contribuye a prevenir el desperdicio de estos alimentos».

problemas a la luz del art. 6.2 LOFCA, ya que dicho precepto lo que trata de evitar es la coincidencia de tributos estatales y autonómicos, y, por tanto, la prohibición en él contenida tan sólo opera cuando se trata, precisamente, de eso, de *tributos*; y es evidente que la medida que contempla el reglamento para la reducción de bolsas de plástico no posee tal naturaleza. En consecuencia, dado que no existe impedimento alguno para la aplicación simultánea del precio obligatorio y las mencionadas prestaciones tributarias, ni tampoco es posible atisbar equivalencia alguna entre éstas últimas, no resulta descabellado pensar que, de operar conjuntamente, podrían generar cierta «sobreimposición» o sobrecarga económica sobre las bolsas de plástico.

Asimismo, la existencia de dos medidas específicas, como son el precio obligatorio y el impuesto autonómico, que persiguen la misma finalidad y generan el mismo efecto -tratan de disminuir la contaminación de estos envases, elevando el precio al que consumidor adquiere los mismos- pero que poseen distinta naturaleza y presentan regulaciones dispares, sin lugar a dudas, dificultan notablemente la tarea de los comerciantes, que son quienes se encargan de cobrar las bolsas de plástico -y, en su caso, de repercutir el impuesto autonómico- en cumplimiento de la nueva normativa. A fin de aliviar esta situación, consideramos necesaria una reforma de la regulación actual del IBPUSU para adaptarla a las exigencias europeas sobre bolsas de plástico, lo que, por otro lado, evidenciaría, aún más, la palmaria identidad de ambos instrumentos económicos.

Sin perjuicio de la complejidad que entraña en el plano teórico esta superposición de medidas, la realidad es que, en la práctica, no se va a dar con tanta frecuencia como podría pensarse. En efecto, la aprobación de este Real Decreto no va a suponer un cambio notable con respecto a la situación anterior, pues pese a que este impuesto se ha mantenido vigente desde 2011, la mayoría de los grandes establecimientos comerciales y cadenas de supermercados han eludido la repercusión de este impuesto a sus clientes por la vía de la exención relativa a las bolsas de plástico reutilizables (bolsas de plástico que por cumplir con la norma UNE 53942, se consideran como tal), cobrándolas, simplemente, a

un precio que rondaba los 5 céntimos (IVA incluido), tal y como exige actualmente el Decreto Ley.

Posiblemente suponga una mayor novedad el hecho de que buena parte del pequeño comercio y otros sectores comerciales distintos de los supermercados, que rara vez cobraban sus bolsas y repercutían el impuesto, se vean forzados a hacerlo (y a lidiar con su engorrosa gestión). Es más, en Andalucía a partir de ahora podría comprobarse con más facilidad si el IBPUSU se está aplicando correctamente, debido a que sería factible el cruce entre la información suministrada por los fabricantes relativa al número de bolsas que han puesto en el mercado en un año (en cumplimiento del art. 9 del Real Decreto) y la que los contribuyentes del IBPUSU han de ofrecer anualmente (al presentar el modelo 752) en relación con la cantidad anual de bolsas que han entregado al consumidor.

5. BIBLIOGRAFÍA

ADAME MARTÍNEZ, F.: «Política fiscal y lucha contra la crisis económica: análisis de las medidas fiscales adoptadas por el estado y las comunidades autónomas y perspectivas de futuro», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2012.

ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: «El impuesto catalán sobre las bolsas de plástico: ¿un tributo nonato?», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 308, 2010.

BARDE, J.P.: «Economic Instruments in environmental policy: lessons from the OECD experience and their relevance to developing economies», *Working Paper No. 92*, OCDE Development Centre, 1994.

BOKOBO MOICHE, S.: *Gravámenes e incentivos fiscales ambientales*, Civitas, Madrid, 2000.

BUÑEL GONZÁLEZ, M.: «La fiscalidad como instrumento económico de la política medioambiental», en AA.VV. (Dir. BECKER, F.; CAZORLA, L.M.; MARTÍNEZ-SIMANCAS, J.): *Tratado de Tributación Medioambiental*, vol. 2, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

CUBERO TRUYO, A.: «El impuesto sobre el valor añadido (I)», en AA.VV. (Dir. PÉREZ ROYO, F.): *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

GARCÍA-TORRES, M.J.: *Análisis de la protección tributaria del medio ambiente: especial referencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

HERRERA MOLINA, P.M.: «El principio “quien contamina paga”», en AA.VV. (Dir. BECKER, F.; CAZORLA, L.M.; MARTÍNEZ-SIMANCAS, J.): *Tratado de Tributación Medioambiental*, vol. 1, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

JIMÉNEZ VARGAS, P.J.: *Los tributos y la Protección del Medio Ambiente*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cuadernos Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria, Cizur Menor, 2017.

MANZANO SILVA, E.: «La tributación de las bolsas de un solo uso en el marco de la reforma de la Ley de Haciendas», en AA.VV. (Dir. SERRANO ANTÓN, F.): *Tributación Ambiental y Haciendas Locales*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011.

PEÑA ALONSO, J.L.: «La finalidad extrafiscal y la estructura de los tributos medioambientales», en AA.VV. (Dir. BECKER, F.; CAZORLA, L.M.; MARTÍNEZ-SIMANCAS, J.): *Tratado de Tributación Medioambiental*, vol. 1, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Thomson Reuters-Civitas, 27ª ed., Cizur Menor, 2017.

RAMOS PRIETO, J.: «El Impuesto sobre las Bolsas de Plástico de un Solo Uso (IBPSU) de Andalucía», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 327, 2012.

ROMERO ALBOLAFIO, J.J.: «Últimos avances de la UE contra las bolsas de plástico desde una perspectiva tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2016.

SOLER BELDA, R.R.: «Un nuevo impuesto ecológico: el impuesto autonómico sobre las bolsas de plástico», *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2012.

SOLER ROCH, M^a. T.: «El principio de capacidad económica y la tributación medioambiental», en AA.VV. (Dir. BECKER, F.; CAZORLA, L.M.; MARTÍNEZ-SIMANCAS, J.): *Tratado de Tributación Medioambiental*, vol. 1, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

UNEP. *Selection, Design and Implementation of Economic Instruments in the Solid Waste Management Sector in Kenia. The case of plastic bags*, 2005, pág. 5.

La cooperación entre Administraciones aduaneras europeas

David García Guerrero

Contratado FPU de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Jaén

I.- Introducción.

Dentro de los posibles campos de actuación del Derecho de la Unión Europea de ámbito tributario, la armonización fiscal ha sido la gran protagonista, ya sea por el legislador comunitario o por la especial atención que le ha dedicado la doctrina, la cual tiene por objeto tratar de unificar ciertos ámbitos y aspectos de los Ordenamientos jurídico-tributarios de los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Frente a ésta, los recursos propios, entre los que se encuentran los impuestos aduaneros, han ido perdiendo protagonismo en la doctrina²⁰⁷². Además de los campos anteriores, ha ido cobrando especial protagonismo la cooperación entre Estados²⁰⁷³, cuestión fundamental que deriva del deber de colaboración entre éstos²⁰⁷⁴. Se intentará ofrecer una visión de la cooperación desde el campo de las aduanas, por lo que se estaría en presencia de un caso evidente de interrelación entre los campos de la cooperación entre Administraciones de los Estados miembros²⁰⁷⁵ y de los derechos aduaneros como recurso propio comunitario.

La Unión Europea, territorio donde existe una unión aduanera entre sus Estados miembros, desarrolla una política de cooperación entre las

²⁰⁷² LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., “Lagunas en el Derecho Tributario de la Unión Europea”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, págs. 375-377.

²⁰⁷³ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., “Recorrido transnacional de la soberanía tributaria”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018, pág. 309.

²⁰⁷⁴ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., “Alcance del deber general de colaboración entre Estados en la lucha contra el fraude fiscal”, en *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, núm. 173, 2017, pág. 165.

²⁰⁷⁵ Cfr. LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., “Globalización en el deber de cooperación entre Administraciones tributarias ante la perspectiva de los paraísos fiscales”, en *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2017, pág. 75.

Administraciones aduaneras de éstos tanto dentro como fuera de su territorio. Se trata del desarrollo de una de las cuatro grandes libertades comunitarias, esto es, la libre circulación de mercancías, *ex arts. 26 y 28 a 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, con el objeto de alcanzar un mercado único. Dada la importancia de las aduanas para los Estados miembros, es imprescindible una adecuada, correcta y eficiente política entre las distintas Administraciones aduaneras de los Estados europeos. Ahora bien, también desempeñan un rol fundamental desde el punto de vista del presupuesto de la Unión Europea, ya que constituye un recurso propio de esta última, pues, aunque los Estados miembros detraigan un porcentaje del total recaudado por los derechos de aduanas en concepto de costes de recaudación, el resto constituye íntegramente ingresos de la Unión Europea, llegando a representar más de un 10% del total del presupuesto comunitario. Piénsese, por tanto, tal y como se adelantaba al inicio, que es un proceso distinto al de la armonización a nivel comunitario, ya que esta última se realiza sobre impuestos cuya titularidad ostentan los Estados miembros.

La cooperación entre Administraciones aduaneras se cristaliza en diversas ramas: operaciones contra el fraude, el contrabando, el terrorismo y los grupos de delincuencia organizada, donde juegan un papel fundamental los análisis e investigaciones realizados por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, contando algunas veces con el apoyo de la Organización Mundial de Aduanas, la Europol y la Interpol; en la obtención de datos muy relevantes desde el punto de vista estadístico en relación con el comercio, también para detectar supuestos de competencia desleal; o con la firma de acuerdos con países terceros con el fin de simplificar y reducir el mayor número de costes posibles en relación con el comercio internacional, facilitando así la actividad empresarial.

Partiendo de la idea de que cada Estado es soberano, se necesitan instrumentos jurídicos de carácter internacional en virtud de los cuales se posibilite y facilite la cooperación entre las Administraciones aduaneras de los

distintos países²⁰⁷⁶. A nivel comunitario merecen ser destacados el Convenio Nápoles II, celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras, hecho en Bruselas el 18 de diciembre de 1997²⁰⁷⁷, y el Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria²⁰⁷⁸.

II.- Convenio Nápoles II y Reglamento 515/97: una aproximación inicial necesaria.

En primer lugar, el tema aduanero es fundamental para la Unión Europea no sólo por representar una de las cuatro grandes libertades comunitarias y ser un pilar fundamental de la misma, sino también porque es un recurso propio a través del cual se financia²⁰⁷⁹. Los derechos de aduanas ostentan la categoría de tributos en cuanto recursos propios comunitarios²⁰⁸⁰. La fijación de un arancel externo común encuentra su origen en la unión aduanera y, por tanto, en la necesidad de adoptar una política común en todos los Estados miembros al respecto²⁰⁸¹. Además, la importancia de la cooperación aduanera en el marco europeo también se debe a que se protege a los ciudadanos y a la economía de la Unión Europea, de ahí que la Comisión haya propuesto la consideración de nuevas técnicas de investigación²⁰⁸².

²⁰⁷⁶ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 10.

²⁰⁷⁷ En adelante, Convenio Nápoles II.

²⁰⁷⁸ En adelante, Reglamento 515/97.

²⁰⁷⁹ Decisión 2014/335/UE, Euratom del Consejo, de 26 de mayo de 2014, sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea.

²⁰⁸⁰ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., "La discutible autonomía financiera de la Unión Europea y su contemplación desde la perspectiva tributaria", en *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 19, 2010, pág. 7.

²⁰⁸¹ BLÁZQUEZ NAVARRO, I., "La distribución de competencias económicas en la UE. Aplicabilidad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad", en *ICE. Revista de Economía*, núm. 820, 2005, pág. 43.

²⁰⁸² FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "Estrategias y prioridades de la polivalente gestión de la Unión Aduanera ante su cincuenta aniversario", en *La Ley Unión Europea*, núm. 44, 2017, págs. 7 y 8.

Un aspecto que es conveniente resaltar es la motivación en virtud de la cual se decide desarrollar estos dos instrumentos jurídicos de tamaño importancia en la cooperación y asistencia mutua aduaneras²⁰⁸³. Para ello, se procederá a analizar sucintamente los considerandos del Convenio y del Reglamento.

Comenzando por el Convenio Nápoles II, se menciona al hasta entonces vigente Convenio de Nápoles de 1967, el cual organizó eficazmente tanto una cooperación en la recaudación de los derechos de aduanas y otros tributos relacionados con la importación y la exportación, como un sistema de prevención, investigación y represión de la normativa aduanera²⁰⁸⁴. Ahora bien, se retiene importante la regulación de métodos específicos de cooperación al efecto en pro de los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad y el reforzamiento de la cooperación y asistencia mutua al efecto²⁰⁸⁵. Por todo ello, se estima necesario el Convenio Nápoles II²⁰⁸⁶.

Por su parte, el Reglamento 515/97 surge porque se estima necesario sustituir el Reglamento (CEE) n° 1468/81 del Consejo, de 19 de mayo de 1981, relativo a la asistencia mutua entre autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria. La razón principal es que como se retiene imprescindible la lucha contra el fraude en el contexto de la unión aduanera y de la política agrícola y, para ello, se estima necesaria la colaboración entre autoridades aduaneras de los Estados miembros, se había de establecer una nueva normativa a escala de la Unión Europea.

²⁰⁸³ Se hace referencia a los recientemente mencionados Convenio Nápoles II y el Reglamento 515/97.

²⁰⁸⁴ Informe explicativo sobre el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras. Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998, pág. 1.

²⁰⁸⁵ Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras, pág. 2.

²⁰⁸⁶ Cfr. informe explicativo sobre el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras, principalmente en sus págs. 1-4, puesto que clarifica bastante la cuestión que se estudia.

Además de cooperación, también se considera importante el intercambio de información²⁰⁸⁷.

Pues bien, la cuestión que es natural que nazca inmediatamente después de los conceptos anteriores es la diferencia desde el punto de vista del ámbito de aplicación entre el Convenio Nápoles II y el Reglamento 515/97, el cual resulta esencial en la delimitación del campo de actuación de ambos instrumentos jurídicos. Pues bien, hemos de acudir al artículo 1 de sendos textos jurídicos.

En lo relativo al Convenio Nápoles II, es menester destacar dos aspectos: el primero es que trata no sólo la cooperación entre Administraciones aduaneras, sino que también habla de asistencia mutua; por su parte, el segundo aspecto es que los Estados firmantes se comprometen a llevar a cabo ambas acciones entre ellos con dos finalidades muy concretas, esto es, de una parte “prevenir e investigar las infracciones de las normativas aduaneras nacionales” y, de otra, “perseguir y reprimir las infracciones de las normativas aduaneras comunitarias y nacionales”.

Centrándonos en el segundo aspecto que se acaba de comentar, éste viene a mostrar que se ha intentado que los Estados firmantes abarquen la máxima asistencia y cooperación en materia aduanera a nivel nacional, pues se habla de prevención, castigo, persecución y represión de conductas que atenten contra la normativa aduanera nacional. Ahora bien, en lo que respecta a normativa comunitaria aduanera las partes se comprometen a asistirse y cooperar con dos finalidades, en vez de con las cuatro que se acaban de mostrar en el plano nacional; así, en particular, sólo cubriría la persecución y la represión. Ello conlleva que se deje al ámbito legislativo comunitario tanto la prevención como la investigación²⁰⁸⁸, siendo contemplados en concreto en el Reglamento

²⁰⁸⁷ Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria, págs. 1 y 2.

²⁰⁸⁸ ABAD CARRASCO, M. V., “La asistencia mutua y el intercambio de información entre Administraciones aduaneras”, en *VI Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional*, 2006, págs. 9 y 10.

515/97²⁰⁸⁹. Aparecen definidos inmediatamente después en el convenio los conceptos de “normativa aduanera nacional” y de “normativa aduanera comunitaria”²⁰⁹⁰.

En cuanto al Reglamento 515/97, en primer lugar, versa sobre asistencia mutua y, además, de colaboración. En segundo lugar, se habla de “reglamentaciones en el marco de un sistema comunitario”, esto es, del conjunto de normas que afecten a la normativa de la Unión Europea²⁰⁹¹.

De esta forma, si se infringe la normativa nacional aduanera, se deberá acudir siempre al marco del Convenio Nápoles II. Ahora bien, si se habla de una violación de normativa que afecte al Derecho de la Unión Europea, se deberá estudiar si se está ante una investigación de tipo administrativo, aplicándose entonces el Reglamento 515/97, o si se trata de una represión o persecución de infracciones aduaneras, aplicándose en tal caso el Convenio Nápoles II²⁰⁹².

Es más, se puede acudir al Informe Explicativo sobre el Convenio publicado donde clarifica la cuestión afirmando que si bien el Reglamento 515/97 se encarga de fijar un conjunto de pautas en el marco de cooperación y asistencia entre países miembros de la UE para la detección e investigación de violaciones de la legislación aduanera de la Unión Europea, el Convenio Nápoles II establece

²⁰⁸⁹ Informe explicativo sobre el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras, ob. cit., pág. 4.

²⁰⁹⁰ Apartados 1 y 2 del art. 4 del Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras.

²⁰⁹¹ Las definiciones de “reglamentación aduanera” y de “reglamentación agraria” vienen recogidas en el apartado 1 del art. 2 del Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria, siendo modificada la primera posteriormente a través del Reglamento (UE) 2015/1525 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria.

²⁰⁹² ABAD CARRASCO, M. V., “La asistencia mutua y el intercambio de información entre Administraciones aduaneras”, ob. cit., pág. 13.

las formas pertinentes de cooperación y asistencia para el castigo de las mismas²⁰⁹³.

III.- Procedimiento de cooperación y asistencia mutua en el Convenio y el Reglamento.

El análisis se llevará a cabo estudiando primeramente el procedimiento establecido en el Convenio Nápoles II y, posteriormente, el recogido en el Reglamento 515/97.

El procedimiento de cooperación y asistencia mutua del Convenio Nápoles II se puede resumir sucintamente de la siguiente manera: en primer lugar, por lo que respecta a la asistencia mutua, las autoridades de las Administraciones aduaneras han de presentar una solicitud, que puede ser bien previa solicitud o bien espontánea.

Comenzando por el primer tipo, esto es, previa solicitud, siguiendo los principios y requisitos de los arts. 8 y 9, se ha de señalar que si bien es cierto que se exige que se presente “siempre” por escrito, se permite su modalidad oral en casos de urgencia, aunque se deberán reflejar por escrito lo antes posible.

Atendiendo al ya mencionado art. 9, la solicitud deberá contener la identidad de la autoridad requirente, qué medida se requiere, objeto y motivo, datos de las personas físicas o jurídicas objeto de investigación y, normalmente, resumen de los hechos. En cuanto al tipo de asistencia previa solicitud, ésta puede ser de información -*ex art. 10-*, de vigilancia -*ex art. 11*, de investigación -*ex art. 12-* y de notificación -*ex art. 13-*.

La asistencia espontánea es el segundo tipo, en la cual no se requiere una solicitud previa, en clara diferenciación con la anterior. Como tipos, se prevén

²⁰⁹³ Informe explicativo sobre el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras, ob. cit., pág. 2. Véase que incluso en el Anexo I de este informe es un cuadro en el que figuran los artículos del Convenio Nápoles II, del Convenio de Nápoles de 1967, esto es, el precedente al Convenio Nápoles II, y del Reglamento 515/97, que abarcan cuestiones similares relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras con el objeto de realizar una comparativa que se considera interesante de resaltar.

tanto la vigilancia *-ex art. 16-* como la comunicación espontánea de información *-ex art. 17-*.

En segundo lugar, por lo que respecta a la cooperación, las Administraciones aduaneras tienen la obligación de prestarse recíprocamente la ayuda necesaria en personal y organización, según se desprende del art. 19. En cuanto a la forma, la solicitud de cooperación se hará normalmente siguiendo la estructura y contenido de la solicitud de asistencia mutua prevista en el art. 9.

Esta cooperación se cristaliza en los siguientes asuntos transfronterizos: persecución con cruce de fronteras *-ex art. 20-*, vigilancia transfronteriza *-ex art. 21-*, entregas vigiladas *-ex art. 22-*, investigaciones encubiertas *-ex art. 23-* y equipos comunes de investigación especial *-ex art. 24-*.

Ahora bien, la cooperación transfronteriza se podrá realizar con fines de prevención, investigación y persecución de infracciones en los casos tasados del art. 19.2, tales como el tráfico ilícito de drogas, armas, explosivos o materiales nucleares, a título de ejemplo.

De esta forma, se puede afirmar que la diferencia entre asistencia mutua y cooperación dentro de contexto del Convenio Nápoles II responde al tipo de actuación que se espera de las autoridades de las Administraciones aduaneras. Así, si se requiere información, se habrá de acudir a la asistencia mutua, mientras que si se requiere una entrega vigilada, estaremos ante una modalidad de cooperación.

La regulación de la asistencia mutua del Reglamento 515/97 es mucho más extensa que la del Convenio Nápoles II. Sin embargo, el modo de proceder será el mismo, esto es, un análisis sucinto con el ánimo de clarificar la cuestión.

La asistencia mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea puede ser, al igual que en el Convenio Nápoles II, previa petición *-Título I-* o espontánea *-Título II-*. Por una parte, la asistencia previa petición se solicitará para garantizar el cumplimiento de la normativa aduanera y agraria, según lo dispuesto en el art. 4. Esta asistencia previa petición puede ser de información *-ex arts. 5 y 8-*, de notificación *-ex art. 6-*, de vigilancia *-ex art. 7-* y de investigación

-ex art. 9-. Por otra parte, la asistencia espontánea, segunda modalidad de asistencia mutua, la cual no requiere solicitud previa de la autoridad de la Administración aduanera requirente, se centra principalmente en dos acciones, como son el intercambio de información y la vigilancia, atendiendo a los arts. 14 y 15²⁰⁹⁴.

Ahora bien, no solamente va a existir una relación entre las autoridades de las Administraciones aduaneras de los distintos Estados miembros de la Unión Europea, sino también se regulan las relaciones que han de existir con la Comisión, las cuales se subsumirían en la lógica de colaboración, atendiendo al Título III. Dado que no se trata *strictu sensu* de cooperación entre Administraciones aduaneras europeas, esto es, el título de la presente comunicación, simplemente nos limitaremos a señalar que se trata de una relación de colaboración recíproca. De igual modo, también se trata la relación con terceros países, en este caso en el Título IV, pero, siguiendo la misma argumentación, se procede únicamente a citarlo, también por motivos de análisis sistemático.

Uno de los elementos fundamentales del Reglamento 515/97 es la creación del Sistema de Información Aduanero en su Título V²⁰⁹⁵, el cual contribuye más que positivamente a la cooperación y asistencia mutua entre las Administraciones aduaneras de los Estados miembros “facilitando la información con mayor rapidez y aumentando así la eficacia de los procedimientos de cooperación y de control de las autoridades competentes”, con el objeto de cumplir con las finalidades de prevención, investigación y persecución de las operaciones que atenten contra las disposiciones aduaneras y agrarias²⁰⁹⁶.

²⁰⁹⁴ Como puede apreciarse, las dos tipologías de asistencia mutua que aparecen recogidas en el Reglamento 515/97 coinciden con las dos del Convenio Nápoles II. Cfr. arts. 10-13, 16 y 17 del Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras, ya mencionados *supra*.

²⁰⁹⁵ En adelante, SIA.

²⁰⁹⁶ Art. 23.2 del Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria.

Por lo que respecta su funcionamiento, estamos ante un banco central de datos organizados en las distintas categorías recogidas en el art. 24, a saber: a) mercancías; b) medios de transporte; c) empresas; d) personas; e) tendencias del fraude; f) competencias disponibles; g) retenciones, embargos o confiscaciones de mercancías; y h) retenciones, embargos o confiscaciones de dinero efectivo.

El Reglamento se muestra cuidadoso a la hora de tratar los que denomina “datos personales”, los cuales se incluirán, según el art. 27.2, en el caso de que la persona afectada ha cometido, está cometiendo o pretende cometer una ilegalidad en el marco de la legislación aduanera o agraria “que revistan una importancia particular a nivel comunitario”. Éstos se podrán utilizar exclusivamente para uno de los siguientes fines, recogidos en el art. 27.1: a) observación e informe; b) vigilancia discreta; c) controles específicos; y d) análisis operativos. Si bien es cierto que existe un elenco de tipos de datos personales, se excluyen directamente *ex art. 25.5*: origen racial o técnico, orientación política o sindical, convicciones religiosas o filosóficas, ni datos concernientes a la salud o a la vida sexual.

Al conjunto de datos incluidos en el SIA sólo puede acceder un número determinado de autoridades. El art. 29 establece que será cada Estado miembro y la Comisión los que deberán designar quiénes son estas autoridades. Para ello, por una parte, cada Estado miembro deberá enviar a la Comisión una lista con el elenco de autoridades autorizadas, diciendo específicamente a qué datos tiene acceso cada autoridad; posteriormente, comprobará tal lista la Comisión “para evitar nombramientos desproporcionados” y los Estados miembros después deberán modificar o aceptar los candidatos propuestos. Por su parte, la Comisión informará al resto de Estados miembros de qué servicios de la misma podrán tener acceso al banco de datos centrales que constituye el SIA. Por último, será publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea a efectos informativos. Además, también es posible que la Comisión proponga al Consejo que accedan al mismo también organizaciones internacionales y regionales, debiendo decidir el Consejo sobre el acceso de las mismas al SIA.

Debido a la importancia de los datos que se manejan en el SIA, el Reglamento se encarga de regular otros aspectos en relación a los mismos con el objeto de ser cuidadoso en el tratamiento de los mismos, tales como la modificación de datos, su almacenamiento y su seguridad, la responsabilidad y publicación, así como la protección y control de los datos personales²⁰⁹⁷.

Por último, es obligada la mención al Fichero de Investigación de los Expedientes de Investigaciones Aduaneras (FIDE), recogido en el Título V *bis* del Reglamento. La finalidad del FIDE, atendiendo a los apartados 2 y 3 del art. 41 *bis*, es que la Comisión o las autoridades competentes de los Estados miembros que estén investigando a determinadas personas puedan identificar a las autoridades del resto de Estados miembros o a los servicios de la Comisión que tengan una investigación presente o pasada sobre las mismas personas con la finalidad de poder prevenir actitudes contrarias a la legislación aduanera y agraria y facilitar y acelerar la investigación y el enjuiciamiento de los mismos²⁰⁹⁸.

Ahora, la identificación de esas autoridades a través del FIDE se debe realizar en los casos tasados *ex art. 41 bis. 3*: en el caso de la Comisión, en el contexto de los arts. 18 -expediente de coordinación-, y 20 -misión comunitaria con un tercer país-; y en el caso de las autoridades competentes de los Estados miembros elegidas en el contexto del art. 29, en materia de expedientes administrativos.

Si la información que se necesitase fuese más amplia desde el punto de vista del contenido, entonces se habrá de requerir la asistencia del Estado miembro suministrador, según dispone el apartado 4 del art. 41 *bis*.

IV.- Conclusiones.

A. Mientras que la armonización es un proceso europeo que incumbe a impuestos cuya titularidad ostentan los Estados miembros la Unión Europea, en el caso objeto de estudio, esto es, la cooperación entre Administraciones

²⁰⁹⁷ Capítulos 3-8 del Título V del Reglamento (CE) n° 515/97, ob. cit.

²⁰⁹⁸ La introducción de estos datos, su conservación y los plazos vienen regulados *ex arts. 41 ter, quater y quinquies*.

aduaneras europeas, se habla de los derechos de aduana en cuanto recursos propios comunitarios, aunque los Estados miembros detraigan un tanto por ciento de lo recaudado en concepto de gastos de gestión. Sin embargo, la doctrina se ha centrado de una forma más notoria en el primero que en el segundo, pese a la importancia que también tiene.

B. La cooperación entre las Administraciones aduaneras de los Estados miembros viene regulada fundamentalmente por el Convenio Nápoles II y el Reglamento 515/97.

C. Si bien los puntos en común de ambos textos jurídicos es que tratan sobre la cooperación y la asistencia mutua en el marco aduanero, el Reglamento 515/97 se centra en la prevención e investigación de conductas que atenten la normativa aduanera y agraria comunitaria y en el establecimiento del SIA y del FIDE, mientras que el Convenio Nápoles II versa sobre la prevención, investigación, persecución y represión de infracciones de la legislación aduanera nacional y sobre la persecución y represión de infracciones de la legislación aduanera comunitaria.

D. El procedimiento de asistencia mutua del Convenio Nápoles II se inicia con una solicitud, pudiendo ser bien de información, de vigilancia, de investigación y de notificación, en el caso de asistencia previa solicitud, bien de vigilancia y de comunicación espontánea de información, en el caso de asistencia espontánea. Por lo que respecta al procedimiento de cooperación, cuya solicitud se rige normalmente como la de asistencia mutua, versa sobre persecución con cruce de fronteras, vigilancia transfronteriza, entregas vigiladas, investigaciones encubiertas y equipos comunes de investigación especial.

E. El procedimiento de asistencia mutua del Reglamento 515/97 se inicia mediante solicitud, como sucede en el Convenio Nápoles II. Nada se dice en cuanto al contenido de la misma. La tipología, al igual que en el Convenio Nápoles II, es tal y como sigue: de información, de notificación, de vigilancia y de investigación, en el caso de solicitud previa, y de intercambio de información y de vigilancia, en el caso de asistencia espontánea. Además, no sólo vamos a encontrar una cooperación entre las distintas Administraciones aduaneras de los

Estados miembros, sino que también va a establecerse una relación de colaboración con la Comisión, además de relaciones con terceros países.

F. Se crea el SIA mediante el Reglamento 515/97, un banco central de datos que facilita la cooperación entre Administraciones aduaneras europeas al cual sólo puede acceder un grupo reducido de autoridades relacionadas con las aduanas.

G. De igual modo, el Reglamento 515/97 crea el FIDE con el objeto de que las autoridades aduaneras que estén investigando a unos sujetos puedan identificar a las autoridades aduaneras que han llevado o lleven una investigación relacionada con infracciones a la legislación aduanera y agraria en relación a esos mismos sujetos.

Bibliografía.

ABAD CARRASCO, M. V., "La asistencia mutua y el intercambio de información entre Administraciones aduaneras", en *VI Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional*, 2006.

BLÁZQUEZ NAVARRO, I., "La distribución de competencias económicas en la UE. Aplicabilidad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad", en *ICE. Revista de Economía*, núm. 820, 2005.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "Estrategias y prioridades de la polivalente gestión de la Unión Aduanera ante su cincuenta aniversario", en *La Ley Unión Europea*, núm. 44, 2017.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., "La discutible autonomía financiera de la Unión Europea y su contemplación desde la perspectiva tributaria", en *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 19, 2010.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., "Alcance del deber general de colaboración entre Estados en la lucha contra el fraude fiscal", en *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, núm. 173, 2017.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., "Globalización en el deber de cooperación entre Administraciones tributarias ante la perspectiva de los paraísos fiscales", en *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2017.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., "Lagunas en el Derecho Tributario de la Unión Europea", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., "Recorrido transnacional de la soberanía tributaria", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018.

Normativa de referencia.

Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras, hecho en Bruselas el 18 de diciembre de 1997.

Decisión 2014/335/UE, Euratom del Consejo, de 26 de mayo de 2014, sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea.

Informe explicativo sobre el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras. Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998.

Reglamento (CE) nº 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria.

Reglamento (UE) 2015/1525 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 515/97 del Consejo relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de

los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria.

El principio *at arm's length* bajo la libertad de establecimiento en el mercado interior al hilo de la sentencia del TJUE en el asunto Hornbach-Baumarkt

José Ángel Gómez Requena

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Financiero y Tributario

Centro Internacional de Estudios Fiscales

Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN

El principio *at arm's length* (ALP) es la piedra angular de las diversas regulaciones sobre precios de transferencia, tanto domésticas como internacionales. Su propia existencia y afianzamiento responde a un consenso internacional de la comunidad fiscal que comenzó en 1932 con el Informe Carroll presentado a la Sociedad de Naciones²⁰⁹⁹. El ALP es el criterio en virtud del cual han de valorarse las operaciones entre empresas asociadas como si se tratase de empresas independientes que actúan en el libre mercado. Es, por lo tanto, una norma de valoración imperativa que es recogida por los respectivos arts. 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (MC OCDE) y de Naciones Unidas (MC ONU), así como por múltiples jurisdicciones fiscales de todo el mundo. Es un principio que promueve la equidad y la competencia justa entre empresas independientes y las dependientes para evitar que la fiscalidad tenga un efecto distorsionador de ese marco competencial²¹⁰⁰.

El art. 9 MC OCDE sirve de modelo para las normativas domésticas sobre precios de transferencia. Cuando su contenido es incorporado a un Convenio para evitar la Doble Imposición (CDI) actúa como una norma que da cobertura

²⁰⁹⁹ CARROL, M., *Methods of allocating taxable income*, League of Nations, Geneva, 1933, disponible en <http://adc.library.usyd.edu.au/view?docId=law/xml-main-texts/cartaxa.xml;chunk.id=d643e161;toc.depth=1;toc.id=;database=;collection=;brand=acdp> (último acceso 13.09.2018).

²¹⁰⁰ Cfr. MONSENEGO, J., *Introduction to transfer pricing*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 17.

jurídica a los ajustes fiscales que la normativa doméstica prevea, debiendo someterse dichos ajustes a los parámetros dictados por el ALP²¹⁰¹. Por ello, es un precepto convencional que no distribuye potestad tributaria alguna entre los Estados signatarios del CDI, sino que habilita a que las Administraciones tributarias ajusten los precios de transferencia que los contribuyentes - vinculados- han determinado siguiendo la norma de valoración imperativa *at arm's length*, de tal modo que se efectúa un reparto interjurisdiccional de bases imponibles equitativo y justo²¹⁰².

Las políticas de precios de transferencia de las empresas multinacionales se han aprovechado en los últimos tiempos de escenarios de arbitraje fiscal internacional en virtud de los cuales, aplicando respetuosamente las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE (DPT) y el mandato *at arm's length* han conseguido erosionar bases imponibles y deslocalizar beneficios hacia las sociedades del grupo radicadas en territorios de baja o nula tributación. No es de extrañar, por lo tanto, que en algunos ordenamientos tributarios las normas sobre precios de transferencia tengan una naturaleza similar a las de las normas anti-abuso específicas, en las que el ALP actúa como umbral que separa las operaciones intragrupo abusivas de las que no lo son²¹⁰³. Los trabajos realizados en el Plan BEPS de la OCDE a través de las Acciones 8-10 han ofrecido una visión actualizada de las DPT para luchar eficazmente contra las conductas BEPS. El enfoque adoptado ha sido uno de corte sustancialista de tal manera que los beneficios intragrupo han de distribuirse de acuerdo con la creación de valor y la actividad económica real. Tal y como reza el título de las Acciones 8-10, el objetivo es alinear los resultados de los precios de transferencia con la generación de valor; en esencia, unir tributación con el territorio en el que se genera valor y haya una sustancia económica.

²¹⁰¹ Como señala VOGEL, las reglas de los CDI correspondientes al art. 9 tiene un efecto restrictivo sobre el Derecho doméstico, no teniendo aplicabilidad directa. *"The only legal basis for profit adjustments between associated enterprises are, therefore, the rules of domestic law"*. Cfr. VOGEL, K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, Londres, 1997, p. 521.

²¹⁰² Vid. GARCÍA PRATS, F.A., "Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: la aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado" en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016, pp. 25-26.

²¹⁰³ Al respecto véase, BRAUNER, Y., "Transfer pricing and tax avoidance", en DOURADO, A.P. (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, IBFD, Amsterdam, 2017, pp. 65-69.

El Derecho de la UE, especialmente las disposiciones del Derecho originario, también tienen impacto sobre las estructuras de integración de los grupos multinacionales, sobre todo cuando nos hallamos en operaciones intragrupo exclusivamente del mercado interior. Las libertades fundamentales abordan también las operaciones transfronterizas entre empresas de un mismo grupo, no de una manera directa sino indirecta evaluando las normativas de los Estados miembros sobre precios de transferencia²¹⁰⁴. En tanto que esas normas domésticas siguen el ALP, cualquier interpretación por minúscula que realice el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE sobre esas regulaciones bajo el prisma de las libertades fundamentales puede suponer la existencia de un ALP particularizado cuando estamos en presencia de operaciones intragrupo que ocurren en el mercado interior.

El objeto de este trabajo es realizar una exposición y análisis crítico del reciente pronunciamiento del TJUE de 31 de mayo de 2018 en el asunto *Hornbach-Baumarkt*, C-382/16²¹⁰⁵, el cual podemos catalogar como el segundo pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo en toda su historia²¹⁰⁶ sobre la adecuación de las normas nacionales sobre precios de transferencia con la libertad de establecimiento del TFUE. Tras la exposición de los aspectos doctrinales que dicha sentencia vierte, se procederá al estudio del impacto de dicha sentencia sobre el ALP en situaciones transfronterizas que ocurren en el mercado interior.

2. EL ASUNTO HORNBAACH-BAUMARKT, C-382/16

2.1. Litigio principal

Los hechos que dan lugar a la cuestión prejudicial son bastante simples y parecidos a la sentencia dictada en el asunto *SGL*, la cual podemos considerar como el primer pronunciamiento del alto tribunal europeo sobre la

²¹⁰⁴ Cfr. SCHÖN, W., "Transfer pricing, the arm's length standard and European Union law" en RICHELLE, I., SCHÖN, W. y TRAVERSA, E. (Eds.), *Allocating taxing powers within the European Union*, Springer, Berlin, 2013, pp. 74-75.

²¹⁰⁵ STJUE de 31 de mayo de 2018, *Hornbach-Baumarkt*, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366.

²¹⁰⁶ El primero fue en la STJUE de 21 de enero de 2010, *SGL*, C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26.

compatibilidad de normas domésticas sobre precios de transferencia con las libertades fundamentales. *Hornbach-Baumarkt AG* es una sociedad mercantil con domicilio en Alemania que ostenta la propiedad de tiendas de bricolaje y materiales de construcción en Alemania y otros Estados miembros. En el periodo impositivo del año 2003, *Hornbach-Baumarkt AG* poseía a través de diversas filiales una participación indirecta del 100% en el capital social de dos sociedades holandesas, *Hornbach Real Estate Groningen BV* y *Hornbach Real Estate Wateringen BV* (sociedades extranjeras del grupo, en lo sucesivo). Ante un escenario de capital propio negativo y falta de liquidez en dichas sociedades extranjeras del grupo para continuar con su actividad mercantil y financiar diversos proyectos de construcción de supermercados de bricolaje, ambas sociedades recurrieron a los créditos bancarios. La entidad bancaria supeditó la concesión de los mismos a la entrega por parte de su matriz, *Hornbach-Baumarkt AG*, de un escrito de intenciones en el que se incluía una declaración de garantía. En virtud de esta declaración, *Hornbach-Baumarkt AG* se comprometía a no enajenar su participación en las sociedades extranjeras del grupo y, con carácter irrevocable e incondicional, a garantizar que estas sociedades mantuvieran los recursos financieros suficientes para cumplir con las obligaciones de pago de la deuda que habían asumido con el banco prestamista.

La Administración tributaria germana consideró, de conformidad con el art. 1 apartados 1 y 4 de la Ley relativa a la imposición en caso de relaciones con el extranjero, en su versión de 16 de mayo de 2003 (AStG, en lo sucesivo), terceros independientes, en circunstancias comparables, habrían pactado una remuneración como contraprestación por las garantías concedidas, por lo que procedió a rectificar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en el periodo impositivo del 2003, incrementando la misma en una cantidad supuesta a la remuneración de las garantías concedidas.

En la fase de recurso, *Hornbach-Baumarkt AG* alegó que el art. 1 AStG ofrecía un trato discriminatorio de las situaciones transfronterizas porque en escenarios internos, en los que las sociedades vinculadas residen en territorio Alemán, no se regula la posibilidad de practicar rectificación de las bases imponibles. Para la parte actora, existen motivos comerciales que justifican la

gratuidad de la declaración de garantía ya que se trata de medidas de apoyo destinadas a garantizar la viabilidad económica de sociedades del grupo, sobre las cuales se tiene un interés económico propio en su éxito comercial.

El órgano jurisdiccional remitente considera que la normativa alemana restringe la libertad de establecimiento del contribuyente residente con participación en sociedades domiciliadas en otros Estados miembros, aspecto prohibido por el art. 49 TFUE (antiguo 43 TCE). En efecto, desde la sentencia dictada en el asunto *SGI* quedó claro que una medida como la controvertida en este litigio constituye una restricción a la libertad de establecimiento, pero puede justificarse por perseguir objetivos legítimos relacionados con la necesidad de salvaguardar el reparto equilibrado de la potestad impositiva entre los Estados miembros, evitando así la evasión fiscal. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente va más allá y cuestiona la proporcionalidad de la medida controvertida ya que no permite al contribuyente aportar pruebas, sin excesivas cargas administrativas, que justifiquen los motivos comerciales que legitiman que la operación se aleje del parámetro *at arm's length*, y si entre dichos motivos comerciales pueden entenderse los que dimanen de la relación de interdependencia como es garantizar el éxito comercial de la filial a la que se le concede una ventaja fuera de la ratio *at arm's length*.

2.2. Resolución de la cuestión prejudicial

El TJUE comienza, como es habitual en estos supuestos, determinando que una legislación nacional como la controvertida (precios de transferencia) está incrustada en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento. De dicha normativa se desprende que una sociedad matriz residente en Alemania que posee una participación en una sociedad de otro Estado miembro sufre un trato menos favorable del que recibiría si esa filial estuviese domiciliada en territorio alemán. En efecto, para los escenarios transfronterizos podrán ser objeto de rectificación la base imponible declarada cuando difiera de condiciones *at arm's length*, mientras que no existe ninguna norma nacional que permita la rectificación de las rentas cuando la filial del contribuyente está establecida en el mismo Estado miembro que la matriz.

Según la STJUE en el asunto *SGI*, una restricción a la libertad de establecimiento como la controvertida en este caso puede justificarse si persigue garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros²¹⁰⁷. Una normativa como la controvertida evita que el Estado miembro de la sociedad residente ejerza su competencia tributaria respecto a las actividades que se realizan en su territorio ya que rectifica la base imponible de la matriz en una cuantía similar a la remuneración que se habría pactado en condiciones de mercado, evitándose así un escenario de no imposición de dicha remuneración inicialmente no pactada por la sociedad matriz y las sociedades extranjeras del grupo. Por ello, el Tribunal de Luxemburgo considera que una medida en este sentido es adecuada para garantizar el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

En último lugar, la Sala procede a analizar la proporcionalidad de la normativa controvertida. La sentencia dictada en el asunto *SGI* estableció que una normativa nacional que persigue el objetivo mencionado no va más allá de lo necesario para alcanzarlo cuando, por un lado, permite al contribuyente presentar, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, los motivos comerciales que justifican por qué se realizó la operación y, por otro lado, que la medida fiscal correctora se limite a la fracción que supere lo que se habría convenido por empresas independientes²¹⁰⁸.

Es la primera cuestión sobre la que el órgano jurisdiccional pregunta al TJUE si entre esos motivos comerciales pueden incluirse aquellos que derivan de la propia relación asociativa entre la matriz y las filiales que pertenecen al mismo grupo empresarial y residen en otros Estados miembros. El TJUE establece que, una vez que no se ha podido probar que la operación responde a un montaje puramente artificial, pueden existir motivos comerciales relacionados con la posición de asociado que justifiquen que una operación diverja de las condiciones que establece el ALP. La concesión a título gratuito de dichas garantías se explica por el interés en el éxito comercial de las sociedades

²¹⁰⁷ Cfr. apartados 63, 64 y 69 de la STJUE dictada en el asunto *SGI*.

²¹⁰⁸ Cfr. apartados 71 y 72 de la STJUE dictada en el asunto *SGI*.

extranjeras del grupo, en las cuales participa la matriz recibiendo sus beneficios cuando se reparten dividendos. Por ello, descarga en el órgano jurisdiccional remitente cotejar que el contribuyente haya tenido la posibilidad de aportar estos datos relativos a los motivos comerciales relacionados con la posición de asociado, de tal forma que una normativa en tal sentido no se opondría a la libertad de establecimiento.

3. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: LOS MOTIVOS COMERCIALES DERIVADOS DE LA RELACIÓN DE INTERDEPENDENCIA COMO CAUSAS DE OPOSICIÓN A UN AJUSTE SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA APRIORÍSTICAMENTE CONTRARIO PRINCIPIO *AT ARM'S LENGTH*

La línea doctrinal iniciada por el TJUE en el asunto *SGI* en 2010 ya comenzó a vaticinar una aplicación diferente del ALP respecto a la doctrina internacional que encarna la OCDE. La libertad de establecimiento tiene un notable impacto sobre los ajustes en los precios de transferencia que suceden exclusivamente en el mercado interior, ya sean estos ajustes de tipo valorativo o transaccional.

El primer paso se dio en el mencionado asunto *SGI*, en el cual se abrió de par en par la ventana para eliminar los ajustes fiscales sobre las rentas transfronterizas que, alejándose de las condiciones *at arm's length*, encuentren razones comerciales para que se lleven a cabo. La libertad de establecimiento se convierte así en un principio mucho más importante que el *at arm's length principle*, lo cual no nos genera sorpresa alguna. Desde el mero punto de vista de las fuentes jurídicas, el primero es Derecho primario de la Unión, mientras que el segundo es una regla de valoración imperativa contenida en las normas domésticas sobre precios de transferencia y CDIs.

El segundo y definitivo paso se ha dado con la sentencia dictada en el asunto *Hornbach-Baumarkt*, en la cual tras confirmar en su totalidad la anterior doctrina, habilita a que entre los motivos comerciales que justifiquen cualquier desvío de las operaciones vinculadas del principio de plena competencia se

encuentren aquellos que están relacionados con la relación de interdependencia que existe entre las empresas asociadas envueltas en la operación, como por ejemplo garantizar la estabilidad financiera de una sociedad participada.

El ALP, por su propia naturaleza, parte de una ficción que defiende el tratamiento de las empresas asociadas como entidades completamente independientes que actúan según las fuerzas del libre mercado. Como sostuvo el Gobierno alemán en el trámite de alegaciones, el principio de plena competencia excluye las razones económicas que tienen su origen en la posición de asociado. De esta manera los motivos comerciales relacionados con la interdependencia sobrepasan el mandato *at arm's length*. La libertad de establecimiento en el mercado interior, siguiendo la interpretación que de la misma realiza el TJUE, defiende que los precios de transferencia que pueden ser justificados desde el punto de vista de la eficiencia económica dentro del grupo multinacional, no pueden ser objeto de rectificación por las Administraciones tributarias²¹⁰⁹.

Desde nuestro punto de vista, la libertad fundamental de establecimiento (art. 49 TFUE) ha ganado, lógicamente, la batalla a un principio que, en esencia, establece una directriz de valoración para las operaciones entre empresas asociadas conforme lo harían empresas independientes en el libre mercado. El ALP es criticado porque no refleja la realidad económica que existe en las empresas multinacionales, la cual es un tanto diferente a la que ocurre en empresas independientes. Por ello, el TJUE da entrada a elementos de motivación comercial ligados a la propia realidad económica de un grupo empresarial para, inintencionadamente, condicionar la aplicación del ALP en el mercado interior.

4. BIBLIOGRAFÍA

BRAUNER, Y., "Transfer pricing and tax avoidance", en DOURADO, A.P. (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, IBFD, Amsterdam, 2017

²¹⁰⁹ Cfr. SCHÖN, W., "Transfer pricing, the arm's length standard and European Union law", *op. cit.*, p. 96.

CARROL, M., *Methods of allocating taxable income*, League of Nations, Geneva, 1933, disponible en <http://adc.library.usyd.edu.au/view?docId=law/xml-main-texts/cartaxa.xml;chunk.id=d643e161;toc.depth=1;toc.id=;database=;collection=;brand=acdpc> (último acceso 13.09.2018)

GARCÍA PRATS, F.A., “Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: la aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado” en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016

MONSENEGO, J., *Introduction to transfer pricing*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015

SCHÖN, W., “Transfer pricing, the arm’s length standard and European Union law” en RICHELLE, I., SCHÖN, W. y TRAVERSA, E. (Eds.), *Allocating taxing powers within the European Union*, Springer, Berlin, 2013

VOGEL, K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, Londres, 1997

El gravamen de las operaciones societarias: su carácter residual en la Unión Europea pero con aspectos aún problemáticos

Francisco Jesús Martínez Jiménez

Doctorando en Derecho de la Universidad de Jaén

I.- Consideraciones previas a la Directiva sobre la concentración de capitales.

Un aspecto significativo cuando hablamos de armonización fiscal en materia de sociedades es que se presta especial atención a la imposición directa, sin embargo se obvia la imposición indirecta sobre las operaciones societarias, que pueda suponer tanto la constitución de una nueva sociedad en otra jurisdicción, como la compra de otra sociedad o establecimiento permanente o, incluso, la liquidación de una inversión en otra jurisdicción y, por tanto, el retorno de tal inversión.

Quizás esta aspecto secundario de la imposición indirecta en materia de sociedades se base a que se trata de un régimen armonizado a nivel de la UE desde 1969, concretamente con la Directiva 69/335/CEE, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, cuyo principal objetivo era promover la libre circulación de capitales para crear una unión económica que tenga características análogas a las de un mercado interior, pretendiendo armonizar el impuesto al que estén sujetas las aportaciones de capital a sociedades residentes en la Unión Europea mediante el establecimiento de un Derecho único sobre la concentración de capitales que sólo pueda aplicarse una vez dentro del mercado común y la supresión de todos los demás impuestos indirectos que sometan, en las mismas características, estas operaciones. Con el paso del tiempo, y debido a su antigüedad, esta directiva sufre una modificación con la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales –en adelante, Directiva sobre la concentración de capitales–, cuyo objetivo en esencia reproducen a la primera, sin embargo planteaba la eliminación progresiva del

impuesto sobre aportaciones. Este aspecto se puede extraer del considerando segundo de la Directiva sobre la concentración de capitales, que dice que el gravamen sobre dichas concentraciones de capitales puede dar «lugar a discriminaciones, doble imposición y disparidades que obstaculizan la libre circulación de los capitales. Lo mismo cabe decir en relación con otros impuestos indirectos que presenten las mismas características», añadiendo en el considerando tercero con el «fin de eliminar, en lo posible, los factores que puedan falsear las condiciones de competencia u obstaculizar la libre circulación de capitales», ya que, según el considerando cuarto, acerca de la imposición indirecta en materia de sociedades determinado que es «desfavorable para la agrupación y el desarrollo de las empresas. Estos efectos son particularmente negativos en la coyuntura actual, que exige imperativamente que se dé prioridad al relanzamiento de las inversiones», terminando con el considerando quinto, al argumentar es que «la mejor solución para alcanzar estos objetivos consistiría en suprimir el impuesto».

Dicho aspecto, de eliminar toda imposición indirecta en materia de sociedades, tanto en la concentración societaria como en las operaciones societarias y de reestructuración empresarial, no se motiva sólo en la Directiva sobre la concentración de capitales, ya en la Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, donde se pretendía simplificar la Directiva 69/335/CEE, eliminándose de forma gradual la imposición indirecta en materia de sociedades, al considerarse un obstáculo importante en el desarrollo de las sociedades en la UE, además de pretender la prohibición de crear o aplicar otros gravámenes similares²¹¹⁰.

Téngase en cuenta, que con la Directiva 69/335/CEE, en sus modificaciones a través de las Directivas 73/79/CEE y 73/80/CEE, que se fijó un tipo nominal para las operaciones societarias relativas a la constitución o las ampliaciones de capital, en el 1%, y un tipo nominal reducido para las operaciones de reestructuración entre el 0 y el 0,5%. Y con la Directiva

²¹¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 4 de diciembre de 2006, COM (2006) 760 final, "Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales".

74/553/CEE se introduce una modificación a la hora de determinar la base imponible de este impuesto, ya que se empezará a considerar el valor real de las participaciones sociales²¹¹¹.

II.- Ámbito de aplicación y definiciones a la luz de la Directiva sobre la concentración de capitales.

Sobre el objeto que tiene la Directiva sobre las concentraciones capitales nos tendremos que remitir al artículo 1, donde se regula la imposición indirecta en materia de sociedades sobre aquellas operaciones de aportación de capital a sociedades de capital, operaciones de reestructuración que afecten a sociedades de capital y a la emisión de valores y obligaciones.

Analizando el ámbito objetivo de aplicación se considerarán aquellas operaciones que supongan la constitución de una sociedad con arreglo a una normativa interna de algún Estado miembro, una aportación de capital a una sociedad, un traslado de sede, una reorganización empresarial dentro de un grupo transnacional de ámbito de la UE, modificación de la sociedad, liquidación de la sociedad o aquellas operaciones financieras que constituyan nuevos valores, préstamos y obligaciones con la sociedad.

Mientras que el ámbito subjetivo de aplicación se deberá de cumplir con condiciones contemplados en el art. 2: el primer condicionante, es que la sociedad que quiera ser beneficiaria de dicha Directiva deberá de estar constituida bajo una de las formas enumeradas que se contempla en el Anexo I dicha Directiva; el segundo condicionante, es que se podrán acoger a los beneficios de la Directiva toda sociedad, asociación o persona jurídica cuyas partes representativas del

²¹¹¹ En estos momentos, son numerosos los Estados que han decidido suprimir esta figura impositiva, como el Reino Unido en 1988, Alemania y Francia en 1992, Dinamarca en 1993, Italia en 2000, Irlanda en 2005, Bélgica y Holanda en 2006 y España en 2011. Un aspecto importante, es que aquellos Estados miembros que han optado por suprimir este impuesto no podrán volver a aplicarlo, según el considerando sexto de la Directiva sobre la concentración de capitales “[u]na vez que un Estado miembro haya optado por eximir del impuesto sobre las aportaciones la totalidad o parte de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, no debe poder volver a imponer dicho gravamen”. En este sentido, ya se manifestaba VILLARÍN LAGOS, M.: “La compatibilidad entre el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y la Directiva 69/335/CEE (LA LEY 970/1969)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 231, 2004, pág. 99 y ss.

capital o del patrimonio social puedan ser negociadas en bolsa; como tercer condicionante, aquella sociedad, asociación o persona jurídica que persiga fines lucrativos, cuyos miembros tengan derecho a transmitir, sin previa autorización, sus partes en la sociedad a terceros y solo sean responsables de las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica por el importe de su participación; mientras que el último condicionante será que se asimilará las sociedades de capital cualesquiera otras sociedades, asociaciones o personas jurídicas que persigan fines lucrativos.

Observando los artículos 3 y 4, se establecen unas definiciones de lo que se debe de entender como aportaciones de capital y por operaciones de reestructuración. Respecto a las aportaciones de capital, a efectos de dicha Directiva, se trata de: a) de una constitución de sociedad de capital; b) la transformación en una sociedad de capital en una asociación o persona jurídica distinta a una sociedad de capital; c) el aumento del capital social en una sociedad de capital a través de la aportación de bienes de cualquier naturaleza; d) aportaciones de capital que tenga como contrapartida la entrega de derechos con la misma naturaleza que las participaciones de capital, para estos nuevos socios, tales como el derecho de voto, o de participación en beneficios o en el remanente en caso de liquidación; e) el traslado desde un Estado extracomunitario a un Estado miembro, de la sede de dirección efectiva de una sociedad de capital cuyo domicilio social se encuentre en ese Estado extracomunitario; f) el traslado desde un Estado miembro a Estado extracomunitario del domicilio social de una sociedad de capital que tenga su sede de dirección efectiva en ese Estado miembro; g) el aumento del capital social de una sociedad de capital mediante la capitalización de beneficios o de reservas; h) el incremento de capital por medio de prestaciones efectuadas por un socio, que no suponga un aumento del capital social, pero que dé lugar a una modificación de los derechos sociales o pueda aumentar el valor de las partes sociales; i) el préstamo que contrate una sociedad de capital, si el acreedor tuviere derecho a una cuota-parte de los beneficios de la sociedad; y j) el préstamo que contrate una sociedad de capital con un socio, con el cónyuge o con un hijo de un socio, así como el contratado con un tercero,

cuando esté garantizado por un socio, a condición de que el préstamo cumpla la misma función que un aumento del capital social.

Por otro lado, las operaciones de reestructuración se harán una definición en negativo, ya que no se considerarán aportaciones de capital y, por tanto, serán operaciones de reestructuración: a) la transmisión, por una o varias sociedades de capital, de la totalidad de su patrimonio, o de una o más ramas de su actividad, a una o más sociedades de capital en vías de constitución o ya existentes, siempre que la contrapartida de dicha transmisión consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la sociedad adquirente; b) la adquisición, por una sociedad de capital en vías de constitución o ya existente, de participaciones que representen la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad de capital, siempre que la contrapartida de las participaciones adquiridas consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la primera de dichas sociedades. En caso de que la mayoría de los derechos de voto se alcance mediante dos o más operaciones, solo se considerarán operaciones de reestructuración la operación por la que se alcance la mayoría de los derechos de voto y las operaciones subsiguientes; y c) la transferencia a una sociedad de capital de todo el patrimonio de otra sociedad de capital que pertenezca totalmente a la primera sociedad. Por esta definición, se contempla una estrecha relación con la Directiva de fusiones.

III.- El Derecho de la UE y la regla de la unanimidad en la producción normativa para la posterior trasposición en la normativa española de la Directiva.

En todo proceso de integración en la UE, en cualquier ámbito del Derecho, vemos que determinados individuos deben de ceder parte de sus derechos y adquirir nuevas obligaciones para conciliar una correcta integración. Por ello, esta armonización de la imposición indirecta en la concentración de capitales supone una cesión de parte de soberanía de los Estados miembros a la UE. Por tanto, en un correcto análisis de los aspectos aún problemáticos del gravamen sobre operaciones societarias requerirá examinar el concepto de soberanía, desde

el punto de vista de los Estados miembros, como paso previo para entender las particularidades del Derecho de la UE, en lo referente a la regla de la unanimidad, como elemento base en la producción normativa en la Unión Europea, ya sea con carácter tributario o de otra rama del Derecho.

Se puede decir que la soberanía supone un elemento esencial de cualquier Estado²¹¹², ante esta situación se deberá expresar unas consideraciones generales sobre la idea de soberanía en el plano internacional. Para *DÍEZ DE VELASCO VALLEJO*, se trata de la actividad ejercida por el Estado en las relaciones internacionales por su propio poder, actuando de manera directa e indirecta sobre todos los elementos que conforman el Estado²¹¹³. Este mismo autor, concibe la soberanía como un conjunto de atribución y competencias. Dentro de estas competencias, podemos destacar las territoriales, que son las que hacen referencia a las cosas que se pueden encontrar dentro del territorio del Estado y lo hechos que en él se desarrollen, o competencias personales, referidas a las personas que habitan en el territorio del Estado, pudiendo ser nacionales o extranjeros, o a personas determinadas, es decir, aquellas personas que pueden encontrarse o no en dicho territorio²¹¹⁴.

Señala *LÓPEZ ESPADAFOR*, que la consideración del ordenamiento estatal interno tiene en cuenta que la soberanía, en el interior de un Estado, le es propia, pudiendo ejercer una plena autoridad sobre todas las personas y cosas, con el fin de obtener un interés general. En este sentido, señala el autor, que dicha situación se dará cuando las normas de los ordenamientos extranjeros puedan encontrar eficacia, si una norma estatal se reenvía a ellas, mediante la atribución de estas normas extranjeras a órganos propios. Pero la plena autoridad sobre las personas y las cosas tendrá una distinción, ya que dicho autor defiende que el poder sobre las personas tendrá su máxima manifestación en la sujeción de la persona extranjera que se encuentre en el territorio de tal Estado. Además, dicho

²¹¹² *LÓPEZ ESPADAFOR* también identifica a la soberanía como «independencia». (*Incidencia del Derecho internacional general en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, pág. 11).

²¹¹³ *DÍEZ DE VELASCO VALLEJO*, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 196.

²¹¹⁴ *DÍEZ DE VELASCO VALLEJO*, M.: *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, pág. 299.

Estado podrá dar asilo a una persona extranjera –teniendo en cuenta los casos previstos en el Ordenamiento jurídico– en su territorio, al sustraerlo de los poderes que recaen el poder territorial de otro Estado sobre su persona, mediante su propio poder. Del mismo modo, podrá expulsar de su territorio a personas extranjeras o apátridas que determinen que no sean aceptables, o impidiendo su entrada en su territorio. Por otro lado, el mismo autor defiende que el poder sobre las cosas se basará en establecer una disciplina jurídica sobre ellas y sobre las relaciones de las que son objeto, pudiendo disponer de ellas en los casos y en la forma que se contempla en el Ordenamiento jurídico. Incluso el poder territorial sobre las cosas pasará por impedir la entrada en su territorio de mercancías, publicaciones o cualquier otro tipo de cosas que procedan del extranjero, mediante justificaciones de diversa índole, como razones de tipo sanitario o motivos de orden público²¹¹⁵.

Otro aspecto que se debe de resaltar sobre la idea de integración en la Unión Europea es la posible debilitación o fragmentación que supone sobre la soberanía la atribución del ejercicio de competencias originariamente estatales a las instituciones de dicho ente supranacional. Ya que desde la perspectiva tributaria, la evolución de este concepto en su aplicación práctica al ámbito fiscal, estaríamos ante una situación donde «la soberanía estatal sólo resultaría violada si una instancia externa al Estado hiciese efectiva de forma coactiva en el territorio de éste una medida de carácter tributario»²¹¹⁶. Es decir, el Derecho de la UE no generará una limitación sobre la soberanía de los Estados miembros, sino que se dictarán disposiciones que obligarán a dichos Estados a colaborar en el ámbito tributario. O dicho de otro modo, desde la UE se ha procurado realizar una actividad de armonización fiscal, con el objetivo de que se aproximen las legislaciones tributarias de los Estados miembros, con el fin de que no se creen obstáculos al de las Libertades y principios del Derecho de la UE originario. Por tanto, se trata de alcanzar un mercado interior, donde los sistemas tributarios internos de los Estados miembros no lo impidan.

²¹¹⁵ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pág. 12.

²¹¹⁶ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: “La regla de la unanimidad en la producción normativa comunitaria de carácter tributario”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 6, 2005, pág. 51.

Por lo que, analizando la producción normativa, tanto a nivel estatal como a nivel internacional, concretamente a nivel de la UE, y tras unas ciertas nociones sobre la soberanía de los Estados, deberemos señalar que en la Constitución española recoge el principio de legalidad en materia tributaria, mediante una reserva de ley que establece los elementos esenciales del tributo, y en base a este principio sólo se podrá producir normativa tributaria por aquellos representantes elegidos directamente por los ciudadanos²¹¹⁷. Es decir, es el pueblo, como titular de la soberanía, el que confía el ejercicio de dicha soberanía a su parlamento, como instancia para establecer los tributos y regular los elementos esenciales de éstos. Esta afirmación se basa en la idea de la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial consagrados en nuestra Constitución. Pero esta idea no se ha plasmado en la mecánica de la producción normativa en la Unión Europea.

El ejercicio de producción normativa, desde el punto de vista tributario, recae esencialmente en el Consejo y no en el Parlamento Europeo. Dentro del Consejo, las disposiciones que *supra* mencionábamos se aprobarán mediante la regla de la unanimidad. En este sentido LÓPEZ ESPADAFOR argumenta que al tratarse de un consentimiento realizado por los Gobiernos de los Estados miembros –expresado mediante un ministro que lo represente en el Consejo– y no por los Parlamentos, supone que desde el ámbito de la aplicación efectiva del tributo pasamos al de la creación normativa, generando un fenómeno fiscal de ámbito internacional que, en lo referente a una medida fiscal adoptada por las instituciones de la Unión Europea que afecten sobre hechos que se generan en los territorios de los Estados miembros, no se podrá considerar que se esté violando la soberanía de éstos, «máxime cuando se ha atribuido el ejercicio de tal competencia a las instituciones de aquélla. Y no se habría violado tal soberanía aunque la disposición se hubiese podido aprobar por mayoría, en vez de por unanimidad, siendo esta última la regla que rige realmente a tales efectos»²¹¹⁸.

²¹¹⁷ Cfr. los artículos 31 apartado tercero y el 133 de la Constitución Española.

²¹¹⁸ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: “La regla de la unanimidad en la producción...”, *op. cit.*, pág. 54.

En definitiva, vemos que la regla de la unanimidad se puede considerar como un reforzamiento de la soberanía estatal, desde el punto de vista tributario, ya que puede suponer –y en la práctica lo supone²¹¹⁹– un freno a la integración europea real. Lo que podemos decir, es que dicha regla se da en el seno del Consejo como elemento básico de la producción normativa en materia tributaria y que se ha venido aplicando hasta ahora y se seguirá dando como podemos apreciar en las distintas propuestas de Directivas pendientes de aprobación²¹²⁰. Ya que con esta regla, los Ministros de Hacienda de los Estados miembros deberán de manifestar un consentimiento para que esta producción normativa se apruebe, pero lo llamativo de todo, es que no existe intervención alguna por parte de un Parlamento nacional, aunque la trasposición de dicha normativa de la UE requerirá de su aprobación en dicho Parlamento, mientras que su adopción ha bastado con el consentimiento de un Gobierno. En este sentido *LÓPEZ ESPADAFOR*, determina que para «la adopción de una ley fiscal interna se requiere su aprobación por las Cortes o un parlamento autonómico. Mientras que para la adopción de una norma de armonización fiscal, que necesariamente incidiría en el Ordenamiento interno de los Estados, bastaría con el consentimiento del Gobierno a través del Ministro, para la aprobación de una ley tributaria interna se requeriría su aprobación parlamentaria. Y ello mientras jerárquicamente la norma comunitaria prevalece sobre la ley nacional»²¹²¹.

Por todo lo anterior, nos cabe preguntarnos que si dicha situación pueda generar desigualdades, puesto que en las trasposiciones de las Directivas puede generarse nuevas circunstancias, es decir, en el principio de nuestro trabajo hablábamos de que la Directiva sobre concentración de capitales establecía la

²¹¹⁹ Esta afirmación se sustenta en que la regla de la unanimidad supone una garantía de elevada importancia en las políticas, tanto económicas como tributarias, internas de los Estados miembros, frente aquellas políticas europeas que pretende realizar actos solidarios hacia algunos Estados miembros, mientras que otros prefieren seguir con la situación actual.

²¹²⁰ Véase, COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 685 final, “Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS)”;

y COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 683 final, “Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)”, como dos ejemplos claros de armonización fiscal y limitados por la regla de unanimidad.

²¹²¹ *LÓPEZ ESPADAFOR*, C. M.: “La regla de la unanimidad en la producción...”, *op. cit.*, pág. 60.

posibilidad de que aquellos tributos que existiesen con anterioridad a la trasposición, podrían seguir vigentes en base a la soberanía estatal de cada Estado miembro, pero dicha Directiva ha sido consentida por el Gobierno de dicho Estado²¹²². En consecuencia, estaremos ante la posibilidad de que determinados Estados acepten la normativa de la UE pero, siempre y cuando, no se altere los ordenamientos internos, ya que esta normativa puede condicionar las políticas económicas internas de los Estados miembros. En definitiva, tiene poco sentido la existencia de un gravamen sobre las operaciones societarias, si desde la UE se ha procurado eliminarlo²¹²³.

Analizando la trasposición a la normativa tributaria española, vemos que el efecto más llamativo, como señalaba MARTÍN BARAHONA, es que «el gravamen de las operaciones societarias o de concentración de capitales fue una crónica de una desaparición»²¹²⁴. Dicho de otro modo, con la aprobación del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre de 2010, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que estableció que la práctica totalidad de las operaciones sujetas a la imposición indirecta sobre operaciones societarias o de concentración de capital quedaran exentas. Observándose un sentido común, entre lo aprobado por la Directiva de concentración de capitales y lo dispuesto en este Decreto-Ley, ya que supone adaptar la normativa interna conforme al Derecho de la UE ha evolucionado.

Un aspecto que nos llama la atención, es que el legislador español haya decidido actualizar la normativa española para que contemple lo dispuesto en la Directiva sobre concentración de capitales mediante un Decreto-Ley. Es decir, el

²¹²² Sobre diferencias fiscales desde la perspectiva europea e internacional en general, *Vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Privilegios e inmunidades fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 15 y ss.

²¹²³ Sobre esta coherencia, podemos señalar la sentencia del TJUE, de 7 de junio de 2007, *Comisión/Grecia*, Asunto C-187/05, apartados 60 al 64; donde la normativa griega contemplaba una serie de aportaciones de capital no dinerarias cuando se aportasen copropiedades de buques, consorcios navieros y compañías navieras, al no ajustarse a los art. 13 y 14 de la Directiva sobre concentraciones de capital, ya que dichas aportaciones no encajan con la definición de sociedades de capital que recoge la dicha Directiva, en referente a la dichas sociedades.

²¹²⁴ MARTÍN BARAHONA, F.: “Operaciones societarias: crónica de una desaparición anunciada del impuesto español sobre las aportaciones de capital”, *Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 335, 2011, pág. 117.

legislador español no aprovechó la Ley 4/2008, de 23 de diciembre de 2008, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, para introducir la eliminación de distintos hechos imponible de las siguientes operaciones: a) en los traslados de sede de dirección efectiva o de domicilio fiscal de las sociedades desde un Estado miembro a otro; b) aquellas operaciones que se realicen por parte de un establecimiento permanente de una sociedad que resida en la UE; y c) exencionar las operaciones de reestructuración. Aunque se dejó varias operaciones sujetas al impuesto sobre las operaciones societarias, como anteriormente hemos expuesto. Volviendo a lo llamativo que remarcábamos *supra*, y dos años después de esta ley, parece que el legislador utiliza la fórmula del Decreto-Ley como medida de urgencia, con el objetivo de establecer beneficios fiscales y ayudas directas para determinadas operaciones. En este sentido, LÓPEZ ESPADAFOR remarca que es lógico que ante situaciones, por ejemplo, de catástrofes naturales se establezcan una serie de beneficios fiscales «en prácticamente todos los decretos-leyes promulgados con tal motivo», pero resalta el autor que es por su carácter excepcional y urgente²¹²⁵. Por tanto, no nos deja de llamar bastante la atención, de que el legislador español haya decidido eliminar la imposición indirecta sobre las operaciones societarias mediante un decreto-ley, con el fin de adaptar la normativa española a las pretensiones de la Directiva.

Se puede pensar que dicha adaptación de la normativa española surge de la sentencia del TJUE, de 9 de julio de 2009, *Comisión/España*, Asunto C-397/07; ya que esta sentencia la normativa española sufre un revés en tres aspectos. El primero referente a que aquella sociedad que tiene la opción formal de acogerse al régimen fiscal especial sobre operaciones de fusiones y no lo hace, puede estar sujeto a la normativa de la imposición sobre operaciones societarias, aspecto que señaló el Tribunal contrario a la Directiva 69/335/CE. En segundo lugar, como

²¹²⁵ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: “Un importante campo de aplicación del Decreto-Ley en materia de ingresos y gastos públicos: Las catástrofes naturales”, *Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 398, 2016, págs. 92 y ss.

se producía un traslado de sede efectiva a España, y en el país previo de residencia se había optado por renunciar a la percepción de un impuesto sobre las aportaciones, en base a la dicha Directiva, no quiere decir que el segundo Estado miembro pueda, automáticamente aplicar dicho impuesto. Y en tercer lugar, que antes de que se produjese dicho traslado, la entidad que cambia de residencia operase en España mediante un establecimiento permanente y procediese de un Estado donde se careciera de una imposición sobre las operaciones societarias de aportación de capital, tributaria en España; determinando el Tribunal que dicha sujeción, aunque se pudiese evitar al acogerse al régimen especial de fusiones del Impuesto sobre sociedades, no era conforme al Derecho de la UE, puesto que sería contrario a los artículos 13 y 14 de la Directiva sobre concentración de capitales.

IV.- Especial relación entre la Directiva fiscal de fusiones y la Directiva sobre la concentración de capitales.

Como consideraciones previas a la determinación de los fines de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, que modifica a la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros ⁽²¹²⁶⁾, debemos manifestar que el tráfico económico se ve limitado por las incidencias fiscales que se generan sobre las operaciones societarias y de reestructuración empresarial. Ya que este aspecto supone una especial relación con la Directiva sobre concentración de capitales, y como señaló el autor *KERGALL* se debe hacer una conciliación entre la lucha contra la evasión fiscal y la neutralidad fiscal en las operaciones societarias y de reestructuración²¹²⁷. Aunque no solo existen incidencias en el ámbito fiscal, sino que desde la perspectiva mercantil se plantean diversos problemas que limitan la consecución de las operaciones societarias, al existir grandes distorsiones entre los regímenes legales

²¹²⁶ En adelante Directiva fiscal de fusiones.

²¹²⁷ *KERGALL, Y.: "Transfert d'actifs vers et hors d'une juridiction fiscale", Cahiers de Droit fiscal international, IFA, 1987, pág. 102.*

societarios²¹²⁸, aumentando la complejidad de la operación al tener que identificar qué ley -mercantil- es la aplicable; o incluso la existencia de limitaciones del Derecho laboral a las operaciones de reestructuración²¹²⁹. Ante estas limitaciones, se plantea la mayor, al constituirse el mercado interior común en detrimento de los mercados nacionales, destacando para ello las pérdidas de residencia de las empresas absorbidas o escindidas hacía el extranjero, perdiendo para ello la potestad fiscal sobre los contribuyentes que participan en esas operaciones. Es decir, el mercado común va a exigir, por su correcto funcionamiento, que todas las operaciones intracomunitarias de reestructuración o societarias se desarrollen de forma libre, sin ninguna distorsión, restricción o discriminación que se puedan derivar de alguna disposición fiscal -téngase en cuenta que se habla de la doble imposición- o de cualquier otra naturaleza, para cumplir con el principio de neutralidad²¹³⁰. Todo lo anterior, como remarcó CARBÓ VALVERDE y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, posibilitará la creación de una mayor integración de los mercados de la propiedad, del mercado laboral y del mercado de capitales, originando nuevos mercados y un aumento de la competitividad de las empresas²¹³¹. En definitiva, con la Directiva fiscal de fusiones se pretende alcanzar, entre otros objetivos, una mayor planificación y racionalización económica y mercantil por parte de los grupos empresariales.

Por tanto, la problemática actual no se mostrará entre un conflicto de la norma tributaria española frente a lo dispuesto en el Derecho de la UE, sino en aquellos agentes económicos que quieran desarrollar su actividad empresarial, mediante la creación de nuevas personas jurídicas o con la adquisición de personas jurídicas ya existentes, en otras jurisdicciones donde no hay una exención en la imposición indirecta sobre las operaciones societarias o de

²¹²⁸ En este sentido, es recomendable la lectura de las obras de NAVARRO EGEA, M.: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 62 y ss.

²¹²⁹ Debemos poner de manifiesto la existencia de los sistemas de representación en los órganos de administración previstos en Francia y Alemania, como ejemplo de las limitaciones en las operaciones de reestructuración internacionales.

²¹³⁰ Vid. CUESTA CABOT, G.: "Las reorganizaciones internacionales de empresas", *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 338, 2011, pág. 56.

²¹³¹ CARBÓ VALVERDE, S. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F.: "Las fusiones y adquisiciones de entidades financieras en la Unión Europea: evidencia", *Cuadernos de Información Económica*, núm. 180, 2004, pág. 75.

reestructuración empresarial. Dicho de otro modo, veremos sociedades que puedan verse afectadas y/o limitadas por la imposición indirecta dentro del mercado interior de la UE. Piénsese en aquella operación donde una sociedad en un Estado miembro de la UE, que decide constituir una sociedad *holding* para la compra de otra sociedad, en un Estado donde existe la exención de tributación en aquellas operaciones de reestructuración. Pasado un tiempo, la primera sociedad decide absorber la sociedad *holding*, por cualquier motivo económico válido y las participaciones de la tercera sociedad pasan a ser de titularidad de la primera. En cuanto a la normativa del Estado donde son exentas aquellas primeras operaciones de reestructuración, entiende que hay una segunda transmisión y que dicha exención, ya no es válida exigiendo la tributación de la operación societaria primera. En nuestra opinión, esta operación que puede encajar con el principio *arm's length* y con una clara existencia de motivos económicos válidos, y por tanto, puede verse en una situación de doble imposición, por un lado dicha exigencia de la imposición indirecta, pero ¿por qué no de la pérdida del diferimiento que supone acogerse al régimen fiscal común de las operaciones de fusión? En este sentido, se puede ver con la sentencia del Tribunal de Luxemburgo, en su sentencia de 19 de octubre de 2017, *AIR BERLIN PLC*, Asunto C-573/16; donde dicho Tribunal entendió, en sus conclusiones, no se puede perder el régimen fiscal común, al oponerse a que tributen transmisiones de acciones, mediante una transmisión de la titularidad jurídica de todas las acciones de una sociedad sin que se modificara la propiedad efectiva de las mismas. Y respecto a la tributación indirecta sobre la concentración de capitales, también se opone a que tributen transmisiones de acciones, puesto que no ha existido un cambio en la titularidad efectiva de la sociedad.

Por otro lado, piénsese el mismo ejemplo, pero que en vez de adquirir una sociedad en otro Estado miembro, lo que se pretende es invertir en bienes raíces. En este sentido, la sentencia del TJUE, de 6 de octubre de 2010, *INMOGOLF SA*, Asunto C-487/09; determinó que aquellas operaciones que intenten articularse mediante una entidad, por estar exentas en el gravamen de la imposición indirecta en materia de sociedades, podrá ser exigido dicho gravamen, siempre y cuando, se intente limitar la elusión fiscal. Es decir, en aquellas operaciones en

el marco de la transmisión de bienes inmuebles que sea articulada mediante la interposición de sociedades, con el fin de evitar figuras impositivas que graven la transmisión de tales bienes, se podrá exigir el gravamen de la imposición sobre la concentración de capitales, incluso en aquellos casos donde no haya una intención real de eludir el impuesto de aportaciones de capital.

V.- Conclusiones.

La primera deducción que obtenemos de lo expuesto en este trabajo es que el legislador español ha entendido la pretensión que tiene la Directiva sobre la concentración de capitales, ya no sabemos si por voluntad propia o por voluntad de alcanzar un mercado interior común sin obstáculos a las operaciones de creación, capitalización y/o mantenimiento de sociedades.

Y como segunda deducción, vemos que se trata de una armonización fiscal incompleta, donde posibilita que determinados Estados puedan seguir imponiendo obstáculos, tanto a sus agentes económicos como al resto de agentes de los Estados miembros, y que el objetivo de dicha Directiva, que en resumidas cuentas se puede decir que era una liberalización del mercado, el fomento de la inversión y, en última instancia, la creación de empleo, no se podrá conseguir mientras se respete la idea de soberanía a través de una regla de unanimidad, que, además, no representa las características de representación democrática que, constitucionalmente, están instaladas en los Estados sociales y democráticos de Derecho dentro de la UE. Por tanto, creemos que esta doble situación, donde existe una norma superior que respeta una norma inferior, no posibilita una mayor integración y, por tanto, un mercado interior común donde todos los agentes puedan competir en igualdad de condiciones sin alteraciones en materia tributaria.

Bibliografía.

CARBÓ VALVERDE, S. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F.: “Las fusiones y adquisiciones de entidades financieras en la Unión Europea: evidencia”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 180, 2004.

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 4 de diciembre de 2006, COM (2006) 760 final, “*Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales*”.

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 685 final, “*Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS)*”.

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 683 final, “*Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)*”.

CUESTA CABOT, G.: “Las reorganizaciones internacionales de empresas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 338, 2011.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1988.

KERGALL, Y.: “Transfert d’actifs vers et hors d’une juridiction fiscale”, *Cahiers de Droit fiscal international*, IFA, 1987.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho internacional general en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: “La regla de la unanimidad en la producción normativa comunitaria de carácter tributario”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 6, 2005.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: “Un importante campo de aplicación del Decreto-Ley en materia de ingresos y gastos públicos: Las catástrofes naturales”, *Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 398, 2016.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Privilegios e inmunidades fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MARTÍN BARAHONA, F.: "Operaciones societarias: crónica de una desaparición anunciada del impuesto español sobre las aportaciones de capital", *Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 335, 2011.

NAVARRO EGEA, M.: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

VILLARÍN LAGOS, M.: "La compatibilidad entre el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y la Directiva 69/335/CEE (LA LEY 970/1969)", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 231, 2004.

Imposición sobre las rentas empresariales activas: reflexiones en torno al concepto de “fuente de renta”²¹³²

Andrea Laura Riccardi Sacchi

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

Universidad de Valencia

1. Introducción

Los criterios hoy utilizados para determinar la fuente de las rentas empresariales parecen evidenciar una falta de adecuación a la realidad económica y a las prácticas empresariales actuales. De modo de garantizar una justa tributación, y distribución de la carga tributaria entre naciones, allí donde la renta realmente se genera o tiene su origen, parece ser necesario *aggiornar* los "factores de conexión" (o reglas de *nexus*) generalmente utilizados.

Por su parte, el archiconocido Plan de acción BEPS (por las siglas en inglés, *Base Erosion and Profit Shifting*) proclama la alineación de la imposición sobre las rentas empresariales con la realización de actividades y la creación de valor. Pero en una economía caracterizada por la deslocalización de la cadena de valor empresarial, la desintermediación y la desmaterialización de los bienes y servicios transados, el definir el lugar de realización de actividades o de creación de valor no resulta una tarea sencilla.

En dicho contexto, el presente trabajo tiene por objeto realizar algunas reflexiones en torno al concepto de “fuente de renta”, en particular, a la fuente

²¹³² La autora se encuentra realizando su tesis doctoral, titulada “Revisión post-BEPS de la conexión jurisdiccional (*nexus*) en fuente en base a la experiencia latinoamericana. Caso de los beneficios derivados de la prestación transfronteriza de servicios en la imposición a la renta corporativa”, en la Universidad de Valencia, España. La presente comunicación fue presentada en el “II Congreso Nacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Jurídicas”, 20 y 21 de septiembre de 2018, Facultad de Derecho, Universidad de Málaga. Las opiniones vertidas en el presente artículo pertenecen a la autora y son de su entera responsabilidad, no comprometiendo por tanto la opinión de ninguna institución.

de las rentas empresariales activas²¹³³. Por tales entendemos aquellas rentas provenientes de cualquier tipo de actividad comercial, industrial o de servicios, que, combinando capital y trabajo, requiere de una conducción activa del negocio. En tal sentido, comentaremos sobre el paradigma fuente-residencia, paradigma que actualmente rige la distribución de la potestad tributaria entre naciones, la importancia del concepto de “fuente de renta”, así como los criterios que tradicionalmente han sido utilizados para determinarla.

2. Distribución de la potestad tributaria en el orden internacional: el paradigma fuente-residencia

El paradigma fuente-residencia ha sido hasta ahora el estándar acordado a nivel internacional en materia de distribución de las rentas derivadas de transacciones en las que dos o más jurisdicciones se encuentran involucradas (en adelante, “rentas transfronterizas”), remontándose su origen al trabajo realizado por la Liga de Naciones en el segundo decenio del siglo pasado, trabajo que fue continuado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) y la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU).²¹³⁴

Así la noción de “país de la fuente” y “país de la residencia”, surge a partir de los principios rectores de asignación de la potestad tributaria y su distribución sobre las rentas transfronterizas. En efecto, dichos conceptos se basan en el “principio de renta territorial” o “principio de la fuente”, y en el “principio de renta mundial”, comúnmente denominado “principio de la residencia”, por

²¹³³ En contraposición a las rentas pasivas (i.e. dividendos, intereses, regalías, rentas por arrendamiento y ganancias de capital)

²¹³⁴ “Estas organizaciones han establecido las ‘reglas internacionales del juego’, las cuales ayudan a los países a organizar sus relaciones en términos fiscales con otros países. Ciertas reglas han sido desarrolladas, por ejemplo, en relación a la asignación de potestad tributaria entre países de la fuente y de la residencia y ciertos principios han sido acordados para regular los precios de transferencia a efectos fiscales cuando bienes, servicios, tecnología y préstamos son intercambiados entre afiliadas de una empresa multinacional” (traducción libre, OCDE, *Taxing Profits in a Global Economy. Domestic and International Issues*, Working Party No 2 on Tax Analysis and Tax Statistics of the Committee of Fiscal Affairs, OECD Publications, París, 1991, p. 13)

basarse justamente en este último concepto.²¹³⁵ En general, puede decirse que país de la fuente y país de la residencia designan al país receptor o de destino, y país de origen, de la inversión, respectivamente.

Siguiendo el principio de la fuente, cabe señalar que una jurisdicción someterá a imposición solamente la renta cuya “fuente” se considera localizada dentro de su territorio, en tanto, el principio de renta mundial, proclama la imposición no sólo de la renta de fuente local, sino también de la renta de fuente extranjera, es decir, la renta de fuente mundial, i.e. la obtenida tanto dentro como fuera de sus fronteras.

Para el ejercicio de la potestad tributaria se requiere la identificación de ciertos “factores de conexión” o reglas de *nexus*, es decir, cierta vinculación de la renta con el territorio del Estado impositor, de modo de legitimar la imposición. ATCHABAHIAN Y SCHINDEL²¹³⁶ definen “la conexión jurisdiccional” como “los criterios que conectan el elemento material del hecho imponible con el alcance del poder impositivo de un Estado” y agregan que este poder impositivo se basa en el “principio de soberanía fiscal”, i.e., “la capacidad de una nación para perseguir cualquier política tributaria que elija, libre de influencias externas”. Así dicho *nexus* puede ser de tipo objetivo, de basarse en consideraciones de índole económica (e.g. el desarrollo de una actividad, la explotación de un bien material o inmaterial, etc.) o de tipo personal, en caso de basarse en alguna característica personal del titular de la renta (e.g. su residencia, nacionalidad o domicilio).

²¹³⁵ Respecto al término "territorialidad", cabe citar la acertada reflexión de ATCHABAHIAN Y SCHINDEL: “aunque el término ‘territorialidad’ a menudo se visualiza como sinónimo de fuente, debe señalarse que, en términos generales, el primero se refiere a la conexión geográfica, ya sea sobre la base de criterios objetivos (fuente...) o basada según criterios subjetivos (personas domiciliadas o nacionales)” (traducción libre, ATCHABAHIAN, A. Y SCHINDEL, A., “Source and residence: a new configuration of their principles - General Report”, en Cahier de Droit International (IFA), Vol. 90a, 2005, p. 29). Según MASSONE el ejercicio de la potestad tributaria se encuentra sometido a dos tipos de limitaciones: por un lado, un orden de limitaciones que deriva de la existencia de ciertos principios jurídicos de carácter constitucional (igualdad ante los impuestos, legalidad del impuesto y respeto a la propiedad privada), y por otro, un orden de limitaciones derivado de la coexistencia de los Estados en el orden internacional, apareciendo el poder de cada Estado limitado por el “principio de territorialidad”. Según el principio de territorialidad, “ningún Estado puede actuar fuera de su territorio para determinar impuestos que afecten rentas nacidas en territorio ajeno y pertenecientes a los súbditos o residentes de este último, ni pretender cobrar dichos impuestos” (MASSONE PARODI, PEDRO, *Principios de Derecho Tributario*, Edeval, Valparaíso, 1975, pp. 29 y 34)

²¹³⁶ Traducción libre, ATCHABAHIAN, A. Y SCHINDEL, A., “Source and residence...”, pp. 28 y 29

Principio de la fuente y principio de la residencia, sin ser excluyentes, vale destacar, se complementan. En efecto, los países suelen aplicar ambos al mismo tiempo, esto es, en el caso de los sujetos residentes (vinculación de tipo personal con el territorio de dicho Estado), suelen someter a imposición sus rentas de fuente mundial, en tanto, en el caso de los sujetos no residentes, solamente las rentas que éstos obtienen al interior de su territorio serán sometidas a imposición. En el primer caso, el argumento de aplicación de una tributación en base a la renta mundial, radica principalmente en la defensa de los conceptos de capacidad contributiva y equidad, en tanto que, en el caso de la tributación de los no residentes, el fundamento para la imposición suele encontrarse en la llamada “teoría del beneficio”. Dicha teoría afirma que el no residente al obtener su renta en el “país de la fuente” se beneficia de ciertos servicios públicos provistos por el gobierno de dicho Estado, y por ello, es que éste tiene derecho a someter a imposición dicha renta. Por otra parte, la neutralidad en la exportación y la neutralidad en la importación de capitales, son proclamadas por el principio de la residencia y el principio de la fuente, respectivamente.

El uso de ambos principios, e incluso, la definición de los puntos de conexión en forma diversa, acarrea consigo doble (múltiple) imposición jurídica internacional. El tributar en dos o más jurisdicciones sobre una misma renta, es claramente no deseable para los flujos comerciales y la inversión, y en busca de una solución es que los países optaron por comenzar a suscribir los llamados “Convenios para Evitar la Doble Imposición en materia de imposición a las rentas y el patrimonio” (en adelante, CDIs). A partir de los mismos, los Estados se distribuyen la potestad tributaria sea en forma exclusiva, sea en forma compartida, y en este último caso, existe acuerdo en que es el país de la residencia del titular de la renta quien debe garantizar alguna medida para evitar la doble imposición, reconociéndose de esta forma la prioridad del Estado de la fuente a gravar la renta. En efecto, la potestad del país fuente de gravar a sujetos no residentes se limita al gravamen de las rentas generadas dentro de sus fronteras territoriales, pero en el orden fiscal internacional y de buscarse dar solución al problema de la doble imposición internacional, existe consenso en que es el país

de la residencia el que debe o bien otorgar crédito fiscal por el impuesto pago en la fuente o simplemente exonerar las rentas de fuente extranjera. En tal sentido, reconocida doctrina sostiene que “la imposición en fuente es a la vez geográficamente constreñida, pero también superior en términos jurisdiccionales a la imposición en residencia”.²¹³⁷

El criterio de asignación de la potestad tributaria sobre las rentas empresariales en base al concepto de establecimiento permanente (en adelante, EP), sobre el que volveremos luego, es recogido en el Artículo 7²¹³⁸ tanto del modelo de convenio propuesto por la OCDE como por la ONU (en adelante, MC OCDE y MC ONU, respectivamente). El mismo establece que las rentas de una empresa residente de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en dicho Estado a no ser que la empresa actúe en el otro Estado Contratante por medio de un EP situado en éste. De ser así, se entiende que los beneficios de la empresa atribuibles a dicho EP, podrán ser gravados ilimitadamente en el Estado en que éste se encuentra localizado, siendo el Estado de residencia de la empresa el encargado de garantizar una medida para evitar la doble imposición internacional. Como vimos, ello es muestra de consenso respecto del derecho prioritario del país fuente a gravar las rentas empresariales, siempre y cuando se cumplan unas determinadas condiciones. En tal sentido, afirma CARMONA²¹³⁹, que a través de la figura del EP se busca ser respetuoso con el derecho legítimo del Estado de la fuente a reclamar la tributación de una porción de las rentas derivadas de “una actividad empresarial asentada, estable y trascendente en su territorio”.

²¹³⁷ Traducción libre, SHAY, STEPHEN E., FLEMING, J. CLIFTON (JR.) Y PERONI, ROBERT J., “The David R. Tillinghast lecture: ‘What's source got to do with it?': source rules and U.S. international taxation”, *Tax Law Review*, Vol. 56, No 1, 2002, p. 83

²¹³⁸ Titulado *Business profits* en ambos modelos (“Beneficios empresariales”, según versión traducida al español/castellano, MC OCDE 2010)

²¹³⁹ CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR, “La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas”, *Crónica Tributaria (IEF)*, No 145, 2012, p. 40

3. ¿Por qué importa el concepto de “fuente de renta”?

Suele identificarse el interés de la fuente con los países en desarrollo, dado que, en su mayoría, suele tratarse de países importadores netos de capital. No obstante, el determinar la fuente de las rentas empresariales transfronterizas es de interés tanto para los países en desarrollo como para los países desarrollados, pues si bien la tributación en fuente ha sido defendida tradicionalmente por los países importadores de capital, jugando la más prestigiosa doctrina latinoamericana²¹⁴⁰ un rol fundamental, incluso los países desarrollados, defensores del principio de renta mundial, procuran someter a imposición la renta obtenida por sus no residentes, cuya “fuente” se localiza dentro de su territorio. Adicionalmente para la aplicación de los métodos para evitar la doble imposición (crédito o exención), los “países de la residencia” deben identificar el carácter local o extranjero de la fuente de la renta.

Comentamos que principio de la fuente y principio de la residencia conviven pacíficamente, variando el *mix* entre uno y otro tipo de imposición según el país. Si bien vale reconocer mayor fuerza del criterio de la residencia en los países desarrollados, en virtud de que suelen ser sus residentes quienes exportan capital y obtienen ingresos en el exterior, se evidencia una cierta “convergencia hacia la territorialidad”²¹⁴¹, i.e. la constatación de una tendencia a la aplicación del criterio de la residencia junto al régimen de exención para las rentas originadas en el extranjero, sean éstas obtenidas a través de un EP o

²¹⁴⁰ Existe amplia y destacada doctrina latinoamericana de la década de 1970 y 1980, base para la aplicación del principio de la fuente, y, por tanto, de cita obligatoria en el presente trabajo.

²¹⁴¹ FALCÓN Y TELLA, RAMÓN, “Tendencias actuales en los criterios de sujeción al tributo: hacia la territorialidad”, *Crónica Tributaria* (IEF), No 100, 2001, pp. 53-60. BARREIX Y VELAYOS señalan que la aplicación de los criterios de renta mundial y territorial en sentido estricto no representa la realidad actual, sino que es posible identificar un “espectro” de situaciones (BARREIX, A. Y VELAYOS, F., “Towards a New Form of International Taxation: The View from Latin America and the Caribbean”, *Intertax* (Wolters Kluwer), Vol. 41, 2013, pp. 129-131). Asimismo, véase: D’ANGELO, PABLO, “De la reducción en la tributación del capital y los cambios producidos en los Estados que siguen criterios distintos del de la fuente”, *Revista Tributaria* (IUET), Tomo XXXIV, No 197, 2007, pp. 199-222; KEMMEREN, ERIC, “Ensuring a sound tax base in developing countries”, Paper presentado en *Pay your taxes where you add the value* (La Haya), 2015, p. 27

recibidas como distribuciones de subsidiarias en el exterior, lo cual equivaldría a gravar la renta de fuente territorial.²¹⁴²

No obstante, el contexto parece reivindicar un análisis conceptual del actual paradigma. El archiconocido Plan de acción BEPS proclamó la necesidad de “una realineación de la imposición y de las actividades productivas esenciales para restaurar los efectos y los beneficios pretendidos por los estándares internacionales, que puede que no hayan evolucionado a la par de los cambiantes modelos empresariales y de la evolución tecnológica”.²¹⁴³ La OCDE señala que el mencionado plan de acción se centra en solucionar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, agregando que, pese a que las acciones para combatir BEPS restaurarán la imposición tanto en la fuente como en la residencia, “estas acciones no están directamente dirigidas a cambiar los estándares internacionales actuales sobre la distribución de las potestades impositivas respecto de los ingresos transfronterizos”.²¹⁴⁴ Es decir, no pretende cambiar el paradigma “fuente-residencia” hasta ahora vigente, sino “restaurar” la

²¹⁴² Nótese que los sistemas de renta territorial y de renta mundial con exención de rentas de fuente extranjera, suelen combinarse con normas anti-abuso, e.g. reglas CFC (por sus siglas en inglés, *Controlled Foreign Companies*). Según surge del trabajo “Designing a Territorial Tax System: A Review of OECD Systems”, de POMERLEAU Y JAHNSEN (Tax Foundation, Fiscal Fact, No. 554, 2017, pp. 23), sobre un estudio de 35 países miembros de la OCDE, 29 de estos países exoneran (*participation exemption*) los dividendos de fuente extranjera y 26 las ganancias de capital de fuente extranjera, siendo 25 los que ofrecen una exención en ambos casos. SERRANO ANTÓN manifiesta la tendencia de algunos Estados industrializados hacia una tributación territorial, semi territorial de las rentas o mundial con exención, fenómeno que la doctrina ha denominado como de contracción de la soberanía fiscal de los Estados (“Hacia una reformulación de los principios de sujeción fiscal”, IEF DOC No 18/06, pp. 30). TOMAZELA SANTOS señala que a nivel global se evidencia una migración hacia un régimen impositivo territorial (vía un régimen de exención total o parcial en la imposición a la renta, de las dividendos de fuente extranjera), identificando como causas principales, las siguientes: la competencia fiscal internacional, una creciente ola de reincorporaciones corporativas (*corporate inversions*), el impacto negativo del principio de renta mundial sobre la competitividad empresarial en la escena mundial, y los beneficios socioeconómicos de la repatriación de beneficios (“Territorial tax systems: motivations and key considerations for effective change”, Tax Notes International, Vol. 89, No 10, 2018, p. 926). Para GRAETZ, el concepto de empresa “residente” es una ficción cada vez más insignificante y fútil en relación con las MNEs, y es por ello que propone un sistema de exención de la renta activa de fuente extranjera. “A tax regime based on residence or nationality can be somewhat difficult to implement in the case of individuals... But in the case of corporations, the idea of residence is largely an effort to put flesh into fiction, to find economic and political substance in a world occupied by legal niceties. It is no accident that we call corporations doing business around the world ‘multinationals’” (GRAETZ, MICHAEL J., “Taxing International Income - Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policy”, Faculty Scholarship Series Paper 1618, 2001, p. 320)

²¹⁴³ OCDE, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, 2013, p. 15

²¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 13

tributación en fuente y residencia que se ha perdido, por la existencia de inconsistencias entre los sistemas nacionales, lagunas jurídicas, o normas domésticas y convenidas obsoletas, que habilitan a las empresas a llevar adelante maniobras de planificación fiscal. En definitiva, se llama a la coordinación y actualización normativa. Por ello, si se quiere restaurar la tributación en fuente (y en residencia), y se exige una actualización normativa, cabe primero realizar el ejercicio de preguntarse cuál es y dónde se localiza la fuente, en otras palabras, identificar el lugar dónde se realiza la actividad generadora de la renta y por tanto, cuál es el país o los países fuente, buscando establecer nuevos puntos de conexión, acordes a la realidad económica presente, o al menos modificar los existentes, y asegurar así una equitativa imposición en fuente sobre las rentas empresariales transfronterizas. Adicionalmente, es éste un paso necesario para la posterior, no menos compleja tarea, de atribución de beneficios, i.e. de cuantificación de la renta a atribuir a cada jurisdicción involucrada.

4. La “fuente” de las rentas empresariales

De acuerdo al diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, la palabra “fuente” deriva del lat. *fons, fontis*, siendo una de sus acepciones “principio, fundamento u origen de algo”.²¹⁴⁵ En el campo del derecho tributario, BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN Y STAMP, en el reporte presentado ante la Liga de Naciones en 1923²¹⁴⁶, señalaban que “origen” de la riqueza, refiere al lugar donde la riqueza es producida, i.e. la comunidad cuya vida económica hace posible la renta o la adquisición de la riqueza.

Anteriormente nos hemos referido al principio de la fuente, en virtud del cual, la imposición a la renta se limita a los hechos imponibles cuya “fuente económica” se considera localizada en el seno del Estado impositor, denominado comúnmente “país de origen” de la renta o “país fuente” de la misma. Cabe señalar que por “fuente económica” de una renta entendemos el o los elementos

²¹⁴⁵ <http://dle.rae.es/?id=IYZhVtl> (f.c.22/07/2018)

²¹⁴⁶ LIGA DE NACIONES, *Report on double taxation: submitted to the Financial Committee by professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp*, Ginebra, 1923, pp. 23 y 24

generadores de la renta. En tal sentido, ROSSETTO²¹⁴⁷ señala que la expresión “fuente de una renta”, es utilizada con un sentido ambivalente: por un lado, refiere a los factores productivos, factor “trabajo”, factor “capital” o una combinación de ambos, que generan la renta (fuente económica o fuente productora), y por otro, al ámbito espacial en que dichos factores deben considerarse utilizados (fuente territorial). En tal sentido, la fuente territorial de una renta estaría determinada por el lugar en que está ubicada su fuente económica, i.e. donde los factores productivos son utilizados. También dentro de la doctrina latinoamericana, para MARGAIN²¹⁴⁸, “la fuente del ingreso gravable” es “el lugar de donde se obtiene la utilidad, base del impuesto, independientemente de la nacionalidad o de la residencia del sujeto”. Al referirse al concepto general de fuente, distingue el caso de los impuestos reales, cuando el impuesto grava sobre la renta del capital y del trabajo (caso de las empresas), objetivos, cuando grava ingresos procedentes del capital, y personales, cuando recae sobre los rendimientos del trabajo. En el caso de los impuestos reales, caso de interés para nuestro análisis, el autor define fuente como “el espacio territorial donde la actividad mercantil de la empresa se desarrolla, y de la cual derivan ingresos gravables por impuestos reales”.

Para VALDÉS COSTA²¹⁴⁹, “... el problema de la imposición en la fuente no se agota con la aceptación en abstracto del principio, sino que es imprescindible dar criterios concretos para su exacta locación.” En igual sentido, VOGEL²¹⁵⁰ señala que el tipo de conexión que determina la “fuente” de una renta (*source of income*) no puede ser definido en general (el concepto señala, no es *self-defining*) y lo único que se puede afirmar es que la “fuente” refiere al Estado que de una u otra forma está conectado a la producción de la renta en cuestión, al Estado donde se agrega valor a un bien. En opinión de este autor, el concepto de “fuente”

²¹⁴⁷ ROSSETTO, JORGE, “Algunas reflexiones sobre el tema de la fuente territorial de las rentas y la ponderación de sus factores productivos”, en: *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa*, Tomo II, 1º Ed., FCU, Montevideo, 1999, pp. 1185 y 1186

²¹⁴⁸ MARGAIN, HUGO. B., *Tesis para evitar la doble tributación en el campo internacional en materia del impuesto sobre la renta, basada en la teoría de la fuente del ingreso gravable*, México, 1956, pp. 62

²¹⁴⁹ VALDÉS COSTA, RAMÓN, *Estudios de Derecho Tributario Internacional*, Rosgal, Montevideo, 1978, p. 168

²¹⁵⁰ VOGEL, KLAUS, “Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments”, *Intertax* (Wolters Kluwer), Vol. 16, Issue 8/9, 1988, p. 223

es inequívoco sólo en lo que excluye: la imposición basada en “fuente” es diferente de la imposición basada en residencia o en ciudadanía. Para VOGEL²¹⁵¹ determinar el “país fuente” de una renta, entendiendo por renta dice, “un incremento en la riqueza”, requiere identificar el lugar donde dicho incremento acaece. Y a diferencia del *situs* de objetos tangibles, el cual es fácil de identificar al estar estos objetos situados en el espacio, un incremento en la riqueza, puede tener, y mayormente tiene diversas causas, que pueden tener diferentes locaciones. Al ser la combinación de estas causas la que produce el mencionado incremento, se pregunta, ¿cómo podemos seleccionar una de estas causas combinadas, como particularmente decisiva y, por tanto, como “la” fuente de la renta en cuestión? La respuesta, lejos de ser evidente, dice, es una decisión, un acto jurídico. En esta línea, SHAY, FLEMING Y PERONI²¹⁵² señalan que la construcción de las reglas para determinar la fuente de renta, ha sido un “ejercicio significativamente arbitrario”.

Tal como comentáramos en el apartado 1, en materia de rentas empresariales transfronterizas el estándar internacional a nivel de los CDIs ha sido el criterio del EP. El concepto de PE se desarrolló como un umbral mínimo que, una vez cruzado, indica una “presencia económica significativa” de un contribuyente extranjero en el Estado de la fuente. Los partidarios del instituto del EP, entienden que, en la caracterización como un PE, la “pertenencia económica” (*economic allegiance*) requerida para justificar la tributación en el Estado de la fuente puede ser demostrada; la atribución de potestad tributaria se considera compensa los costos incurridos por el gobierno local en el desarrollo de la infraestructura utilizada por el contribuyente no residente para generar la renta.²¹⁵³ El principio subyacente a esta lógica proclama que hasta que una empresa de un Estado que actúa en otro Estado, no constituya un EP en éste

²¹⁵¹ VOGEL, KLAUS, “State of residence” may as well be “state of source” – there is no ‘contradiction”, Bulletin for International Fiscal Documentation (IBFD), Vol. 59, No 10, 2005, p. 420

²¹⁵² SHAY, STEPHEN E., FLEMING, J. CLIFTON (JR.) Y PERONI, ROBERT J., “The David R. Tillinghast lecture: ‘What’s source got to do with it? ...’, pp. 83 y 84

²¹⁵³ BIANCO, J.F. Y TOMAZELA SANTOS, R., “A Change of Paradigm in International Tax Law: Article 7 of Tax Treaties and the Need to Resolve the Source Versus Residence Dichotomy”, Bulletin International Taxation (IBFD), Vol. 70, N°3, 2016, pp. 2 y 3

último, no debe considerarse que la empresa participa en la vida económica de ese Estado al punto de que deba otorgársele potestades tributarias. La tributación en fuente se justifica entonces en que el establecimiento participa en la vida económica de dicho país, haciendo uso de su infraestructura.

La mayor o menor amplitud de la definición de EP resulta pues de vital importancia para los intereses de los Estados fuente, pues cuanto menos amplio sea el concepto, mayor será la renuncia de potestad tributaria. MAZZ²¹⁵⁴, señala que el criterio del EP “corresponde al lugar donde se localiza la actividad de la persona individual o colectiva, y se utiliza con respecto a empresas comerciales”, destacando que existe en la descripción del concepto “toda una gama de matices, que lo amplían y lo reducen, según los intereses de los países que lo manejen”, el cual, “en su acepción más amplia, podría coincidir con el criterio de la fuente”. Por su parte, VALDÉS COSTA²¹⁵⁵, acérrimo defensor del principio de la fuente, ha señalado que el principio de la fuente implica la negación del concepto de EP como elemento decisivo para admitir la competencia tributaria del país donde la renta efectivamente se produce. Afirma éste que el instituto del EP es “una consecuencia del principio del domicilio; ante la imposibilidad lógica de negar el derecho del país de la fuente en ciertos casos evidentes (como el de las sucursales, minas, talleres) se crea esta figura nueva en el derecho para contemplar esa realidad innegable sin renunciar al principio. De esta manera se considera a la empresa como instalada (domiciliada) en el país de la fuente.”²¹⁵⁶ Según este autor, la exigencia de que exista un EP como requisito para reconocer el derecho de imposición del país en el cual la ganancia se materializa, implica el sostenimiento del principio del domicilio y el desconocimiento del principio de la fuente en lo que refiere a las rentas empresariales.²¹⁵⁷ Así opina que el criterio de EP previsto en el MC OCDE y MC ONU respecto de las rentas empresariales,

²¹⁵⁴ MAZZ, ADDY, *Curso de Derecho Financiero y Finanzas*, Tomo I, Vol. 1, 3ª Ed., FCU, Montevideo, 1991, p. 250

²¹⁵⁵ VALDÉS COSTA, RAMÓN, “Territorialidad de la imposición. El modelo latinoamericano en teoría y práctica”, *Revista Tributaria (IUNET)*, No 58, 1984, pp. 41 y 42

²¹⁵⁶ VALDÉS COSTA, RAMÓN, *Estudios de Derecho Tributario Internacional*, Rosgal, Montevideo, 1978, pp. 32 y 33

²¹⁵⁷ VALDÉS COSTA, RAMÓN, “Las empresas multinacionales ante el Derecho Tributario”, *Revista Tributaria (IUNET)*, No 131, 1996, p. 157

implica renunciar al principio de la fuente, no sólo como criterio exclusivo, sino también como criterio prioritario, y reconocer la prioridad, por el contrario del país de residencia.²¹⁵⁸ GIANNI PRIETO²¹⁵⁹ sostiene que el criterio de EP “no es un criterio diferente para evitar la doble imposición”, refiriéndose a los criterios del domicilio o residencia y de la fuente, “sino una prolongación del criterio del domicilio que los países desarrollados admiten como concesión a favor de los países en vías de desarrollo”. MARGAIN distingue “dos teorías para evitar la doble imposición en el campo internacional: la del establecimiento permanente y la de la fuente del ingreso gravable.” Según la primera, un Estado puede gravar las operaciones mercantiles de las empresas, siempre que cuenten con un EP situado en su territorio, en tanto según la teoría de la fuente, el lugar donde se han generado los ingresos es donde debe pagarse el impuesto, independientemente de la residencia de los contribuyentes y del sitio en que se hubieran celebrado los contratos que dieron motivo a la operación.

Pese a la limitación de la tributación en fuente que el criterio de EP significa, el mismo, quizás por razones de practicidad (razones que no obstante hoy puede que se hayan superado a partir de los avances tecnológicos y nivel de cooperación internacional), ha sido de aceptación por la comunidad internacional, incluyendo los países importadores de capital, entre ellos los países latinoamericanos, y es así que ha primado como criterio de imposición sobre las rentas empresariales a nivel de los CDIs. En efecto, es sabido que, a raíz de los convenios internacionales suscritos, inspirados en el MC OCDE y el MC ONU, y el reparto de la potestad tributaria que ello conlleva, los países latinoamericanos, netamente importadores de bienes y servicios, han estado limitando su derecho a someter a gravamen rentas cuya fuente se localiza en sus territorios. Los pilares del concepto de EP, i.e. una presencia física con cierto grado de permanencia en el tiempo del no residente en el mercado de destino de los bienes o servicios comercializados, parecen hoy no ser condición necesaria para llevar a cabo una actividad económica en el exterior. Por otra parte,

²¹⁵⁸ VALDÉS COSTA, RAMÓN, *Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano*, Rosgal, Montevideo, 1982, p. 288

²¹⁵⁹ GUTIÉRREZ PRIETO, GIANNI, “Análisis tributario del comercio electrónico”, *Revista Tributaria (IJET)*, Tomo XXVIII, No 161, 2001, p.168

continuar con el “pretexto” de justificar la existencia del instituto como un “criterio simplificador” en lo que refiere a costos en materia de administración y cumplimiento para administraciones tributarias y contribuyentes, respectivamente, no resulta del todo sensato, en especial, en virtud de que la digitalización, así como plantea problemas, provee de nuevas soluciones en dicha materia.

5. Reflexiones finales

No hay duda que el determinar la fuente de las rentas empresariales transfronterizas es de interés tanto para los países en desarrollo como para los países desarrollados, pues si bien la tributación en fuente ha sido defendida tradicionalmente por los países importadores de capital, incluso los países desarrollados, defensores del principio de renta mundial, procuran someter a imposición la renta obtenida por sus no residentes cuya fuente se localiza dentro de su territorio, y deben poder identificar el carácter local o extranjero de la fuente de la renta a efectos de efectivizar la aplicación de los métodos para evitar la doble imposición internacional. Asimismo, dijimos que se constata una tendencia a la adopción de sistemas de imposición más territoriales.

No existe una definición de “fuente” universalmente aceptada. Los criterios de determinación de la fuente de una renta son producto de cierto contexto político, social y económico, y se consagran a nivel de la legislación doméstica y convenida de los Estados. Tal es así que, aun asumiendo el principio de la fuente como único principio de asignación de la potestad tributaria, podríamos encontrar situaciones de doble (múltiple) imposición internacional, así como de no imposición, producto de diversas definiciones de fuente de renta. No obstante, si bien la definición se encuentra bajo el control de cada país, puede decirse que ella se encuentra sujeta a ciertos estándares internacionales de aceptabilidad y legitimación.

En lo que refiere al concepto de EP, no hay duda que el instituto del EP representó desde sus orígenes una limitación a la aplicación del principio de la fuente en su sentido más puro. No obstante, al momento de su introducción, hace

un siglo, cuando la imposición sobre las rentas obtenidas en una jurisdicción por un no residente, producto de actividades esporádicas, resultaba de difícil control, su aceptación parecía razonable. Asimismo, mayormente la operativa comercial y las inversiones a nivel internacional requerían de una presencia física y una relativa permanencia en el tiempo, allí en el mercado de destino de comercialización de los bienes y servicios; puede decirse que los casos que no cumplían con el requisito del EP eran pocos y/o las rentas no significativas. Pero en la actualidad, en la era de la economía digital, el instituto del EP, basado en la existencia de una presencia de tipo física con cierto grado de permanencia en el tiempo, resulta en un evidente anacronismo, cada vez mayor, a partir del continuo y acelerado progreso tecnológico.

Bibliografía

ATCHABAHIAN, A. Y SCHINDEL, A., "Source and residence: a new configuration of their principles - General Report", en Cahier de Droit International (IFA), Vol. 90a, 2005, pp. 21-99

BARREIX, A. Y VELAYOS, F., "Towards a New Form of International Taxation: The View from Latin America and the Caribbean", Intertax (Wolters Kluwer), Vol. 41, 2013, pp. 128-139

BIANCO, J.F. Y TOMAZELA SANTOS, R., "A Change of Paradigm in International Tax Law: Article 7 of Tax Treaties and the Need to Resolve the Source Versus Residence Dichotomy", Bulletin International Taxation (IBFD), Vol. 70, N° 3, 2016, pp. 12

CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR, "La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas", Crónica Tributaria (IEF), No 145, 2012, pp. 39-57

D'ANGELO, PABLO, "De la reducción en la tributación del capital y los cambios producidos en los Estados que siguen criterios distintos del de la fuente", Revista Tributaria (IUNET), Tomo XXXIV, No 197, 2007, pp. 199-222

FALCÓN Y TELLA, RAMÓN, "Tendencias actuales en los criterios de sujeción al tributo: hacia la territorialidad", *Crónica Tributaria* (IEF), No 100, 2001, pp. 53-60

GRAETZ, MICHAEL J., "Taxing International Income - Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policy", *Faculty Scholarship Series Paper* 1618, 2001, pp. 77

GUTIÉRREZ PRIETO, GIANNI, "Análisis tributario del comercio electrónico", *Revista Tributaria* (IUNET), Tomo XXVIII, No 161, 2001, pp. 165-180

KEMMEREN, ERIC, "Ensuring a sound tax base in developing countries", Paper presentado en *Pay your taxes where you add the value* (La Haya), 2015, pp. 29

LIGA DE NACIONES, *Report on double taxation: submitted to the Financial Committee by professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp*, Ginebra, 1923, pp. 51

MARGAIN, HUGO. B., *Tesis para evitar la doble tributación en el campo internacional en materia del impuesto sobre la renta, basada en la teoría de la fuente del ingreso gravable*, México, 1956, pp. 62

MASSONE PARODI, PEDRO, *Principios de Derecho Tributario*, Edeval, Valparaíso, 1975, pp. 384

MAZZ, ADDY, *Curso de Derecho Financiero y Finanzas*, Tomo I, Vol. 1, 3ª Ed., FCU, Montevideo, 1991, pp. 275

OCDE, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, 2013, p. 49; *Taxing Profits in a Global Economy. Domestic and International Issues* (Working Party No 2 on Tax Analysis and Tax Statistics of the Committee of Fiscal Affairs), OECD Publications, París, 1991, pp. 470

POMERLEAU, K. Y JAHNSEN, K., "Designing a Territorial Tax System: A Review of OECD Systems", *Tax Foundation, Fiscal Fact*, No. 554, 2017, 23

ROSSETTO, JORGE, "Algunas reflexiones sobre el tema de la fuente territorial de las rentas y la ponderación de sus factores productivos", en: *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa*, Tomo II, 1º Ed., FCU, Montevideo, 1999, pp. 1181 y 1193

SHAY, STEPHEN E., FLEMING, J. CLIFTON (JR.) Y PERONI, ROBERT J., "The David R. Tillinghast lecture: 'What's source got to do with it?': source rules and U.S. international taxation, *Tax Law Review*, Vol. 56, No 1, 2002, pp. 81-155

TOMAZELA SANTOS, RAMON, "Territorial tax systems: motivations and key considerations for effective change", *Tax Notes International*, Vol. 89, No 10, 2018, pp. 925-935

VALDÉS COSTA, RAMÓN, "Las empresas multinacionales ante el Derecho Tributario", *Revista Tributaria (IUNET)*, No 131, 1996, pp. 155-165; "Territorialidad de la imposición. El modelo latinoamericano en teoría y práctica", *Revista Tributaria (IUNET)*, No 58, 1984, pp. 39-55; *Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano*, Rosgal, Montevideo, 1982, pp. 315; *Estudios de Derecho Tributario Internacional*, Rosgal, Montevideo, 1978, pp. 225

Las doctrinas del tiro: “tiro único”, “doble tiro”, “tiro ilimitado” de la Administración tributaria

Teresa Pontón Aricha

Universidad de Cádiz

Introducción

El objeto de este trabajo es exponer brevemente la polémica existente en torno a la posibilidad real de que la Administración tributaria gire liquidaciones relativas a obligaciones tributarias sobre las cuales se hubiera dictado una liquidación anulada por resolución judicial, sólo en esta vía, no trataremos los supuestos de resoluciones económico administrativas.

Hasta la sentencia de 19 de noviembre de 2012 del Tribunal Supremo²¹⁶⁰ algunos Tribunales Superiores de Justicia, en especial desde Valencia y Cataluña, e incluso la Audiencia Nacional seguían la llamada “doctrina del tiro único” que impedía a la Administración tributaria girar una liquidación en sustitución de la anulada, incluso incoar un nuevo procedimiento, salvo que la causa de la anulación se fundase en motivos formales. Ello habilita a la Administración a retrotraer actuaciones según la antigua redacción artículo 239²¹⁶¹ de la Ley General Tributaria. La mencionada sentencia ponía fin a esta doctrina, obligando a la Administración a liquidar toda obligación tributaria existente que no estuviese prescrita sin tener en cuenta ninguna circunstancia.

Este parecía el punto final a una polémica en la se confrontaban varios principios capitales del Estado de Derecho: la propia separación de poderes, la eficiencia y autotutela administrativa, un sistema tributario justo, la seguridad jurídica del contribuyente que pedía auxilio a los tribunales de justicia, así como la obligación

²¹⁶⁰ STS de 19 de noviembre de 2012, rec. cas. en interés de ley núm. 1215/2011.

²¹⁶¹ Pero no podemos olvidar que este artículo en la redacción que se encuentran aplicando los tribunales hace referencia en exclusiva a las resoluciones de Tribunales Económicos Administrativos.

de contribuir, y el interés público que debe salvaguarda la Administración tributaria. En nuestra opinión esta nueva doctrina del “ tiro ilimitado ” es permisiva con los errores cometidos por la Administración puesto que le permite girar una nueva liquidación salvo que la deuda tributaria este prescrita o no exista, sin importar que el error sea de fondo, de forma o completamente imputable a la Administración; todo ello en aras del interés público y el deber de perseguir esa obligación tributaria que pervive a juicio del Tribunal Supremo. Lo que se produce en la práctica es una devolviendo del asunto a la Administración tras la expulsión del acto viciado del ordenamiento jurídico el acto , con esa mera expulsión se considera satisfecha la tutela judicial del contribuyente, sin tener presente los efectos perversos que de esta doctrina se derivan.

Debemos tomarnos un segundo para exponer de manera simplificada la situación a la que hace frente el contribuyente que cae en esta espiral. Nos encontramos con un tema cuya polémica pervive debido a la situación viciada que en la práctica se da de manera diaria. La Administración tributaria haciendo uso de sus facultades de comprobación e investigación durante el plazo de prescripción comprueba cualquier acto del obligado tributario, lo que en la mayoría de los casos significará que se gira una nueva liquidación e incluso se impone una sanción en un proceso paralelo derivado de acto anterior.

Para comenzar ello conlleva un gran riesgo de contradicción en el seno de la propia actuación administrativa, incluso pudiendo mezclarse en el mismo lapso temporal la existencia de un proceso judicial con varios procedimientos administrativos, ya que no sólo nos encontramos con el de inspección o gestión, también el sancionador. Lo que debería ser un procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales en realidad se ha convertido en una herramienta que la Administración tributaria utiliza para reparar el acto viciado volviendo a liquidar, debido al escaso favor realizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuya doctrina respalda esta práctica que no se da en otros ámbitos, en materia estrictamente administrativa corresponde al juez que ejecuta resolver las cuestiones que provengan de la resolución siempre que no sean nuevas.

Una cuestión en apariencia limitada a la ejecución, que parece sencilla, se torna a cada paso más oscura y compleja pues nos enfrentamos a problemas que se han enquistado en nuestro ordenamiento, en nuestra jurisprudencia e incluso en la doctrina. Ello obedece simplemente a una tradición histórica que a la propia Administración no le interesa superar. La línea jurisprudencial que mantiene actualmente el Tribunal Supremo obliga a la Administración a usar sus facultades para perseguir la obligación tributaria, a pesar de la mutación procesal que había sufrido el asunto al someterla a la jurisdicción contenciosa administrativa. Considero que ello quiebra el principio de separación de poderes, y, desnaturaliza el sentido del proceso contencioso administrativo privilegiando a la Administración pues se vuelve a un procedimiento administrativo presidido por la autotutela propia de la Administración. Un herramienta clave que puede ayudarnos a solventar las irregularidades existentes es el proceso de ejecución entendido de una manera adecuada a los principios constitucionales, situación que no ha sido posible por el devenir histórico del contencioso en nuestro país, pero que a día de hoy puede ser reconducido en base a la legislación vigente y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no del Tribunal Supremo.

La cuestión afecta trascendentalmente a dos principios básicos de nuestro ordenamiento como son el de seguridad jurídica, justicia material, el deber de cumplir las sentencias, y tutela judicial efectiva. Seguridad jurídica puesto que el lapso temporal entre la primera liquidación y la segunda es de un número considerable de años, lo que genera una tremenda inseguridad al contribuyente, y de tutela judicial efectiva puesto que la resolución judicial no es suficiente para finalizar la situación jurídica en conflicto, reavivándose la vía administrativa tras la intervención judicial. Lo que significa que el contribuyente que gana un procedimiento contencioso administrativo ve como su "victoria" ante la Administración decae ante las facultades casi ilimitadas de esta, la protección judicial solicitada carece totalmente de efecto al permitirse reabrir un proceso en que existe una sentencia firme que condena a la Administración tributaria.

La ejecución tanto de resoluciones administrativas como judiciales es la prueba de la eficiencia del procedimiento, es la materialización, el traslado a la realidad de un proceso de confrontación que ha sido resuelto, pero en esta ocasión nos

centraremos en las judiciales por la trascendencia de los derechos e intereses afectados.

La intención de estas páginas es simplemente identificar y sistematizar los distintos puntos conflictivos de la cuestión conociendo las controversias dentro de todo el proceso sin aislarlas, ya que se trata de un proceso dinámico, vivo, que se conecta y retroalimenta continuamente. Los bloques serán (1) régimen jurídico, (2) principios constitucionales, (3) retroacción, (4) temas conexos, y conclusiones. También, ya desde este momento proponemos solución, salvo cuestiones nuevas estos problemas se resuelven en el ámbito de la ejecución de las resoluciones judiciales con auxilio de la Administración tributaria, en Derecho administrativo no existe un problema parecido, será el juez el encargado del proceso mientras los órganos administrativos cumplirán con lo fallado.

1. Régimen jurídico

Puede parecer una obviedad, pero tras el análisis de la doctrina y la jurisprudencia existente resulta obligado detenernos en la normativa aplicable a la ejecución de resoluciones judiciales, ya que en muchas ocasiones encontramos una extraña mezcla, saltando de la normativa jurisdiccional a administrativa sin justificación alguna, conflicto proveniente de la Ley de la Jurisdicción del 56²¹⁶².

La Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa actual²¹⁶³, establece en su Disposición Final Primera la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en ningún caso se fija la supletoriedad de la Ley Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública²¹⁶⁴, como podría entenderse al leer la jurisprudencia de nuestros tribunales, en especial lo relativo sobre la convalidación de actos, parecen olvidar que son normas destinadas a regir el

²¹⁶²La Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 103 que la ejecución de las resoluciones judiciales correspondía al órgano administrativo que hubiera dictado el acto, y así fue hasta que el Tribunal Constitucional se fue manifestando al respecto poniendo de manifiesto que la ejecución forma parte fundamental del Derecho a la tutela judicial efectiva correspondiendo de manera exclusiva a los órganos jurisdiccionales que pueden solicitar colaboración a personas y a entidades pero delegar la ejecución. (STC núm. 32/1982, de 7 de junio, STC núm. 61/1984, de 16 de mayo, STC núm. 32/1987, de 7 junio, entre otras).

²¹⁶³Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

²¹⁶⁴Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

procedimiento administrativo. No hay disposición alguna que haga sus efectos extensibles al proceso judicial, ello se traduce en que nos encontramos ante actos de ejecución que han de ser controlados por un órgano judicial donde la Administración tributaria es parte condenada o, un mero colaborador, con una obligación especial de colaboración impuesta por mandato constitucional. Obviamente hemos de excluir los casos de retroacción de actuaciones, y tratamos a la Administración como parte procesal condenada ya que de resultar vencedora simplemente se producirá una confirmación de lo actuado.

La actuación administrativa posterior a la resolución judicial en los casos de estudio parece vaciar de contenido la tutela judicial efectiva del contribuyente, que tras ser declarado vencedor en el foro judicial vuelve al punto de origen ante la Administración condenada. Esta es una de las especialidades que se produce en Derecho tributario, puesto que tratamos con problemas específicos que no se dan en otras ramas del contencioso administrativo en las cuales la tutela judicial efectiva se da plenamente, los jueces finalizan las controversias, y con mayor o mejor dificultad las sentencias cumplen su cometido al trasladar a la realidad el fallo contenida en ellas. Se trata de un campo en el que el contribuyente se encuentra aún más desprotegido que en urbanismo, ya que se enfrenta con una Administración mucho más potente y compleja, con facultades casi ilimitadas a la luz de las últimas sentencias del Tribunal Supremo.

2. Principios constitucionales

Como señalamos en la introducción no se trata de un tema baladí, esta problemática afecta de manera dramática a principios esenciales que constituyen los pilares de nuestro Estado de Derecho. Tiene un peso especial en este punto la función del juez pues deberá ponderar los principio y derechos involucrados sin olvidar que en el proceso nos encontramos con dos partes sometidas a él, puesto que la Administración tributaria pasa a una posición de "igualdad" ya que se proclama la plena jurisdicción del contencioso. Los principios que se verán tensionados serán:

- Tutela judicial efectiva, vinculada a la mutación del objeto del proceso en el desaparecen los privilegios de la Administración, a la finalidad del proceso en sí,

a la labor del juez encomendada por la Constitución Española, dividiéndolo en tres puntos:

- o Acceso a la justicia, ahora mismo el planteamiento no versa sobre el Económico Administrativo, ni las tasas judiciales, si no sobre que el proceso al acto no garantiza una verdadera justicia, y el propio sistema no permite el acceso a la justicia material.
- o Sentencia de fondo, especialmente referido a la polémica del juicio directo y las pretensiones formuladas por las partes, si la solicitud de la anulación del acto es meramente declarativa o se pretende el reconocimiento y protección de una situación jurídica.
- o Ejecución de la sentencia, cómo parte esencial del derecho a la plena jurisdicción en materia tributaria, y su significación.
- El deber de cumplir las sentencias establecido en el artículo 118²¹⁶⁵ de la Constitución Española, que desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, deber que se ve reforzado por el artículo 103.1²¹⁶⁶, entrelazándose y creando una situación especial en ámbito administrativo.
- La seguridad jurídica entendida como una expectativa y predicibilidad del ordenamiento, decía García Novoa²¹⁶⁷ que *“la seguridad jurídica es un principio constitucional con pleno carácter normativo que vincula a Administración y jueces y tribunales. Se traduce en un derecho a oponerse a la aplicación de toda ley que lo desconozca o viole y, consiguientemente, cualquier ciudadano tiene derecho a invocarlo y a que la aplicación del mismo se haga con toda la preferencia que los preceptos constitucionales tienen en nuestro ordenamiento.”*
- El derecho a una buena Administración, introducido por el Tratado de Lisboa a través del Artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicado en el DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010; empieza a tener repercusión en la jurisprudencia y a ser invocado por los administrados, por lo que debería tenerse en cuenta a la hora de abordar los derechos afectados.

²¹⁶⁵ “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.”

²¹⁶⁶ “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

²¹⁶⁷ (García Novoa, 2000)(Pág. 45)

En este derecho debemos encuadrar la economía procesal, la desproporcionada cantidad de tiempo que el contribuyente tarda en finalizar el conflicto, en algunas ocasiones, si el asunto llega al Tribunal Supremo, décadas y la eficiencia que se espera de la Administración.

- La autotutela administrativa, principalmente desde la perspectiva de la separación de poderes, el salto de los procedimientos a las distintas vías, hasta dónde llegan sus efectos. García de Enterría/Fernández²¹⁶⁸ dicen: *“La articulación entre la autotutela administrativa y la tutela jurisdiccional es simple: la primera actúa inicialmente, la segunda revisa la legalidad de lo cumplido por la primera. Ello quiere decir que la jurisdicción contencioso administrativa respeta íntegro el ámbito autónomo de producción jurídica en que al autotutela administrativa consiste y que no puede intervenir sino a posteriori, para verificar las decisiones o ejecuciones administrativas, una vez declaradas y eventualmente cumplidas, se han ajustado o no a la legalidad.”*

3. Retroacción

Las palabras de Martín Queralt²¹⁶⁹ ilustran la importancia del objeto de estas páginas *“La retroacción de actuaciones como consecuencia de la anulación de una liquidación tributaria en vía judicial, es sin duda, uno de los temas de nuestro tiempo en el ámbito tributario. Las razones son obvias y no hace falta reiterarlas. Como también parece obvio que es una historia que no ha terminado y de la que aún queda algún capítulo importante por escribir. Son muchos intereses económicos en juego y muchos los derechos afectados. Conciliar ambos extremos no es sencillo. Y buena prueba de ello es cuanto viene aconteciendo. Los fallos judiciales se erigen en testigos elocuentes de tan singular batalla. Y ponen de relieve la dificultad que entraña juzgar. La tarea más difícil de todas las humanas, en expresión de André Gide, que vertió en el papel – “No juzguéis”- su vivencia como ocasional juzgador”.*

Por todo ello parece necesario revisar el concepto de retroacción, observar su finalidad y el uso que se le debe dar, no puede utilizarse esta figura para permitir a la Administración liquidar contribuyente con el único límite de la prescripción, sobre todo si tenemos presente el efecto de preclusión de los actos

²¹⁶⁸ (García de Enterría & Fernández, 2008)

²¹⁶⁹ (Martín Queralt, 2015)

administrativos, y el principio de igualdad de partes al que se someten ambos en la relación triangular de la vía judicial.

Aparecen al hilo muchas cuestiones vinculadas a la retracción, por ejemplo, la diferenciación de vicios, que es uno de los asuntos más complejos que se puedan tratar desde cualquier punto de vista, todos tenemos claro que la teoría indica que los vicios de forma son los que tienen carácter procedimental, son salvables y deben afectar a la defensa del contribuyente para producir la anulación del acto; y que los de fondo afectan a la obligación tributaria sustancialmente, pero cuando el planteamiento se traslada a la realidad doctrina y jurisprudencia difieren mucho sobre la calificación de los distintos vicios, el claro ejemplo es la motivación del acto. Desde nuestro punto de vista es un tema que se debe superar ya que sirve simplemente para desproteger al contribuyente frente a la Administración, establecer distintos efectos dependiendo del juicio de nulidad o anulabilidad no tiene mucho sentido ya que estamos tratando actos que van a recibir como sanción judicial su desaparición del mundo jurídico, lo que claramente afecta a la prescripción de las facultades de la Administración, y a la pervivencia de la obligación tributaria entrando en la teoría de los frutos del árbol envenenados, pero a pesar de las voces que se manifiestan en este sentido la modificación de 2015 de la Ley General Tributaria ha zanjado ya que prácticamente todo interrumpe la prescripción.

Vamos a repasar brevemente las principales sentencias que en los últimos tiempos han reavivado la polémica, no se trata de un análisis exhaustivo ya que ello requeriría profundizar en exceso, simplemente queremos poner de manifiesto, de manera somera, la postura de nuestros tribunales, y la implicaciones que conllevan. He de señalar que todas las sentencias cuentan con votos particulares ya que ni los mismos magistrados han podido alcanzar unanimidad en este tema.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2000²¹⁷⁰ inicia la doctrina del doble tiro en nuestra jurisprudencia al establecer en su fundamento jurídico 2º que *“la Administración no sólo está facultada para dictar uno nuevo en sustitución*

²¹⁷⁰ STS de 7 de octubre de 2010, rec. cas. núm. 3090/1994.

del anulado, debidamente motivado, sino que está obligada a ello, en defensa del interés público y de los derechos de su Hacienda.” pero sólo una vez más; esta resolución se refiere a la comprobación de valores que no se encuentra debidamente motivada, siendo el lugar del que proviene esta antigua discusión. Establece que sólo dispone la Administración de una nueva oportunidad para liquidar debido a que el contribuyente ante el valor declarado en su liquidación inicial tiene derecho a solicitar la tasación pericial contradictoria una vez, y en igualdad de armas podría la Administración retrotraer las actuaciones una vez si se invalida la liquidación por motivos de forma.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 17 de junio de 2010²¹⁷¹, intenta instaurar la llamada “doctrina del tiro único”; esta impedía a la Administración tributaria girar una nueva liquidación en sustitución de la anulada judicialmente, sin atender al vicio que la causaba, y sin que existiese mandato expreso de retroacción de actuaciones, ello argumentado en el objeto del proceso contencioso administrativo que huye de una mera pretensión declarativa, y en significado en sí de la ejecución de resoluciones judiciales que queda desvirtuado con la doctrina del “doble tiro”. Es decir, una vez que los tribunales de justicia han conocido un asunto llegando a anular una liquidación tributaria, las facultades de la Administración decaen, sin importar si el vicio es formal o sustancial, por la naturaleza misma de intervención del poder judicial²¹⁷². A pesar de tratarse de una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia su relevancia en nuestro entorno puede calificarse de dramática, pues con su innovador posicionamiento suponía un punto de inflexión en la concepción que hasta ese momento se tenía del proceso contencioso administrativo en materia tributaria, llegando parte de la doctrina a decir que por primera vez se producía igualdad en el proceso con este innovador pronunciamiento.

Este intento fue frenado por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2012, que casando la anterior abría las posibilidades, casi

²¹⁷¹ STSJ Valencia núm. 693/2010 de 17 junio.

²¹⁷² STSJ Valencia, de 17 de junio de 2010, sentencia núm. 693/2010, FJ5º: *“la Sala considera que no resulta factible reiterar los actos administrativos tributarios una vez que los mismos han sido anulados por sentencia judicial, con independencia de cuál haya sido el tipo de vicio o defecto determinante de la anulación”*

ilimitadas, de la Administración tributaria. La mencionada sentencia dictada en interés de ley sentaba doctrina publicándose en el Boletín Oficial del Estado de 21 de diciembre de 2012, nº 306 que *“La estimación del recurso contencioso administrativo frente a una liquidación tributaria por razón de una infracción de carácter formal, o incluso de carácter material, siempre que la estimación no descansa en la declaración de inexistencia o extinción sobrevenida de la obligación tributaria liquidada, no impide que la Administración dicte una nueva liquidación en los términos legalmente procedentes, salvo que haya prescrito su derecho a hacerlo, sin perjuicio de la debida subsanación de la correspondiente infracción de acuerdo con lo resuelto por la propia Sentencia.”* Es significativo como uno de los argumentos que se esgrimen, ante el silencio de la Ley de la Jurisdicción en este tema, es la teoría de la conservación de actos administrativos regulados por la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lugar de la Ley de Enjuiciamiento Civil que es la que rige de manera supletoria. También resulta sorprendente que el único límite para la Administración se contiene en el fundamento jurídico 3º *“la seguridad jurídica quede salvaguardada mediante el respeto de los plazos de prescripción y las garantías de defensa del contribuyente debidamente satisfechas”*. Resumiendo, el Tribunal Supremo decide no entrar en la polémica diferenciación entre vicios de fondo y de forma, directamente dice que siempre será posible retrotraer, o iniciar un nuevo procedimiento, cuando la misma regulación que invocan prevé que la retroacción sólo es viable en los supuestos de vicios de forma que generan indefensión al contribuyente. No importa si hay afectación a la defensa del contribuyente, si el vicio lleva la sanción de nulidad de pleno derecho, directamente se ignora obligando a la Administración tributaria y, por lo tanto al contribuyente, a volver al momento del nacimiento del vicio continuando el procedimiento impidiendo que se vuelva a repetir esa conducta que un órgano judicial ya ha declarado que es contraria a derecho. Esta sentencia casa obviando su propia jurisprudencia anterior que hasta este momento sólo permitía la retroacción tras la resolución judicial que anulaba una liquidación un

vicio formal que generaba indefensión, siguiendo lo establecido en el antiguo texto del artículo 239.3²¹⁷³ de la Ley General Tributaria.

Posteriormente sentencia de 29 de septiembre de 2014²¹⁷⁴ se plantea la posibilidad de retroacción en caso de defectos materiales o sustanciales, y la posibilidad en caso negativo de dictar una nueva liquidación en sustitución de la expulsada del ordenamiento. A la primera cuestión el Tribunal Supremo responde de manera negativa, nuestro ordenamiento no permite la retroacción de actuaciones ante un defecto sustancial ya que el antiguo artículo 239.3 la habilitaba en caso de defectos formales que hayan causado indefensión al contribuyente en la resolución de órganos económico administrativos. Pero ello no significa que la Administración tributaria pierda el derecho a girar una liquidación que sustituya a la anterior, ya que entienden que se ha interrumpido el plazo de prescripción con las actuaciones que desembocan en la resolución anulatoria salvo en determinados supuestos, como:

- la prescripción por nulidad de pleno derecho,
- que se trate de un expediente sancionador ya que operaría el principio *non bis in ídem*,
- a partir de ahora que se trate de una tercera liquidación por el principio de confianza legítima,
- o que se reproduzca el mismo error que motiva la anulación en cuyo supuesto no está permitida nunca la nueva liquidación,
- que se produzca una *reformatio in peius*,
- o que no exista la obligación tributaria principal

Nuevamente nos encontramos con un conflicto en el que se debe ponderar el principio de eficacia de la Administración, la justicia tributaria frente a la

²¹⁷³“3. La resolución podrá ser estimatoria, desestimatoria o declarar la inadmisibilidad. La resolución estimatoria podrá anular total o parcialmente el acto impugnado por razones de derecho sustantivo o por defectos formales.

Cuando la resolución aprecie defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, se producirá la anulación del acto en la parte afectada y se ordenará la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto formal.”

²¹⁷⁴ STS de 29 de septiembre de 2014, rec. cas. núm. 1014/2013.

seguridad jurídica del contribuyente y la tutela judicial del mismo; aunque es un complejo análisis pues una de las facetas del principio de eficacia administrativa es que se atenga a las garantías del procedimiento, cosa que no podemos afirmar cuando se produce indefensión y un órgano judicial llega a expulsar de la vida jurídica esa resolución. Esta postura entiende que la actuación de los órganos se encamina a depurar el ordenamiento jurídico, lo que se logra con la expulsión del acto viciado, satisfaciendo plenamente la tutela del contribuyente, entiendo que la Administración no está obligada a acertar siempre a la primera, por ello entendemos nosotros que atendiendo a la igualdad de partes tampoco debe existir esa obligación para el contribuyente que es sancionado con tanta facilidad por la Administración, ya que la legislación convierte al contribuyente en interprete de la compleja normativa tributaria al obligarle en la mayoría de los impuestos a autoliquidar. Con esta sentencia se reafirma lo ya expuesto en la de 26 de marzo de 2012²¹⁷⁵, que las facultades de la Administración para liquidar perviven al entender que los actos expulsados del ordenamiento a pesar de su falta de legalidad interrumpen la prescripción. Planteándose el problema de dónde se encuentra ahora el límite de elementos para girar la nueva liquidación, es decir, si la Administración debe enmendar su error y dictar la liquidación que sustituya a la anulada, o puede continuar las pesquisas completando el expediente. Es decir, la Administración tributaria a la luz de este recurso de casación está facultada para dictar una nueva liquidación pero no podría realizar una nueva comprobación que supere el expediente anterior, pues ya se han comprobado todos los términos necesarios para producir una liquidación en el expediente que origina el proceso. Entiende la Sala que esta Facultad de liquidar no es un “privilegio exorbitante”, ni una “ventaja injustificada” sino una la habilitación de lo contenido en el mandato constitucional en los artículos 31.1²¹⁷⁶ y 103.1 de la Constitución Española.

²¹⁷⁵ STS de 26 de marzo de 2012, rec. cas. núm. 5827/2009

²¹⁷⁶ “1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.”

La última vuelta de tuerca, y esperemos que el fin de la polémica llegó en 2015. El Supremo con la sentencia de 15 de junio de 2015²¹⁷⁷ se manifiesta sobre los actos de ejecución y la posibilidad de la Administración de girar una nueva liquidación en sustitución de una anulada, ya sea por motivos de fondo o de forma, así como la naturaleza de estos actos y de su control. En su fundamento jurídico 4º podemos leer *“que sólo cabe retrotraer actuaciones y practicar nuevas diligencias en el procedimiento, para dictar otra liquidación, si la anulación ha tenido lugar por defectos formales que hayan causado indefensión al administrado[...].la retroacción de actuaciones no constituye un expediente apto para corregir los defectos sustantivos de la decisión, dando a la Administración la oportunidad de ajustarla al ordenamiento jurídico, [...]la Administración puede aprobar una nueva liquidación en sustitución de la anulada, pero no le cabe retrotraer actuaciones salvo en los casos expresados, por lo que, cuando la anulación se debe a razones de fondo, únicamente le resulta posible dictar, sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente, un nuevo acto ajustado a derecho mientras su potestad esté viva.”* Pero el punto clave de la sentencia no es esta aclaración, la importancia reside en que puede poner fin a la polémica de las doctrinas del tiro según su fundamento jurídico 6º que fija el ámbito en que debe desarrollarse esta polémica: *“Cuando un tribunal de justicia, controlando la previa actuación de la Administración tributaria (de gestión o de revisión), la anula, las cuestiones que puedan suscitarse en relación con la nueva liquidación que eventualmente pudiera ser adoptada pertenecen, en principio y por definición, al ámbito propio de la ejecución de sentencias, que han de dilucidarse con arreglo y por los cauces previstos en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, sin necesidad de instar otra vía económico-administrativa autónoma, que desembocaría en un proceso contencioso-administrativo distinto de aquél en el que fue dictada la sentencia que es causa de la liquidación [únicamente si el nuevo acto abordara cuestiones inéditas y distintas, sin afectar a lo ordenado por la sentencia, sería obligado seguir un cauce impugnatorio diferente e independiente].”* Es decir, salvo cuestiones nuevas, las actuaciones posteriores a la expulsión del acto original del ordenamiento jurídico se desarrollan en dentro de la ejecución de sentencias, siendo la Administración tributaria un colaborador en la labor de dispensar justicia, una reflexión lógica a

²¹⁷⁷ STS de 15 de junio de 2015. rec. cas. núm. 1551/2014

la que la jurisprudencia del Supremo ha tardado décadas en llegar. Todo ello ha sido reiterado en la sentencia de 3 de febrero de 2016²¹⁷⁸, parece que este posicionamiento poco a poco empieza a calar.

4. Temas conexos

Toda esta jurisprudencia abre la puerta a diversos temas que resultan muy interesantes, sólo queremos apuntarlos debido a la complejidad que encierran en sí mismos. El de más trascendencia es la evolución del sistema de cálculo de intereses, sobre todo dado que en muchas ocasiones al movernos en horquillas temporales desorbitadas los intereses superan ampliamente el principal. Este tema se regula en el artículo el 26 de la Ley General Tributaria, los cambios actuales han racionalizado su uso para salvaguardar el perjuicio económico de quién tras sufrir el funcionamiento irregular de la Administración tributaria ha recurrido a los tribunales de justicia y de hecho ha salido victorioso. Ha sido convulsa la distinción entre los intereses de demora, como componente de la deuda tributaria, y los intereses suspensivos, ya que el "*dies a quo*" y el "*dies ad quem*" es distinto, es un tema de capital importancia pero que excede el objeto de este estudio ahora mismo, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2009, rec. cas, núm. 342/2003; de 28 de mayo de 2014, rec. núm. 2799/2012, de 30 de junio de 2014, rec. núm. 2164/2013, entre otras.

Una cuestión eminentemente práctica de la que resulta complejo obtener datos se refiere a las Oficina de relación con los tribunales²¹⁷⁹. La idea era agilizar la comunicación de la Administración con los Tribunales económico Administrativos, así como con los tribunales de justicia, teniendo constancia en el sistema informático creado a tal efecto del estado de tramitación y ejecución de todos los expedientes en los que estaba involucrada la AEAT. La realidad es que nos ha resultado casi imposible obtener datos de la actividad de las mismas,

²¹⁷⁸ STS de 3 de febrero de 2016, rec. cas. núm. 1746/2014.

²¹⁷⁹ Creadas por la Resolución de 30 de diciembre de 2002, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se crean las oficinas de relación con los Tribunales y les son atribuidas competencias. (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2003)

debiendo acudir a los profesiones del sector que nos trasladan distintas experiencias, en algunos casos ayudan, y, en otros entorpece mucho la labor, en ocasiones se tarda en notificar al órgano administrativo más de un año desde la salida del juzgado, lo que hace inoperativos los plazos contenidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el contribuyente puede estar perfectamente notificado en tiempo y forma pero sin posibilidad de ejecutar puesto la Administración tributaria no tiene constancia.

En un vía paralela se ha ido desarrollando la doctrina del tiro único en ámbito sancionador por la naturaleza misma de los actos de carácter sancionador necesitan un análisis independiente puesto que los principios afectados son distintos al supuesto anterior al encontrarse presidido por los principios penales; tiene varias notas especiales y límites reforzados, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014²¹⁸⁰ hizo hincapié en que cuando esto sucede con una sanción existe una duplicidad del procedimiento sancionador al existir identidad del sujeto a sancionar, del hecho que lo motiva, y, del fundamento que le sirve de base lo que abiertamente vulnera la dimensión procedimental del principio *non bis in ídem*.

Conclusiones

La solución a este conflicto es bien sencilla en su vertiente teórica, que los órganos jurisdiccionales tomen el control de la ejecución de sus resoluciones judiciales en lugar de devolverlas a la Administración tributaria, obviamente excluimos el supuesto de retroacción de actuaciones en puridad, y la estimación parcial que necesite continuar el procedimiento. No podemos entender que la mera anulación del acto cuestionado colme la tutela judicial efectiva del contribuyente, salvo que esa sea la única pretensión formulada, el supuesto normal es la tutela de una situación jurídica conflictiva sobre la que se solicita la intervención del poder judicial. La práctica habitual de la Administración genera la duplicidad de procesos y procedimientos puesto que el contribuyente va a empezar a recurrir en vía administrativa siguiendo el pie del acto que recibe, pero también planteará

²¹⁸⁰ STS de 11 de abril de 2014, rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 164/13, fundamento jurídico 6º.

el incidente de ejecución ante el órgano competente ante la caótica situación empleará todas las arnas que estén a su alcance, cuando el cauce por el que debe continuar es la ejecución judicial, la Administración está realizando una función distinta, se encuentra colaborando con el poder judicial en la ejecución de una resolución por lo que está sometida plenamente a este régimen, lo que no significa que no deba seguir los cauces administrativos preceptivos.

Una de las principales conclusiones es que mediante la reformulación y el correcto entendimiento de los conceptos tratados con anterioridad se puede lograr la plena tutela de los derechos de los contribuyentes en la jurisdicción contencioso administrativa, ya que ahora mismo se encuentra desvirtuada y parece que a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015. Siendo una herramienta fundamental para ello la correcta utilización del proceso de ejecución, y reforzando a los jueces en esa labor. Una de las medidas que contribuiría a ello sería la creación de órganos jurisdiccionales especializados, pues los jueces se encuentran desbordado tanto en el número de asuntos que no para de crecer día tras día, como con la complejidad de los asuntos, esta práctica habitual en lo que desemboca es en una vuelta al sistema francés de proceso al acto, limitándose a enjuiciar al legalidad del mismo y vaciando de contenido el proceso en sí, ya que con un uso indebido de la retroacción de actuaciones volvemos a situarnos en un procedimiento administrativo kafkiano. La creación de una jurisdicción especialidad hará que se cuestione la permanencia de los Tribunales Económico Administrativos en el sistema.

A reducir la tremenda litigiosidad existente contribuiría la creación de una política fiscal estable, que junto con una mejora de la técnica legislativa permitiría obrar con un mínimo de seguridad a los operadores jurídicos pero en los tiempo que corren parece una utopía.

Actualmente el ordenamiento jurídico español ofrece soluciones viables al problema existente, a raíz de las últimas sentencias del Tribunal Supremo parece que se produce el tan esperado cambio de paradigma, que en cualquier otra jurisdicción parece evidente, la clave será dotar al poder judicial de medios y

efectivos suficientes para que pueda ejecutar ya que se trata de un derecho fundamental protegido por el artículo 24 de la Constitución Española.

Bibliografía

- Bosch Cholbi, J. L. (2011a). A vueltas con la posibilidad de ordenar judicialmente la retroacción de actuaciones tributarias cuando se anula una liquidación tributaria. In *VII Congreso Tributario* (pp. 129–154). Madrid: AEDAF.
- Bosch Cholbi, J. L. (2011b). Matizaciones a la posibilidad de ordenar judicialmente la retroacción de actuaciones tributarias cuando se anula una liquidación tributaria. *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria Y Financiera*, (250), 16–24.
- Calderón González, J. M. (2014). *La ejecución de sentencias tributarias: régimen legal y jurisprudencial*. Valladolid: Lex Nova Thomson Reuters.
- Fernández López, M. Á. (1982). *El proceso de ejecución*. Editado por el autor.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. Pamplona: Thomson-Civitas.
- García Novoa, C. (2000). *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons,.
- Lozano Serrano, C. (2013). La reiteración de actos tributarios anulados desde el principio de congruencia procesal. *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria Y Financiera*, (268), 19–31.
- Martín Queralt, J. B. (2015). Más sobre el « tiro único »... De la retroacción de actuaciones vía incidente de ejecución de sentencias. *Carta tributaria. Revista de opinión*. Wolters Kluwer.
- Martínez Lago, M. Á. (2011). Ejecución patológica de resoluciones por la inspección de los tributos. *Quincena fiscal*. Editorial Aranzadi.
- Orena Domínguez, A. (2013). *Incongruencia y retroacción de actuaciones tributarias*. Barcelona: JB, Boch Editor.

PRESCRIPCIÓN Y CALIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: LA DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE FRAUDE DE LEY EN OPERACIONES REALIZADAS EN PERIODOS PRESCRITOS

Marta González Aparicio

Ayudante

Área de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de León

I. CONSIDERACIONES INICIALES

El derecho de la Administración a comprobar periodos prescritos, con influencia en periodos no prescritos, ha sido una cuestión tradicionalmente discutida por doctrina y jurisprudencia, dando lugar a diversas lecturas derivadas, por un lado, de la interpretación de la normativa aplicable en cada momento, y, por otro, de una posición más o menos garantista de los derechos de los contribuyentes y de la Administración.

La Ley 34/2015²¹⁸¹ ha pretendido zanjar este debate, a través de varias reformas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria²¹⁸² (en adelante, LGT), que afectan al instituto de la prescripción tributaria. En el ámbito que nos ocupa, la reforma tiene su reflejo en dos preceptos fundamentales:

- El nuevo artículo 66 bis., que establece el derecho a comprobar e investigar de la Administración, como derecho independiente del derecho a liquidar, y determina su imprescriptibilidad -si bien, con ciertos límites-.

²¹⁸¹ BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015.

²¹⁸² BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.

- La modificación del artículo 115, referido a la extensión del derecho a comprobar e investigar, y, en particular de la facultad de la Administración para recalificar jurídicamente actos hechos y negocios efectuados en periodos prescritos.

Sin embargo, esta reforma parece no haber alcanzado los resultados pretendidos, pues, ya desde el debate del Anteproyecto de la misma, ha originado una profunda controversia en el ámbito doctrinal, en particular en relación su adecuación y sus efectos sobre el principio de seguridad jurídica, así como respecto a la doctrina de los actos propios.

II. EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN A COMPROBAR E INVESTIGAR PERIODOS PRESCRITOS Y SU EXTENSIÓN

Lo reflejado en la Ley 34/2015 no resultó novedoso, pues el contenido de la reforma ya se venía avanzando tanto por cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades²¹⁸³ (en adelante, LIS). Tal y como señala CAYÓN GALIARDO²¹⁸⁴, la disparidad en los pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos son hijos “de la legislación aplicable al caso y/o de la doctrina ya fijada por el Tribunal Supremo”. Añade el referido autor, acertadamente, que la complejidad del problema de los efectos de las declaraciones efectuadas en ejercicios prescritos sobre ejercicios no prescritos va más allá del mero traslado hacia el futuro de bases imponibles negativas procedentes de periodos prescritos, pues supone “la posibilidad de comprobar, alterándolos, los datos o elementos contenidos en las declaraciones correspondientes a ejercicios prescritos, cuando esos datos ya modificados van a tener incidencia en ejercicios no prescritos, pues en ningún caso se discute la plena apertura a la comprobación y liquidación administrativa de un ejercicio prescrito. Ahora bien, llegado el caso, la brecha que

²¹⁸³ BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

²¹⁸⁴ Cfr. CAYÓN GALIARDO, A. (2013): “Jurisprudencia sobre los efectos hacia el futuro de elementos contenidos en declaraciones de ejercicios ya prescritos”, *Revista técnica tributaria*, núm. 102, p. 14.

se abre con el reconocimiento de esta capacidad comprobadora bien pudiera afectar a los elementos esenciales de una situación claramente prescrita y firme”.

El origen doble, jurisprudencial y legal, determinó la configuración de lo que finalmente fue la reforma, de ahí la importancia de su exposición, que se realizará en los epígrafes siguientes tras la identificación del problema jurídico de base.

1. Problemática respecto a la extensión de la comprobación de bases negativas originadas en periodo prescritos

El artículo 106.5 de la LGT, antes de la reforma efectuada por la Ley 34/2015, señalaba que “en aquellos supuestos en que las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o las deducciones aplicadas o pendientes de aplicación tuviesen su origen en ejercicios prescritos, la procedencia y cuantía de las mismas deberá acreditarse mediante la exhibición de las liquidaciones o autoliquidaciones en que se incluyeron la contabilidad y los oportunos soportes documentales”.

Del texto del citado artículo se puede extraer la siguiente cuestión ¿hasta qué punto tiene que acreditar el sujeto pasivo la procedencia de las bases imponibles declaradas en un periodo prescrito?. O, dando la vuelta a la pregunta, ¿hasta dónde alcanzan las facultades de comprobación de la Administración tributaria?. En nuestra opinión el núcleo del problema estriba en la extensión del término “procedencia” El término “procedencia”, según el diccionario de la RAE, posee varias acepciones. En lo que aquí interesa cabe citar dos. La primera de ellas, señala que la procedencia es el “origen o principio, de donde se deriva o nace algo”, mientras que la tercera indica que es la “conformidad con la moral, la razón o el Derecho”. De esta manera, la primera de las acepciones se aproxima a una categorización de este término que se puede calificar como “limitada”, pues únicamente se refiere al origen de, en este caso, las bases imponibles negativas compensadas, con lo que para su acreditación bastaría con la aportación de la contabilidad o los soportes documentales que justifiquen que tales bases fueron las que efectivamente se declararon en el periodo prescrito. Sin embargo, si se adopta la tercera acepción, la acreditación va más allá de una mera

exhibición documental, pues en ella se hace referencia a la conformidad a Derecho, de modo que para justificar las bases imponibles negativas compensadas no bastará con la aportación de la documentación que las respalde, sino que será necesario que la obtención de tales cuantías se haya realizado siguiendo los cauces jurídicos adecuados, lo que aproxima el término “procedencia” no al concepto de “origen”, sino al concepto de “corrección” en términos jurídicos. Ello también ofrece una doble posibilidad en relación a la actuación de la Administración, pues dotar al término “procedencia” de un carácter limitado únicamente otorgaría a los órganos de la Administración las potestades necesarias para una mera constatación de la adecuación de las cuantías declaradas en el periodo prescrito con las compensadas, mientras que la adopción de la acepción más amplia supondría dotar a la Administración de unas facultades mucho más amplias, que alcanzarían la propia comprobación de la adecuación a derecho de las operaciones que dieron lugar a las bases imponibles negativas y la posibilidad de declarar en fraude de ley aquellas operaciones correspondientes a ejercicios prescritos que no cumplan tales extremos.

En torno a la determinación de la extensión de la facultad comprobadora de la Administración, por tanto, gira el problema jurídico planteado, y en relación al mismo se han defendido, tanto jurisprudencial, como doctrinalmente, distintas teorías, de las que a continuación se expondrá un pequeño extracto. El legislador ha pretendido poner fin a esta cuestión con la reforma de la LGT efectuada por la Ley 34/2015, que, como se indicará en el apartado precedente, apostará por la acepción “amplia”, si bien, avanzando alguna de las conclusiones, ésta plantea serias dudas en torno a su adecuación a los principios que tradicionalmente informan el ordenamiento jurídico tributario.

2. Evolución legal y doctrina del Tribunal Supremo en relación a la calificación de negocios jurídicos realizados en periodos prescritos

Como se ha indicado previamente, la extensión de las facultades de comprobación de los créditos fiscales generados en periodos prescritos, pero compensados en periodos no prescritos, ha sido una cuestión tradicionalmente

problemática. La evolución de la legislación aplicable a tales compensaciones tampoco ha facilitado la resolución del problema, sino que, por contra, ha incrementado las dudas interpretativas en torno a la extensión de las referidas facultades. Por ello, la jurisprudencia ha desempeñado un importante papel, si bien, con carácter previo a la exposición del contenido general de estas sentencias cabe avanzar la gran inseguridad jurídica que se desprende del estudio de las mismas. Esta inseguridad jurídica se deriva, por un lado, del elevado número de Resoluciones recaídas en relación al derecho de la Administración a comprobar e investigar periodos prescritos con influencia en periodos no prescritos, y, por otro, al sentido contradictorio de las mismas, incluso las referidas a un mismo margen temporal.

Inicialmente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de marzo de 1999²¹⁸⁵, entendió que una vez prescrito el derecho a determinar la deuda tributaria de un periodo, no era posible la comprobación posterior, al margen de que lo liquidado en ese periodo prescrito hubiera sido llevado a uno no prescrito. Esta interpretación se deriva de la aplicación de propia normativa vigente en ese momento, en particular de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria²¹⁸⁶ y del texto refundido del Impuesto General sobre la Renta de las Sociedades y demás Entidades Jurídicas, de 23 de diciembre de 1967²¹⁸⁷, así como la Orden Ministerial de 4 de diciembre de 1964, que establecía la necesidad de previo pronunciamiento de la Administración tributaria sobre la cuantificación de las bases negativas generadas en un periodo para poder proceder a su compensación.

Este criterio se mantuvo con la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades²¹⁸⁸, que señalaba en el artículo 159 de su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 2631/1982²¹⁸⁹ que “la compensación de pérdidas se ajustará a los siguientes requisitos: a) Que se trate de bases imponibles negativas con carácter definitivo, bien por haber sido comprobadas

²¹⁸⁵ RJ 1999\2523.

²¹⁸⁶ BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 1963.

²¹⁸⁷ BOE núm. 67, de 18 de marzo de 1968.

²¹⁸⁸ BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1978.

²¹⁸⁹ BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1982.

por la Inspección, bien por haber ganado la prescripción. En tanto no tengan carácter definitivo, las compensaciones realizadas por el sujeto pasivo tendrán la consideración de provisionales pudiendo ser objeto de rectificación posterior por la Administración tributaria”.

La evolución de la normativa reguladora del plazo para compensar bases imponibles negativas y créditos fiscales avanzó a través de las diversas reformas de la legislación del Impuesto sobre Sociedades, de modo que los fundamentos de derecho aplicables en ese momento poco tienen que ver con los aplicables en la actualidad, especialmente, por el progresivo incremento del plazo de compensación de las bases imponibles negativas y demás créditos fiscales originados en periodos prescritos que ha ido estableciendo la normativa del IS en sus diversas modificaciones. Así, la Ley 61/1978 señalaba en su artículo 15 que el plazo de compensación era de 5 años y la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades²¹⁹⁰, en su artículo 23, establecía un plazo de compensación de siete años, que fue incrementado hasta los 10 años tras la reforma efectuada por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF²¹⁹¹. Posteriormente, el artículo 25.1 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades²¹⁹², inicialmente establecía un plazo de quince años, pero, tras la reforma efectuada por el Real Decreto Ley 9/2011, de 19 de agosto²¹⁹³, se incrementó ese plazo hasta los 18 años. Finalmente, la vigente LIS, establece en su artículo 26.1 la supresión del plazo, si bien establece un límite cuantitativo para la compensación del setenta por ciento de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización, hasta el importe de un millón de euros. Este incremento progresivo del plazo de compensación, superior al plazo de prescripción del derecho a liquidar la deuda, trajo consigo un incremento en la problemática de las facultades de comprobación de esas bases negativas correspondientes a periodos prescritos, pero que habían sido compensadas en

²¹⁹⁰ BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995.

²¹⁹¹ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1998.

²¹⁹² BOE núm. 61 de 11 de Marzo de 2004.

²¹⁹³ BOE núm. 200, de 20 de agosto de 2011.

periodos no prescritos, por lo que, junto a la ampliación del plazo se produjo otra novedad reseñable. Así, la referida Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF, además de ampliar el plazo de compensación, añadió un nuevo párrafo quinto al artículo 23 de la Ley 43/1995, que indicaba que “el sujeto pasivo deberá acreditar, en su caso, mediante la exhibición de la contabilidad y los oportunos soportes documentales, la procedencia y cuantía de las bases impositivas negativas cuya compensación pretenda, cualquiera que sea el ejercicio en que se originaron”.

Esta base legal puede hacer pensar en un cambio de criterio del TS respecto del mantenido en la referida sentencia de 13 de marzo de 1999, sin embargo, a pesar de que la nueva regulación legal no contenía ningún precepto equiparable a los que habían servido de base para justificar la sentencia referida, el Alto Tribunal sostuvo la imposibilidad de comprobar bases negativas de periodos prescritos, entre otras, en Sentencias de 20 de febrero de 2012 y 29 de marzo de 2012²¹⁹⁴.

Esta doctrina del TS, a ojos de los órganos de la Administración y de los Tribunales Económico Administrativos, no se ajustaba a la legislación vigente en el momento, pues estos órganos entendían que la nueva normativa les facultaba para comprobar tanto que lo compensado en el periodo no prescrito efectivamente se correspondía con lo declarado en el periodo no prescrito, como la corrección jurídica de los hechos, actos o negocios que habían dado lugar a ese derecho a compensar del sujeto pasivo.

Ante esta situación, y después de ciertas vacilaciones, el TS en su sentencia de 4 de julio de 2014²¹⁹⁵ (Asunto HEWLETT-PACKARD), apuesta de manera clara por la línea argumental limitativa de las potestades de comprobación en ejercicios prescritos, tanto referida a créditos fiscales como a otras operaciones referidas a periodos prescritos, determinando el mantenimiento de la firmeza de las operaciones prescritas con base en el principio de seguridad jurídica. Asimismo, el Tribunal se refiere al principio de igualdad, pues los efectos de la comprobación siempre beneficiarán a la Administración tributaria, pero si el contribuyente se halla en una situación análoga no dispone de mecanismos que

²¹⁹⁴ RJ 2012\4143 y RJ 2012\4945, respectivamente.

²¹⁹⁵ RJ 2014\3538.

permitan corregir los actos, negocios o liquidaciones realizadas en un periodo prescrito. El TS no niega que los hechos, actos o negocios declarados en periodos prescritos, con influencia en periodos no prescritos, se puedan comprobar, pero esa comprobación debe quedar sometida a sus estrictos términos, y, en ningún caso, puede representar una recalificación jurídica de aquellos negocios realizados en periodos prescritos, que han generado en el contribuyente la confianza de su firmeza precisamente por el transcurso del plazo de prescripción²¹⁹⁶.

Sin embargo, esta línea argumental tuvo un escaso recorrido, pues, poco tiempo después, el TS se apartó de tales argumentos de forma radical. El giro se produjo en las sentencias de 5 de febrero, 19 de febrero, 26 de febrero y 23 de marzo de 2015, en las que el Alto Tribunal se manifiesta rotundamente a favor de la posibilidad de declarar en fraude de ley actos o negocios realizados en ejercicios prescritos pero con efectos en ejercicios no prescritos, cuestión que, por otra parte, ya venía avanzando cierta jurisprudencia de este órgano.

El cambio inicial se produce en la sentencia de 5 de febrero de 2015 (Asunto COTY SPAIN)²¹⁹⁷, que alude expresamente a la “superación del criterio mantenido en la sentencia de 4 de julio de 2014”. El asunto versa sobre la declaración en fraude de ley de un supuesto de endeudamiento intragrupo y deducibilidad de gastos financieros. El Tribunal señala que no podrá dictarse una nueva liquidación de un ejercicio prescrito, pero si es posible “comprobar e investigar hechos económicos cuyos efectos se proyectan hacia el futuro, produciendo consecuencias de índole fiscal en el ejercicio que se pretende regularizar, incluyendo la posibilidad de declarar tales operaciones realizadas en

²¹⁹⁶ La inseguridad jurídica a la que se aludía previamente, se observa de manera evidente tras la referida sentencia de 4 de julio de 2014. Y es que, con posterioridad a esta sentencia, el TEAC, en Resolución de 11 de septiembre de 2014, desoye esta jurisprudencia y se acoge a algunas sentencias previas del TS que admitían la comprobación de la legalidad de los negocios jurídicos realizados en ejercicios prescritos, con influencia en ejercicios no prescritos –sentencias de 4 de noviembre de 2013 (rec. n.º. 3626/2012) y de 6 de marzo de 2014 (rec. n.º. 2171/2012)-. Resulta sumamente llamativa la argumentación ofrecida por el TEAC para obviar la aplicación de la jurisprudencia más reciente del Alto Tribunal, pues fundamenta su posición en la existencia de procedimientos pendientes de resolución por el Supremo con idéntica temática.

²¹⁹⁷ RJ 2015\1045.

fraude de ley siempre que se siga el procedimiento had oc legalmente previsto”. De esta forma, el TS avala la extensión de las potestades de comprobación a la declaración en fraude de ley de actos o negocios realizados en periodos prescritos, fundamentando su decisión en dos argumentos: por un lado, en una interpretación extensiva de la potestad de comprobación de la Administración y, por otro, en el recurso a la preeminencia del principio de legalidad sobre el principio de seguridad jurídica.

- En relación al primer argumento, el Tribunal deslinda el derecho a liquidar de la potestad de comprobar, y señala que ésta última, como potestad, es imprescriptible. Entre las múltiples críticas que se puede realizar a esta argumentación, podemos destacar lo indicado por FALCÓN Y TELLA²¹⁹⁸, y es que, que las potestades sean imprescriptibles no significa que no tengan límites, y precisamente el principal límite viene impuesto por la propia doctrina de los actos propios, y es claro que con esta argumentación el Tribunal defiende la preeminencia de los efectos de los actos sobre la propia prescripción de los mismos. Por otro lado, la separación entre la potestad de comprobación y el derecho a liquidar no posee la nitidez que el TS le pretende otorgar, pues la comprobación, con los caracteres que le otorga la sentencia, permite una recalificación de una operación realizada en un periodo prescrito, y tales funciones tradicionalmente corresponden a la liquidación, pero, en ningún caso –hasta ahora– a la comprobación.

- Por lo que se refiere a la pretendida preeminencia del principio de legalidad, no se entiende muy bien el recurso al referido principio en este contexto, pues precisamente lo que el Tribunal pretende con su sentencia ataca de manera flagrante tanto la legalidad establecida por los artículos 66 y siguientes de la LGT, como el propio principio de seguridad jurídica. No se hace referencia a éste último, a pesar de ser el fundamento esencial

²¹⁹⁸ Cfr. FALCÓN Y TELLA, R. (2014): “La imprescriptibilidad del derecho a comprobar e investigar (que no es un derecho sino una potestad) y los límites derivados de la buena fe y la confianza legítima”, *Quincena fiscal*, núm. 20, p. 17.

del instituto de la prescripción, lo que resulta sumamente llamativo. Obviamente, con ello, tampoco se plantea una ponderación entre ambos principios a fin de determinar su peso en esta institución jurídica. Con ello, parece que el Tribunal pretende obviar todo aquel argumento que desacredite su postura, más que realizar un ejercicio de confrontación entre unos y otros argumentos.

La referida sentencia tiene un voto particular, cuyo contenido, a nuestro modo de ver, resulta mucho más adecuado en la consecución de la protección de la seguridad jurídica y de la firmeza de los actos prescritos. Este voto particular fue emitido por el magistrado Joaquín Huelín Martínez de Velasco y comienza valorando positivamente la aclaración realizada en la sentencia en cuanto a la cuestión a abordar, que, a su juicio, no era reconducible a la cuestión de la compensación de las bases imponibles negativas, como se hizo en la Sentencia de 4 de julio de 2014. En relación al contenido de la facultad de comprobación el Magistrado distingue dos situaciones: por un lado, la comprobación de bases imponibles negativas generadas en periodos prescritos y compensadas en periodos no prescritos, y, por otro, la adecuación a derecho de los gastos generados en un periodo prescrito con efectos en un periodo no prescrito, cuando tales gastos traen causa de negocios jurídicos realizados en fraude de ley. Sostiene el ponente que “la legalidad aparente de los negocios celebrados en fraude de ley debe prevalecer sobre la ilegalidad subyacente de los mismos, cuando el fraude de ley no haya sido declarado dentro del plazo de prescripción, porque lo demanda el respeto de la seguridad jurídica. No cabe olvidar en esta particular situación, como entiendo han hecho mis colegas, el viejo aforismo: *summum ius summa iniuria*”. Compartimos lo señalado por el ponente, pues, como acertadamente indica ÁLVAREZ BARBEITO²¹⁹⁹, la Administración debe poder contrastar la veracidad tanto de la existencia como de las cuantías de las operaciones realizadas en ejercicios prescritos, pero esta comprobación debe quedar sometida a sus estrictos términos, en el sentido de corroborar si aquellos

²¹⁹⁹ Cfr. ÁLVAREZ BARBEITO, P. (2015): “Posibilidad de declarar la existencia de fraude de ley en operaciones realizadas en ejercicios prescritos: análisis de las Ssts. de 5 de febrero y 23 de marzo de 2015”, *Quincena fiscal*, núm. 19, pp. 179-187.

gastos o partidas reflejadas en el periodo prescrito coinciden con los que se pretende compensar en el ejercicio no prescrito. A lo que en modo alguno debe extenderse esa facultad comprobadora de la Administración es a la calificación jurídica de los negocios llevados a cabo en periodos prescritos, cuya legalidad pudo ser comprobada en tiempo y no lo fue.

Las posteriores sentencias de 19 de febrero, 26 de febrero y 23 de marzo de 2015, en el mismo sentido, no hacen sino consolidar esta jurisprudencia iniciada con la referida sentencia de 5 de febrero de 2015:

- En la sentencia de 19 de febrero de 2015 (Asunto FESTINA-LOTUS)²²⁰⁰, el Tribunal señala que la Administración tributaria podrá corregir tanto errores de cálculo, como errores en la calificación de los hechos o una aplicación indebida de la norma jurídica, consagrando las plenas facultades comprobadoras de la Administración, en contra del criterio establecido por la Audiencia Nacional en sentencia de 26 de septiembre de 2013²²⁰¹, que, a su vez, desestimaba la Resolución del TEAC de 15 de septiembre de 2010.

- En la sentencia del 26 de febrero del mismo año (Asunto GLAXOSMITHKLINE)²²⁰², el Tribunal llega a la misma conclusión que en las sentencias precedentes, pero destaca el esfuerzo que realiza por diferenciar gastos deducibles de compensación de bases imponibles negativas.

- La sentencia de 23 de marzo de 2015 (Asunto HANSON PIONEER ESPAÑA)²²⁰³, por su parte, se acoge sin mayores cuestiones a la doctrina establecida en las sentencias previas de 5 y 26 de febrero de 2015²²⁰⁴.

²²⁰⁰ RJ 2015\418.

²²⁰¹ JUR 2013\311567.

²²⁰² RJ 2015\1281.

²²⁰³ RJ 2015\1369.

²²⁰⁴ El referido magistrado Joaquín Huelín Martínez de Velasco también formuló voto particular a esta sentencia, remitiéndose íntegramente al voto particular emitido en la antedicha sentencia de 5 de marzo de 2015.

Posteriormente, el Tribunal Supremo ha reiterado esta doctrina en sentencias de 16 de marzo, 20 de mayo y 22 de diciembre de 2016²²⁰⁵. En línea con estos pronunciamientos, y rompiendo la doctrina mantenida hasta el momento, la Audiencia Nacional también se pronunció en ese sentido, entre otras, en sentencias de 14 de marzo y 16 de julio de 2016²²⁰⁶.

En definitiva, lo que el Tribunal parece hacer con estas sentencias es configurar la potestad de comprobación como si de un derecho de liquidación “atenuado” se tratase, pero sin los límites temporales en materia de prescripción establecidos para el derecho a liquidar, lo que permite a la Administración volver sobre periodos prescritos, revisar y recalificar las operaciones en ellos realizados y determinar su corrección jurídica, para desplegar sus efectos sobre ejercicios no prescritos. Estas sentencias, desde nuestro punto de vista, presentan una argumentación deficitaria y parcial, pues omiten referencias tan importantes como la relativa al principio de seguridad jurídica, fundamento de la prescripción, y caracterizan esta institución de un modo que se aleja totalmente de la naturaleza que le es propia.

3. La reforma de la Ley General Tributaria efectuada por la Ley 34/2015

El legislador pretendió poner fin a las dudas en torno a la extensión de la facultad comprobadora de la Administración a través de la modificación de la LGT, efectuada con la Ley 34/2015. Así, la referida Ley, en su Exposición de Motivos hacía referencia a que su objetivo, tanto en relación a las facultades de comprobación de la Administración, como a la extensión de las mismas, era la disminución de las dudas interpretativas y la reducción de la litigiosidad, si bien es muy cuestionable que ese objetivo se adecuen al contenido de la reforma aprobada.

La nueva regulación de la prescripción tributaria tiene tres pilares:

²²⁰⁵ RJ 2016\1416, RJ 2016\3266 y RJ 2016\6238, respectivamente.

²²⁰⁶ JUR 2016\72952 y JUR 2016\189445, respectivamente.

1. Por un lado, el nuevo artículo 66 bis de la LGT, que establece el derecho a comprobar e investigar como derecho independiente del derecho a liquidar. Asimismo, el artículo 66 bis establece la imprescriptibilidad, con carácter general, de este derecho a comprobar e investigar, a excepción de los supuestos de comprobación de los denominados “créditos fiscales”, en cuyo caso se establece un plazo de prescripción para iniciar la comprobación de diez años²²⁰⁷. Este nuevo precepto sustituye al artículo 106.5 de la LGT, que se suprime.

2. La modificación de los apartados primero y segundo del artículo 115 de la LIS. Tras señalar en el apartado primero lo ya indicado en el artículo 66 bis de la LGT, esto es, que la prescripción del derecho a liquidar del artículo 66.a) de la LGT no afecta al derecho a comprobar e investigar, el apartado segundo se ocupa de la extensión de los efectos de la calificación realizada por la Administración tributaria. Según este precepto la Administración podrá calificar los hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios realizados por el obligado tributario con independencia de la previa calificación que éste último hubiera dado a los mismos y del ejercicio o periodo en el que la realizó. Con ello, la calificación dada por el sujeto pasivo a una operación realizada en un ejercicio prescrito no vincula a la Administración, pudiendo ésta recalificarla conforme a lo indicado en el artículo 13 de la LGT, o declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria previsto en el artículo 15 de la LGT o la simulación, recogida en el artículo 16 del referido texto normativo.

El único límite a la potestad de calificar negocios jurídicos realizados en periodos prescritos aparece en el último párrafo del precepto, que hace referencia a la vinculación de la Administración a sus actos propios, indicando que la calificación realizada por la Administración Tributaria en los procedimientos de comprobación e investigación extenderá sus efectos respecto de la obligación tributaria objeto de aquellos y, en su

²²⁰⁷ En línea con lo establecido en el artículo 26.5 de la LIS.

caso, respecto de aquellas otras respecto de las que no se hubiese producido la prescripción del derecho a liquidar.

3. La interrupción de la prescripción del derecho a liquidar y solicitar la devolución de ingresos indebidos en relación con las obligaciones conexas.

Centrando nuestra atención en los dos primeros aspectos, cabe realizar algunas reflexiones en torno a los mismos. Retomando el problema jurídico planteado en el primer epígrafe de este apartado, es claro que la LGT apuesta por la acepción “amplia” del termino procedencia, en el sentido que las comprobaciones que realice la Administración no se tienen que limitar a corroborar lo declarado en el periodo prescrito, sino que pueden entrar a establecer la corrección jurídica de los hechos, actos o negocios realizados en periodos prescritos. Tal y como indica MARTÍN QUERALT²²⁰⁸, “el derecho a compensar o deducir créditos fiscales más allá del plazo de prescripción se ve acompañado ahora de la facultad de la Administración para comprobar la procedencia de la compensación o deducción originada en periodos prescritos, con las mismas potestades que ejerce en relación con ejercicios no prescritos”. Estas extensísimas potestades de la Administración desembocan en un “vaciamiento” de la institución de la prescripción, pues se priva a esta institución de su principal efecto, la firmeza de lo prescrito.

A mayor abundamiento, difícil encaje tiene esta nueva regulación con el propio texto del artículo 69 de la LGT, que establece la aplicación de oficio y la extinción de la deuda tributaria como efectos esenciales de la prescripción. Con la nueva regulación la prescripción ni se aplica de oficio, ni extingue lo prescrito, pues, aunque la Administración no puede liquidar nuevamente el ejercicio prescrito, si puede comprobar la corrección jurídica de los elementos en ella declarados, manteniendo en cierta medida un derecho de liquidación que podríamos calificar como “atenuado”.

²²⁰⁸ Cfr. MARTÍN QUERALT, J. (2014): “A vueltas con el anteproyecto de reforma de la Ley General Tributaria”, *Tribuna Fiscal*, núm. 274, septiembre-octubre, pp. 4-8.

Además, la aplicación de oficio de la prescripción se relaciona con lo indicado por LOZANO SERRANO²²⁰⁹ respecto al principio de seguridad jurídica como fundamento de la prescripción. El referido autor indica que “en la prescripción extintiva, lo que el instituto «sanciona» es la falta de diligencia del titular del derecho en su defensa, cuya legalidad no se discute, pero que se sacrifica por mor de la seguridad jurídica. En el ámbito tributario, con más énfasis, si cabe, dado que la ley la contempla como cuestión de orden público aplicable de oficio”. Esta reflexión conecta con la argumentación contenida en las referidas Sentencias del TS de 5 de febrero, 19 de febrero, 26 de febrero y 23 de marzo de 2015, en las que el TS alude a la preminencia del principio de legalidad, pero sin realizar ponderación alguna con otros principios en juego, en particular con el principio de seguridad jurídica. Y es que la figura de la prescripción se encuentra estrechamente relacionada con el principio constitucional de seguridad jurídica, constituyendo la primera una manifestación del segundo, tal y como determino el Tribunal Constitucional en su sentencia 147/1986, de 25 de noviembre, en la que indica que “la prescripción (...) es una figura estrechamente conectada con la idea de seguridad jurídica, porque, para garantizarla, puede llegar a permitir la consolidación de situaciones que, en su origen, eran contrarias a la ley cuando el titular de una pretensión no la ejercita en un plazo de tiempo que pueda considerarse razonable desde la perspectiva de la buena fe. Como la doctrina ya ha observado, en el seno de la institución de la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que a veces ha de ceder para dar paso a aquella y permitir un adecuado desenvolvimiento del tráfico jurídico”. A tenor de lo expuesto, consideramos que, de efectuarse tal ponderación, la balanza se decantaría de manera evidente del lado de la seguridad jurídica, pues es ésta el fundamento esencial de la prescripción. Con ello, la reforma efectuada, que adopta el sentido de tales Resoluciones, en nada beneficia a la salvaguarda de la seguridad jurídica, al contrario, la reduce de manera significativa. La referencia al incremento de la seguridad jurídica que realiza el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley

²²⁰⁹ Cfr. LOZANO SERRANO, C. (2014): “La comprobación de partidas compensables en periodos prescritos”, *Quincena fiscal*, núm. 11, p. 87.

34/2015, no podemos sino calificarla como anecdótica, remitiéndonos a las palabras de MENENDEZ MORENO²²¹⁰, cuando señala que la alusión a la seguridad jurídica es “tan reiterada como incumplida por nuestro ordenamiento (...) y si como es sobradamente conocido, el fundamento de este instituto jurídico -la prescripción tributaria-, de procedencia inmemorial, es precisamente la seguridad jurídica, estas reformas van en sentido contrario a la misma”.

III. REFLEXIONES FINALES

A modo de cierre y en adición a lo ya indicado, es evidente la valoración negativa de la reforma efectuada por la Ley 24/2015 en materia de prescripción tributaria. Y ello porque, como se ha venido destacando, la reforma supone la pérdida de la esencia del instituto de la prescripción, esencia que se encuentra en el principio constitucional de seguridad jurídica.

El respeto a la institución de la prescripción no significa que cualquier tipo de comprobación referente a periodos prescritos quede vedada a la Administración. Es evidente que es necesario conjugar el plazo de que dispone el sujeto pasivo para compensar sus créditos fiscales, más prolongado que el plazo de prescripción, con el derecho de la Administración a comprobar el ejercicio, no prescrito, en el que el contribuyente efectuó la compensación de lo generado en el periodo prescrito. Sin embargo, esa comprobación de lo proveniente de aquel ejercicio prescrito debe quedar circunscrita a sus estrictos términos, y, en ningún caso, pues suponer un nuevo examen jurídico de los hechos, actos o negocios acaecidos en los periodos prescritos, por tanto ya firmes, a pesar de que éstos puedan incurrir en una falta de legalidad o de realidad. En este punto, no podemos sino suscribir en su totalidad las palabras de ESEVERRI MARTINEZ²²¹¹, cuando señala que “en el ámbito de los tributos el paso del tiempo no puede crear una barrera infranqueable a los órganos de la

²²¹⁰ Cfr. MENÉNDEZ MORENO, A. (2014): “La modificación parcial de la Ley General Tributaria”, *Quincena fiscal*, núm. 14, pp. 13-16.

²²¹¹ Cfr. ESEVERRI MARTÍNEZ, E. (2016): “La prescripción tributaria: nueva regulación”, *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 13, pp. 73-74.

Administración para comprobar situaciones del pasado con trascendencia en el presente tributario (...) su condición de actuaciones ilimitadas en el tiempo, por una parte, han de entenderse habilitadas legalmente cuando su instrucción sea necesaria para constatar elementos de obligaciones tributarias no prescritas objeto de regularización tributaria; de otra, ha de criticarse que en el discurrir de las mismas, los órganos administrativos queden habilitados para efectuar operaciones de recalificación jurídica de un pasado que pudo ser objeto de investigación y no lo fue, permitiendo así que el transcurso del tiempo consolidara situaciones jurídicas que pueden resultar ilegales, irreales, o realizadas con abuso de derecho, pero sobre las que no es posible volver para rehacerlas por exigencias de la seguridad jurídica y de la confianza legítima". En este sentido, y retomando el problema jurídico base de toda la cuestión, planteado en el primer epígrafe del apartado anterior, consideramos que la acepción que se le debió dar al término "procedencia" es el limitado, reducido a la constatación de lo declarado en el periodo prescrito, pero sin entrar a analizar su adecuación a Derecho. Lo contrario, esto es, extender los límites de la comprobación más allá de lo indicado, como ocurre en la reforma, supone, como mínimo situar a la Administración tributaria en una situación de preminencia y desigualdad respecto al sujeto pasivo, y, como se ha venido reiterando, suprimir el fundamento esencial de la propia prescripción tributaria.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ BARBEITO, P. (2015): "Posibilidad de declarar la existencia de fraude de ley en operaciones realizadas en ejercicios prescritos: análisis de las ssts. de 5 de febrero y 23 de marzo de 2015", *Quincena fiscal*, núm. 19, pp. 179-187.

CAYÓN GALIARDO, A. (2013): "Jurisprudencia sobre los efectos hacia el futuro de elementos contenidos en declaraciones de ejercicios ya prescritos", *Revista técnica tributaria*, núm. 102, pp. 13-34.

ESEVERRI MARTÍNEZ, E. (2016): "La prescripción tributaria: nueva regulación", *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 13, Doc. Núm. 13/2016, págs. 69-77.

FALCÓN Y TELLA, R. (2014): “La imprescriptibilidad del derecho a comprobar e investigar (que no es un derecho sino una potestad) y los límites derivados de la buena fe y la confianza legítima”, *Quincena fiscal*, núm. 20, pp. 69-77.

LOZANO SERRANO, C. (2014): “La comprobación de partidas compensables en periodos prescritos”, *Quincena fiscal*, núm. 11, pp. 59-89.

MARTÍN QUERALT, J. (2014): “A vueltas con el anteproyecto de reforma de la Ley General Tributaria”, *Tribuna Fiscal*, núm. 274, septiembre-octubre, pp. 4-8.

MENÉNDEZ MORENO, A. (2014): “La modificación parcial de la Ley General Tributaria”, *Quincena fiscal*, núm. 14, pp. 13-16.

De villano a héroe, el papel de las plataformas de economía colaborativa en la gestión tributaria

Alejandro Zapatero Gasco

Becario de investigación

Universidad Carlos III de Madrid

1. Economía colaborativa y gestión tributaria.

A lo largo de los últimos años hemos asistido al surgimiento y rápida expansión de la así llamada “economía colaborativa”, un fenómeno que ha alterado la oferta tradicional de bienes y servicios en el mercado. No obstante, es necesario destacar que la delimitación de este fenómeno no resulta en absoluto pacífica. El mismo ha sido definido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) como un “modelo de consumo basado en el intercambio entre particulares de bienes y servicios que permanecían ociosos o infrautilizados a cambio de una compensación pactada entre las partes”²²¹². La definición de la CNMC permite, de esta manera, identificar dos características principales de la economía colaborativa, como son:

(1) “El intercambio de bienes y servicios se produce entre particulares, no profesionales, sin que dicho intercambio comporte el ejercicio de una actividad profesional remunerada por parte del oferente, aunque sí pueda existir un intercambio económico en razón de gastos compartidos o compensación.

²²¹² CNMC, *Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, Documento 2: Efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación*, p. 2. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.consumoresponde.es/sites/default/files/articulos/Consulta%20P%C3%BAblica%20CNMC.%20Documento%202.%20Efectos%20nuevos%20modelos%20econ%C3%B3micos.pdf>, última fecha de consulta 2/7/2018.

(2) Los bienes o servicios intercambiados permanecían ociosos o infrautilizados por el oferente y, por tanto, esos bienes y servicios no han sido creados o adquiridos para proceder a su oferta en el mercado”²²¹³.

Atendiendo a esta definición, es posible afirmar que la “economía colaborativa” supone una modificación del esquema tradicional de producción y oferta de bienes y servicios. Este esquema tradicional se caracteriza por la diferenciación radical entre quienes producen y ofrecen bienes y servicios, esto es, empresarios y profesionales, y aquellos sujetos que demandan tales bienes y servicios, los consumidores. Por el contrario, en la economía colaborativa esta diferenciación se difumina, llevándose a cabo la producción y puesta a disposición de tales bienes y servicios generalmente por los propios miembros de la comunidad, situados en el mismo plano que quienes los demandan y consumen²²¹⁴.

A priori, el objetivo de quienes realizan esta oferta sin constituirse como empresarios o profesionales es el de reducir los costes económicos asociados a la titularidad o utilización de ciertos bienes²²¹⁵. Estos sujetos buscan así la optimización de los recursos disponibles, explotando al máximo los bienes o servicios a su disposición y disminuyendo las cargas asociadas a su propiedad, uso o disfrute. En este sentido, es necesario tener en cuenta la influencia de la crisis económica global sufrida en los últimos años²²¹⁶, la cual se ha traducido en una reducción de la renta disponible y la necesidad de buscar el modo de ampliar dicha optimización de los recursos.

Por su parte, la Comisión Europea ha hecho hincapié en el papel que han jugado las plataformas *online* en este fenómeno, y describe la economía colaborativa como aquellos “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante

²²¹³ CNMC, *Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios...*, cit., p. 2.

²²¹⁴ ANTÓN ANTÓN, A. Y BILBAO ESTRADA, I., “El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad”, en *Documentos de trabajo 26/2016*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, p. 7.

²²¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

²²¹⁶ La influencia de la crisis económica en el crecimiento de la economía colaborativa ha sido apuntada por ANTÓN ANTÓN, A. Y BILBAO ESTRADA, I., “El consumo colaborativo en la era digital...”, cit., p. 9 y SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., “Economía colaborativa y presencia digital. Conflictos derivados de la sujeción a tributación de la actividad online”, en LUCAS DURÁN, M. Y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (Dir.) y DEL BLANCO GARCÍA, Á. (Coord.), *Fiscalidad de la economía colaborativa: especial mención a los sectores de alojamiento y transporte*, *Documentos de trabajo 15/17*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 33 y ss.

plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”²²¹⁷. Estas plataformas, por lo general, no prestan el servicio ni producen el bien que se oferta a través de las mismas. Al contrario, las mismas actúan como un mero intermediario, dedicado a poner en contacto a aquellos sujetos que ofrecen un determinado bien o servicio con aquellos otros sujetos que lo demandan. De este modo, las plataformas eliminan la asimetría informativa que existe entre unos y otros, generando la confianza necesaria para que se produzca una transacción²²¹⁸.

Para llevar a cabo la labor de intermediación señalada, las plataformas habitualmente cuentan con descripciones detalladas tanto de los usuarios registrados como de los bienes o servicios ofertados. Asimismo, por lo general incorporan sistemas de evaluación entre usuarios, de manera que cada sujeto puede valorar a aquel o aquellos individuos con los que ha realizado una transacción, y el nivel de satisfacción conseguido. En base a este sistema, cualquier usuario puede conocer las experiencias de otros miembros de la plataforma, y decidir entre uno u otro oferente o demandante del bien o servicio. Además, estas plataformas a menudo disponen de sistemas de garantía en el pago, ofreciendo una protección a sus usuarios frente a posibles estafas.

De esta forma, las plataformas *online* de economía colaborativa han suprimido – o al menos suavizado en gran medida- las barreras de entrada al mercado en diversos sectores económicos, permitiendo el acceso a dicho mercado de un gran número de operadores particulares –no profesionales- que, hasta su aparición, encontraban serias dificultades a la hora de ofertar bienes y servicios. Así,

²²¹⁷ COM(2016) 356 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, de 2 de junio de 2016, p. 8.

²²¹⁸ Antón y Bilbao, a este respecto, matizan que “en ocasiones, no son las partes *strictu sensu* las que fijan las reglas del juego e, incluso, la compensación, siendo la plataforma la que fija las condiciones legales. En este caso, por tanto, las plataformas tendrían un papel más activo en la transacción. Vid. ANTÓN ANTÓN, A. Y BILBAO ESTRADA, I., “El consumo colaborativo en la era digital...”, cit., p. 10. Además de las señaladas, otras definiciones o matizaciones del concepto de “economía colaborativa” pueden encontrarse en DOMÉNECH PASCUAL, G., “La regulación de la economía colaborativa (El caso “Uber contra el taxi)”, en *Revista CEFLEGAL*, Ed. CEF, núms. 175-176, 2015, p. 66; o MACHANCOSES GARCÍA, E., “Economía de plataforma en los servicios de transporte terrestre de pasajeros: Retos tributarios de la imposición directa sobre el usuario y la plataforma”, en *Quincena Fiscal*, parte Estudios, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), n° 15/2017, p. 1.

mientras en el esquema tradicional de oferta de dichos bienes y servicios los sujetos deben hacer frente a importantes costes a la hora de entrar al mercado – infraestructura, creación de marca, publicidad, etc.-, en la economía colaborativa, y gracias a estas plataformas, diferentes operadores pueden ofrecer sus bienes o servicios sin necesidad de incurrir en dichos costes. El resultado es el surgimiento de una economía “informal” en la que los particulares pueden participar, junto a profesionales y empresarios, de la oferta de bienes y servicios en el mercado.

Todo ello, como es indudable, tiene diferentes consecuencias desde el punto de vista fiscal. La entrega de bienes o prestación de servicios a través de las plataformas de economía colaborativa constituirá una fuente de ingresos más o menos importante para aquellos sujetos que ofrezcan los mismos. Estos ingresos, en cumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos consagrado por el art. 31.1 CE, estarán sometidos a gravamen de acuerdo a la normativa vigente. No obstante, el hecho de que los mismos se obtengan en un contexto de economía colaborativa plantea varias cuestiones interesantes.

En primer lugar, debe dilucidarse cuál es el encaje que estos rendimientos, obtenidos de manera “informal” y fuera del esquema tradicional comentado anteriormente, tienen en el ordenamiento tributario. En consecuencia, debe determinarse la sujeción de los mismos a cada una de las figuras tributarias susceptibles de ser aplicadas, tales como IVA, ITPyAJD o IRPF entre otras.

En segundo lugar, y en lo que aquí interesa, la obtención de rendimientos en un contexto de economía colaborativa genera diversos problemas desde la perspectiva de la gestión tributaria. Ello es así debido a que esta economía “informal”, por lo general, no se encuentra sometida a los controles y obligaciones formales propios de la economía “tradicional”, y en concreto, a los deberes de suministro de información²²¹⁹.

²²¹⁹ La falta de información relativa a las operaciones realizadas en el marco de la economía colaborativa es subrayada por SÁNCHEZ HUETE, M. A., “Economía colaborativa: información y control tributario”, en LUCAS DURÁN, M. Y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (Dir.) y DEL BLANCO GARCÍA, Á. (Coord.), *Fiscalidad de la economía colaborativa: especial mención a los sectores de alojamiento y transporte*, Documentos de trabajo 15/17, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, p. 18.

En un contexto de economía tradicional, la Administración tributaria logra obtener la información necesaria para el desarrollo de sus tareas a través de la imposición de deberes formales a aquellos sujetos que con mayor intensidad participan en el mercado, esto es, empresarios y profesionales. Así, estableciendo obligaciones de suministro de información a un grupo reducido de sujetos es posible obtener datos relativos al conjunto de contribuyentes. Sin embargo, en el contexto de la economía colaborativa, y como se señaló con anterioridad, en la mayoría de los casos los bienes y servicios son ofrecidos por operadores particulares, sujetos que no acreditan la condición de empresarios o profesionales y que no se encuentran sometidos a los deberes formales señalados.

De este modo, la Administración tributaria se enfrenta a grandes impedimentos a la hora de recabar todos aquellos datos relativos a las operaciones realizadas en el contexto de la economía colaborativa. Ello dificulta en gran medida la realización de las labores de comprobación e investigación que le son encomendadas, y puede generar un importante nicho de economía sumergida. En consecuencia, resulta imperativo buscar fórmulas de gestión adecuadas que permitan dar respuesta a este nuevo fenómeno. La solución a esta problemática puede encontrarse en la propia naturaleza de la economía colaborativa, pues esta presenta ciertos rasgos que pueden ser explotados por la Administración tributaria a la hora de llevar a cabo tales tareas de comprobación e investigación.

En primer lugar, las transacciones realizadas en este ámbito son acordadas en el seno de plataformas alojadas en un dominio web o una aplicación móvil, esto es, en un entorno *online*. Ello genera toda una serie de datos que pueden ser recopilados y analizados por la Administración con el objetivo de comprobar la efectiva ejecución del servicio o bien objeto de la transacción y el correspondiente pago de la contraprestación²²²⁰.

En segundo lugar, la relación triangular que se establece en el ámbito de la economía colaborativa puede asimismo facilitar la tarea de gestión de la Administración. En la realización de estas operaciones encontramos tres sujetos

²²²⁰ SÁNCHEZ HUETE, M. A., "Economía colaborativa: información y control tributario", cit., p. 21.

diferenciados: i) el sujeto que ofrece la prestación de un servicio o entrega de un bien, ii) un usuario, que actúa como consumidor y recibe tal bien o servicio y iii) un intermediario, generalmente una plataforma *online* cuya función primordial es la de poner en contacto a los otros dos sujetos²²²¹.

En este esquema, la plataforma que actúa como intermediario cuenta con toda la información relativa a los sujetos implicados en la operación, la naturaleza de dicha operación e incluso la cuantía de la contraprestación obtenida por el prestador. De hecho, estas plataformas por lo general cuentan con muchos más datos, la mayoría de los cuales pueden resultar relevantes para el cumplimiento de las tareas encomendadas a la Administración tributaria. Ello es así porque una de las claves del éxito de estas plataformas es la generación de la confianza necesaria para que dos sujetos cuyo único vínculo es la propia plataforma acuerden realizar una transacción.

La mayoría de las actividades ofertadas a través de las mismas –como por ejemplo la cesión temporal de un vehículo o un inmueble– se han circunscrito, tradicionalmente, a un círculo reducido, basado en relaciones familiares o de amistad. Sin embargo, con el surgimiento estas plataformas, la oferta y cesión de bienes y servicios por los particulares ha trascendido de este ámbito, involucrando a completos desconocidos²²²². Esto se consigue, en gran parte, a través de la facilitación de información detallada acerca de los usuarios, la cual se encuentra en poder de la plataforma. En consecuencia, situando el foco de su actividad de captación de información sobre estas plataformas, la Administración puede recabar todos aquellos datos relevantes para la realización de sus funciones de gestión, comprobación e investigación.

Las próximas páginas, por tanto, estarán dedicadas al análisis de las diferentes opciones de obtención de información al alcance de la Administración tributaria, de manera que la misma pueda llevar a cabo una gestión eficaz, asegurando el

²²²¹ Esta relación “tripartita” ha sido descrita en COM (2016) 356 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, pág. 3. En este sentido, SÁNCHEZ HUETE, M. A., “Economía colaborativa: información y control tributario”, cit., p. 17.

²²²² Vid., en este sentido, MACHANCOSES GARCÍA, E., “Economía de plataforma en los servicios...”, cit., p. 4.

correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales aparejadas a las actividades desarrolladas en el seno de la economía colaborativa.

2. Obligaciones de información. El nuevo artículo 54ter RGAT.

Como ha quedado de manifiesto a lo largo del apartado anterior, la garantía de una gestión tributaria eficaz en relación con las actividades enmarcadas en la economía colaborativa pasa por el aseguramiento de un flujo regular de información a la Administración. A este respecto, la doctrina ha planteado varias fórmulas de obtención de información con encaje en el ordenamiento vigente.

En primer lugar, la Administración puede cursar a las plataformas -o mejor dicho, a sus titulares, sean estas personas físicas o jurídicas-, requerimientos de información concretos, amparándose en el art. 93 de la Ley General Tributaria (en adelante LGT)²²²³. No obstante, es necesario reparar en el hecho de que muchas de estas plataformas operan en España sin contar con presencia física en nuestro país, a través de webs o aplicaciones móviles. Es por ello que para la obtención de la información pretendida sería necesario acudir a las herramientas de cooperación fiscal internacional previstas en los Convenios para evitar la Doble Imposición, el ordenamiento de la UE -y en concreto la Directiva de Cooperación Administrativa vigente en este ámbito²²²⁴- o el Convenio Multilateral OCDE/CdE²²²⁵, entre otras.

Por otro lado, la Administración puede establecer una obligación de suministro periódico de información, similar a aquellas presentes en el Capítulo V del

²²²³ Esta posibilidad viene formulada por SANZ GÓMEZ, R., "Airbnb, ¿economía colaborativa o economía sumergida? Reflexiones sobre el papel de las plataformas de intermediación en la aplicación de los tributos", en LUCAS DURÁN, M. Y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (Dirs) y DEL BLANCO GARCÍA, Á. (Coord.), *Fiscalidad de la economía colaborativa: especial mención a los sectores de alojamiento y transporte*, Documentos de trabajo 15/17, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, p. 81.

²²²⁴ Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE.

²²²⁵ OCDE/CdE, Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecha en Estrasburgo el 25 de enero de 1988 y actualizada según el Protocolo que modifica la Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal que entró en vigor el primero de Junio 2011.

Reglamento General de Gestión y Aplicación de los Tributos (RGAT)²²²⁶. Esta opción puede resultar más eficiente, dado el creciente número de transacciones enmarcadas en este contexto de economía colaborativa. De este modo, la Administración puede contar con datos fiables y actualizados acerca de dichas transacciones, y dirigir así con mayor precisión sus labores de comprobación e investigación. Dicha obligación, como se apuntó con anterioridad, debe imponerse sobre aquel sujeto que mayor cantidad de información recopila y almacena, esto es, la propia plataforma.

Esta fórmula ha sido, por otra parte, la adoptada por la Administración española, si bien restringida al sector del alojamiento vacacional. Ello ha tenido lugar a través de la aprobación de un nuevo artículo, el 54 ter RGAT, relativo a las obligaciones de información de los intermediarios en este tipo de operaciones.

Este precepto impone en su apartado primero la obligación “presentar periódicamente una declaración informativa de las cesiones de uso en las que intermedien” a aquellas “personas y entidades que intermedien entre los cedentes y cesionarios del uso de viviendas con fines turísticos situadas en territorio español”. Dichos intermediarios serían todas aquellas “personas o entidades que presten el servicio de intermediación entre cedente y cesionario del uso (...), ya sea a título oneroso o gratuito”, y en concreto a las plataformas colaborativas que “intermedien en la cesión de uso a que se refiere el apartado anterior y tengan la consideración de prestador de servicios de la sociedad de la información en los términos a que se refiere la Ley 34/2002”.

De este modo, la Administración española –a mi juicio de manera acertada– ha situado sobre las plataformas *online* el foco de la gestión tributaria de esta actividad de alojamiento vacacional en el contexto de la economía colaborativa. Tales plataformas se constituyen así como el principal suministrador de los datos necesarios para la correcta determinación de las obligaciones fiscales que derivan

²²²⁶ Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. Esta posibilidad ha sido apuntada por SANZ GÓMEZ, R., “Airbnb, ¿economía colaborativa o economía sumergida?...”, cit., p. 81.

del arrendamiento turístico o vacacional en un contexto de economía colaborativa.

El art. 54 ter.4 RGAT describe qué datos en concreto debe aportar el intermediario sometido a la obligación descrita, esto es, la plataforma. Dicho artículo impone la obligación de identificar al titular de la vivienda cedida con fines turísticos, al titular del derecho en virtud del cual se cede dicha vivienda -en el caso de que ambos fuesen distintos-, así como el inmueble objeto de arrendamiento. Además, este artículo impone la obligación de indicar quiénes son las personas o entidades cesionarias, así como el número de días de disfrute de la vivienda con fines turísticos y el importe percibido por el titular cedente del uso de tal vivienda o, en su caso, detallar su carácter gratuito.

Las ventajas de establecer esta obligación sobre los intermediarios en las operaciones de arrendamiento turístico o vacacional – la cual recaerá, generalmente, sobre las plataformas- son varias²²²⁷: este deber habilita un flujo de información regular, sin necesidad de efectuar requerimientos expresos. En segundo lugar, la obligación de suministrar información relativa a los sujetos implicados en estas operaciones –especialmente los prestadores- permite poner a la Administración sobre la pista de transacciones no declaradas por los mismos, contribuyendo a eliminar un foco de economía sumergida asociada a las operaciones realizadas a través de estas plataformas. Además, la imposición de esta obligación sobre la plataforma constituye la opción más eficiente desde el punto de vista de la presión fiscal indirecta, al verse compelido a su cumplimiento un sujeto que cuenta de antemano con una infraestructura adecuada para la gestión de la información.

No obstante, la introducción de esta obligación en nuestro ordenamiento también presenta ciertos puntos negativos²²²⁸. En primer lugar, y más importante, emerge la cuestión acerca de la posibilidad de garantizar el cumplimiento de la misma por parte de plataformas radicadas en otros Estados. A este respecto cabe

²²²⁷ Respecto de estas ventajas vid., SÁNCHEZ HUETE, M. A., “Economía colaborativa: información y control tributario”, cit., p. 23.

²²²⁸ A este respecto vid., SÁNCHEZ HUETE, M. A., “Economía colaborativa: información y control tributario”, cit., p. 26.

plantearse, i) la legitimidad del Estado español a la hora de establecer obligaciones de información a sujetos no residentes, y ii) la capacidad real de la Administración nacional de exigir un correcto cumplimiento de la misma.

Asimismo, resulta necesario tener en cuenta que esta obligación puede también solaparse con otras obligaciones de suministro presentes en nuestro ordenamiento. Dicho solapamiento, como es obvio, atentaría contra los principios de eficacia y eficiencia de la Administración consagrados constitucionalmente, y generaría una presión fiscal indirecta innecesaria sobre los diversos sujetos obligados a aportar los datos señalados.

Finalmente, si bien el destino de la información recabada por esta vía es la Agencia Tributaria, los datos recopilados de los intermediarios en este tipo de operaciones pueden resultar muy interesantes a otras administraciones, como las autonómicas²²²⁹ o municipales. Ello es así debido a que la información recopilada por esta vía puede ser también utilizada en la aplicación de la normativa local o autonómica en relación con los alojamientos vacacionales – tributos, licencias, limitaciones en los días de ocupación, etc.- A través del análisis de los datos recabados por la AEAT, estos entes pueden verificar y controlar el correcto cumplimiento de dicha normativa por parte de los titulares de los bienes inmuebles ofertados a través de las plataformas. Por tanto, a mi juicio debería arbitrarse un mecanismo de cesión de información por parte de la AEAT que permitiese el acceso de otras autoridades a aquellos datos necesarios para la aplicación de su propia regulación.

²²²⁹ No hay que perder de vista que diversas autonomías, como Cataluña o Baleares, aprovechando su gran atractivo turístico han creado figuras tributarias cuyo hecho imponible consiste precisamente en el alojamiento de turistas en toda una serie de espacios –tales como hoteles, hostales, pensiones, apartamentos particulares, etc.- Sobre el gran atractivo turístico de nuestro país como una de las causas del aumento del arrendamiento vacacional llama la atención ÁLAMO CERRILLO, R., “Fiscalidad de los apartamentos turísticos”, en *Quincena Fiscal* parte Estudios, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), nº 12/2017, p. 2.

3. Otras opciones de gestión tributaria con las plataformas de economía colaborativa.

Como ha quedado de manifiesto a lo largo del apartado anterior, la mejor opción de gestión de aquellas obligaciones tributarias aparejadas a la obtención de ingresos a través de plataformas *online* de economía colaborativa, pasa por la implicación de las propias plataformas en dicha gestión. Ello es así debido a que son estas plataformas quienes cuentan con toda la información relativa a los sujetos involucrados en las transacciones que tienen lugar en su seno, y más concretamente con aquellos datos relevantes para la aplicación de los tributos.

No obstante, la obtención de esta información puede resultar problemática, en tanto en cuanto en numerosas ocasiones las plataformas respecto de las cuales se pretende el suministro radican fuera de nuestro país. En este escenario, la Administración puede encontrar serias dificultades a la hora de garantizar el cumplimiento efectivo de estos deberes de información. Es por ello que una opción interesante para la Administración a la hora de asegurarse un suministro fiable de datos puede pasar por la celebración de acuerdos de colaboración con estas plataformas. Tales acuerdos vendrían amparados por el art 92 LGT, que prevé expresamente la posibilidad de que entidades privadas colaboren en la aplicación de los tributos, simplificando el cumplimiento de obligaciones fiscales.

Además, esta posibilidad no resulta ajena a ciertas plataformas; por ejemplo, en el campo del alojamiento vacacional la plataforma *Airbnb* ha suscrito diversos acuerdos con las Administraciones locales de diferentes países -tales como Ámsterdam, Berlín, o San Francisco- para la aplicación de su normativa relativa al sector turístico.

Por otro lado, la estructura de estas plataformas, y el modo en el que se realizan las transacciones en las mismas, puede abrir la puerta a formas de colaboración más intensas. En la mayoría de los casos -o al menos, en los más exitosos- estas plataformas realizan su labor de intermediación actuando como una pasarela de pago automatizada, esto es, custodian el pago desde quien recibe el bien o servicio hasta el usuario que lo presta o entrega. Esta infraestructura puede permitir que la plataforma se configure como un colaborador a la hora de

recaudar determinadas figuras tributarias, cuyos hechos imponibles tienen lugar con la realización o entrega de la contraprestación por la actividad económica desarrollada a través de la propia plataforma. De esta manera, la plataforma puede constituirse, en función del tributo en cuestión, como un retenedor o bien un sustituto del contribuyente, realizando el ingreso de la cantidad debida a la Hacienda Pública.

Ello puede resultar especialmente útil en el caso de tributos instantáneos. Sirva como ejemplo el caso de plataformas de compraventa de objetos de segunda mano; en estos casos, las transacciones que tienen lugar en el seno de estas plataformas pueden ser sometidas a gravamen por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas. Sin embargo, la ingente cantidad de transacciones que se produce a través de estas plataformas, y, sobre todo, la reducida cuantía de las mismas hace sumamente ineficiente la iniciación de procedimientos de comprobación y posterior recaudación de las mismas. En este contexto, podría establecerse una colaboración entre las plataformas y la Administración tributaria que permitiese un cálculo e ingreso automático del impuesto por cada operación cuyo pago sea realizado a través de la plataforma.

Esta posibilidad puede resultar asimismo interesante en el sector del alojamiento vacacional. En la actualidad, y como se comentó anteriormente, diversos entes territoriales -locales o infraestatales- de otros países han establecido “tasas turísticas” que gravan la pernoctación en su término municipal. En España, Cataluña y Baleares han optado asimismo por la introducción de impuestos de este tipo, en el que la cuota a ingresar suele comprender un importe fijo por persona y noche. La implicación de las plataformas de economía colaborativa en la gestión de dichas figuras tributarias, asociadas a estancias turísticas, puede resultar enormemente atractiva para las Administraciones locales y autonómicas. Como se ha apuntado, estas plataformas por lo general actúan como pasarelas de pago automatizadas, que custodian y trasladan la contraprestación pagada. En este esquema, resulta factible configurar a la plataforma como un sustituto del contribuyente -aquel usuario que recibe el servicio-. La plataforma recibiría de dicho contribuyente la cuota a ingresar por estos impuestos “turísticos”, y de

manera automática y aprovechando su propia pasarela de pago procedería al ingreso en la Hacienda Pública.

A través de la implementación de esta medida, por tanto, las Administraciones locales y regionales podrían asegurar una fuente de recursos adicional que permitiese asumir aquellos gastos añadidos que puede generar el turismo – limpieza pública, seguridad, alumbrado, alcantarillado, etc.-.

A este respecto, es cierto que puede aducirse en contra de esta medida que la misma supone, indudablemente, un aumento de la presión fiscal indirecta sobre estas plataformas. Sin embargo, también cabe la posibilidad de que estos acuerdos de colaboración incluyan cualquier tipo de compensación por la realización de esta tarea²²³⁰, al estilo del Código de Buenas Prácticas Tributarias²²³¹. En cualquier caso, no hay que olvidar que estas Administraciones son las encargadas de crear y mantener aquellas condiciones que hacen una ciudad atractiva como destino turístico, y que para ello necesitan contar con recursos suficientes. De este modo, la participación de las plataformas *online* de economía colaborativa en la gestión de estos tributos no sería sino una manera de proteger su propio negocio.

4. Bibliografía.

ÁLAMO CERRILLO, R., “Fiscalidad de los apartamentos turísticos”, en *Quincena Fiscal* parte Estudios, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), nº 12/2017.

ANTÓN ANTÓN, A. Y BILBAO ESTRADA, I., “El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad”, en *Documentos de trabajo* 26/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016.

²²³⁰ En este sentido vid. JUAN LOZANO, A. M., y FUSTER ASENCIO, C., “Buena administración tributaria y seguridad jurídica: cumplimiento tributario y aplicación del sistema como factores de competitividad y legitimidad”, *Documentos de Trabajo* 05/2016, IEF, Madrid, 2016, pp. 10-11, donde se proponen diversos mecanismos para el fortalecimiento del cumplimiento cooperativo en materia tributaria.

²²³¹ Sobre este Código de Buenas Prácticas vid. SANZ GÓMEZ, R. J., “Hacia la relación cooperativa en España: el nuevo Código de Buenas Prácticas Tributarias a la luz de los estudios de la OCDE”, en *Revista Técnica Tributaria*, n. 93, Abril - Junio 2011, pp. 59-80.

CNMC, *Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, Documento 2: Efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación.*

COM(2016) 356 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, de 2 de junio de 2016

DOMÉNECH PASCUAL, G., "La regulación de la economía colaborativa (El caso "Uber contra el taxi)", en *Revista CEFLEGAL*, Ed. CEF, núms. 175-176, 2015.

JUAN LOZANO, A. M., y FUSTER ASENCIO, C., "Buena administración tributaria y seguridad jurídica: cumplimiento tributario y aplicación del sistema como factores de competitividad y legitimidad", *Documentos de Trabajo 05/2016*, IEF, Madrid, 2016.

MACHANCOSES GARCÍA, E., "Economía de plataforma en los servicios de transporte terrestre de pasajeros: Retos tributarios de la imposición directa sobre el usuario y la plataforma", en *Quincena Fiscal*, parte Estudios, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), nº 15/2017.

SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., "Economía colaborativa y presencia digital. Conflictos derivados de la sujeción a tributación de la actividad online", en Lucas Durán, M. y García-Herrera Blanco, C. (Dirs) y Del Blanco García, Á. (Coord.), *Fiscalidad de la economía colaborativa: especial mención a los sectores de alojamiento y transporte*, *Documentos de trabajo 15/17*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2017.

SÁNCHEZ HUETE, M. A., "Economía colaborativa: información y control tributario", en LUCAS DURÁN, M. Y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (Dirs) y DEL BLANCO GARCÍA, Á. (Coord.), *Fiscalidad de la economía colaborativa: especial mención a los sectores de alojamiento y transporte*, *Documentos de trabajo 15/17*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2017.

SANZ GÓMEZ, R. J., "Hacia la relación cooperativa en España: el nuevo Código de Buenas Prácticas Tributarias a la luz de los estudios de la OCDE", en *Revista Técnica Tributaria*, n. 93, Abril - Junio 2011.

SANZ GÓMEZ, R., "Airbnb, ¿economía colaborativa o economía sumergida? Reflexiones sobre el papel de las plataformas de intermediación en la aplicación de los tributos", en LUCAS DURÁN, M. Y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (Dir.) y DEL BLANCO GARCÍA, Á. (Coord.), *Fiscalidad de la economía colaborativa: especial mención a los sectores de alojamiento y transporte, Documentos de trabajo* 15/17, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2017.

Implicaciones tributarias para los sujetos intervinientes en la economía colaborativa

José Francisco Sedeño López

Universidad de Málaga

El desarrollo de la economía colaborativa se encuentra estrechamente relacionado con la fiscalidad. Como establece la Comisión Europea en la *Agenda Europea para las Economías colaborativas*, los prestadores de servicios de la economía colaborativa deben pagar impuestos. Es decir, tanto las plataformas como los propios prestadores de servicios deben satisfacer sus normas tributarias, especialmente las referidas al IRPF, IS e IVA. No obstante, las obligaciones tributarias no pueden suponer un impedimento al desarrollo de las empresas de la economía colaborativa: se debe llegar a un equilibrio entre el cumplimiento de las obligaciones fiscales y el aprovechamiento de las externalidades positivas de este fenómeno.

Como podemos comprobar, la situación actual en nuestro país es bastante confusa: se están aplicando normas que no tienen en cuenta las particularidades de la economía colaborativa. Actualmente el Ministerio de Hacienda está preparando un Proyecto de Real Decreto. Sin embargo, esta reforma está relacionada únicamente con las plataformas colaborativas de alojamientos turísticos, y centrado en la comunicación y colaboración entre la Administración Pública y las plataformas.

La pregunta que el legislador debería hacerse es en qué línea quiere avanzar, es decir, qué modelo de economía colaborativa quiere que exista en España. Una economía colaborativa que se pierda en burocracia y papeleo, con numerosas barreras para los profesionales que presten sus servicios y que no permita exprimir sus ventajas; o una economía colaborativa regulada, en el que los agentes tengan claro cuáles son sus obligaciones fiscales, con una reducida carga administrativa y burocrática que permita que la economía colaborativa tenga un

papel importante en el desarrollo económico. Apostar por una normativa tributaria justa y adaptable parece la solución más acertada.

Desde el punto de vista tributario, no obstante, la tarea no es tan sencilla. Nos encontramos ante un problema de calificación jurídica, en el que debemos determinar cuáles son los hechos que tienen relevancia para el derecho tributario y cuáles son los sujetos que intervienen en él.

Como sostiene MONTESINOS OLTRA, la dificultad de encajar a la economía colaborativa dentro de las categorías tradicionales del derecho tributario se pone de manifiesto con el surgimiento de los *prosumidores*, que serían aquellos sujetos que participan de forma simultánea en las plataformas colaborativas como usuarios y como productores ocasionales²²³². En este caso no solo habría un problema para cuantificar las rentas obtenidas por el sujeto en cuestión, sino que incluso tendríamos dificultades para identificar al particular con la figura del empresario o consumidor.

Las siguientes líneas se dedicarán al análisis de las implicaciones tributarias para los distintos agentes que intervienen en la economía colaborativa.

1. Plataformas colaborativas

A. Tributación directa.

En relación a la tributación directa, se debe distinguir, en primer lugar, si existe o no ánimo de lucro.

a) Animo de lucro.

Dentro de este apartado se pueden distinguir dos situaciones: que detrás de la plataforma colaborativa haya una persona física o una persona jurídica. Sin embargo, lo más común es que la plataforma colaborativa se encuentre gestionada por una sociedad mercantil, ya sea limitada o anónima. No obstante, esta persona jurídica puede ser o no ser residente en España, lo que dará lugar a dos supuestos diferenciados. Si la persona jurídica es residente en España, deberá tributar por el Impuesto de Sociedades (IS), mientras que si no es residente en

²²³² MONTESINOS OLTRA, S.: “Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del derecho tributario”, *Economía Industrial*, nº 402, 2016.

España, deberá tributar por el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (IRNR)²²³³.

i. Impuesto de Sociedades.

En el caso de que la persona jurídica sea residente en España, deberá tributar por el IS. El artículo 8 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), determina cuando se dará este supuesto:

“Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas.*
- b) Que tengan su domicilio social en territorio español.*
- c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.”*

El artículo también contiene una previsión especial para aquellos supuestos en los que la persona jurídica tenga su residencia fiscal en un territorio con dudosa tributación o considerado paraíso fiscal de acuerdo con la legislación española.

Además, en los artículos 21 y 22 de la LIS se prevén un amplio número de exenciones que deberán ser tenidas en cuenta a la hora de liquidar el impuesto. Por lo demás, el régimen de este impuesto no presenta ninguna particularidad.

En cuanto a los gastos deducibles, tendrán dicha consideración todos los gastos relacionados con el desarrollo de la plataforma.

ii. Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.

En el caso de que la persona jurídica no resida en España, será de aplicación el IRNR, siempre que no exista un acuerdo de doble imposición entre España y el país de residencia de la persona jurídica.

²²³³ LUCAS DURÁN, M., “Problemática jurídica de la economía colaborativa: especial referencia a la fiscalidad de las plataformas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, nº 10, 2017, pág. 146 y ss.; PASTOR DEL PINO, M.C., “La economía colaborativa desde las Instituciones Comunitarias: implicaciones fiscales”, en ALFONSO SANCHEZ, R. y VALERO TORRIJOS, J.; *“Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital”*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág. 556-557.

De acuerdo con el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 5/ 2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (TRLIRNR), serán contribuyentes de este impuesto:

“a) Las personas físicas y entidades no residentes en territorio español conforme al artículo 6 que obtengan rentas en él, salvo que sean contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) Las personas físicas que sean residentes en España por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 9.4 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo.

c) Las entidades en régimen de atribución de rentas a que se refiere el artículo 38.”

El último apartado hace referencia a aquellas empresas de atribución de rentas constituida en el extranjero, que realice de forma continuada o habitual actividades en el territorio español.

En cuanto al apartado b), la Ley 35/2006 (que derogó al Real Decreto Legislativo 3/2004) establece en su artículo 9.1 tres criterios para entender que un contribuyente reside en territorio español: 1) criterio de permanencia en España de más de 183 días, 2) que en España radique la base de sus actividades o intereses principales, y 3) cuando resida el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores, de acuerdo con los requisitos 1) y 2). Este último supuesto es una presunción *iuris tantum*, ante la que cabe prueba en contrario.

Conviene señalar que el IRNR será el impuesto más común por el que deberán tributar las plataformas colaborativas, puesto que la mayoría de empresas de la economía colaborativa tienen sus residencias en otros países (Airbnb en Irlanda, Uber en Países Bajos...).

Dentro de este tributo, se deben señalar dos modalidades distintas, en función de si la los no residentes cuentan o no con un establecimiento permanente²²³⁴. En el primer supuesto, las rentas obtenidas por no residentes que tengan un

²²³⁴ A tenor del artículo 5 de la Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación, se entiende como establecimiento permanente *“cualquier local fijo de negocios en el que se desarrolle, total o parcialmente, la actividad de la empresa”*.

establecimiento permanente en España tributarán por las rentas obtenidas como si hubiesen sido obtenidas en nuestro país (artículos 16-23 TRLIRNR). En el caso de las rentas obtenidas por no residentes que no cuenten con un establecimiento en España tributarán por el IRNR (artículos 24-33 TRLIRNR). Además de todo lo dicho, deberán de tenerse en cuenta los acuerdos para evitar la doble imposición suscritos entre España y terceros países.

Dichos convenios suelen incluir cláusulas que en el que las rentas obtenidas por no residentes que no cuenten con establecimiento permanente, tributarán, no en el país en el que se generan, sino en el país donde la plataforma tenga su residencia fiscal. Esta situación lleva a que la mayoría de plataformas colaborativas, que como hemos visto no tienen su residencia fiscal en España, no tributen por los beneficios obtenidos en nuestro país²²³⁵. Por ello, algunos autores han propuesto la posibilidad de revisión de estos convenios²²³⁶

iii. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En el hipotético caso de que la plataforma estuviese gestionada por una persona física, los ingresos obtenidos tributarían por el IRPF, dentro de la categoría de rendimientos de la actividad económica.

b) Sin ánimo de lucro.

En el caso de que la plataforma esté explotada por una entidad sin ánimo de lucro, también tributará por el IS. Sin embargo, habrá supuestos en los que estará sujeta al régimen especial de entidades parcialmente exentas, previsto en los artículos 109-110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, o, si cumplen los requisitos, al régimen especial de entidades sin fines lucrativos, previsto en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines

²²³⁵ Según el periódico ABC, en 2016, entre Airbnb, Uber y BlaBlaCar tan solo pagaron 111.235 euros a la Hacienda Española, declarando unas ganancias de tan solo 183.101 euros. Esto sucede porque tributan, respectivamente, en Irlanda, Holanda y Francia por su actividad principal, ya que cuentan o con equivalentes al IS más atractivos o con incentivos fiscales y reducciones (Recuperado de: http://www.abc.es/economia/abci-airbnb-uber-y-blablacar-tributan-fuera-espana-actividad-real-201608221106_noticia.html).

²²³⁶ En este sentido, LUCAS DURÁN, M., "Problemática jurídica de la economía colaborativa...", op.cit.; ANTÓN ANTÓN, A. Y BILBAO ESTRADA, I., "El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad", *Instituto de estudios fiscales*, nº26, 2016.

lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo²²³⁷. Entre estos beneficios, destacan:

- Fiscalidad especial en el IS. Los artículos 6 y 7 señalan una serie de rentas y explotaciones exentas.

- El artículo 15 de dicha ley también señala un régimen especial en materia tributaria autonómica y local. A modo de ejemplo, podemos señalar que estarán exentas del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), del Impuesto sobre Actividades Económicas por las explotaciones exentas en virtud del artículo 7 y del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

-

B. Tributación indirecta.

Este apartado está dedicado al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), ya que es el más relevante cuantitativamente hablando²²³⁸. La ley aplicable a este tributo es la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA). Hay que tener en cuenta que tanto los servicios prestados por la plataforma colaborativa, como la operación que nace entre los usuarios estaría gravada por este tributo, si bien en este apartado nos vamos a referir únicamente al primer supuesto.

En aquellos supuestos en los que la plataforma únicamente preste un servicio de intermediación, se deben distinguir dos situaciones, en función de si el servicio se presta de forma gratuita o no. En el caso en el que no se cobre por el servicio (por ejemplo, Couchsurfing), no se generaría ninguna obligación en relación al IVA, en virtud del artículo 5 de LIVA²²³⁹.

En el supuesto de que el servicio no se prestase de forma gratuita, es decir, el servicio de intermediación se prestase a cambio del pago de un precio, habría que

²²³⁷ MONTESINOS OLTRA, S.: “Los actores de la economía colaborativa desde...”, op.cit. pág. 48.

²²³⁸ Existen otras figuras de tributación indirecta, como el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC), aplicable en las Islas Canarias o el Impuestos sobre la Producción, los Servicios y la Importación (IPSI), que se aplica en Ceuta y Melilla. No obstante, su régimen es muy similar al del IVA.

²²³⁹ El apartado a) del artículo 5 establece que no tendrán la consideración de empresarios quienes presten los servicios a título gratuito.

distinguir, de nuevo, dos supuestos, en función de si el servicio prestado se limita a una simple intermediación (Airbnb), o si el servicio prestado es más cercano a la prestación material del servicio (Uber o Cabify)²²⁴⁰. Aunque teóricamente esta diferenciación es sencilla, en la práctica la separación entre los dos supuestos conlleva mayores dificultades. Sirva de ejemplo el ya mencionado caso Uber, en el que el TJUE ha tenido que pronunciarse acerca de si esta plataforma presta un simple servicio de intermediación o presta materialmente el servicio de transporte.

a) Únicamente presta servicios de intermediación.

La cuestión que mayores problemas genera en cuanto al IVA es la aplicación de las reglas de localización de los servicios, recogidas en los artículos 69 y 70 LIVA. Se debe tener en cuenta que las reglas de localización son distintas en los casos de prestación de servicios o entrega de bienes. No obstante, al hablar de aquí del servicio de intermediación, no se van a considerar las entregas de bienes. En resumen, se entienden localizadas en España²²⁴¹:

1. Los servicios prestados por empresas cuyo establecimiento se encuentran en España a residentes de la Unión Europea (excepto cuando el destinatario también sea empresario o profesional establecido en otro Estado miembro).

2. Los servicios prestados por empresas no establecidas en España, siempre que el destinatario sea un empresario o profesional que se encuentre establecido territorio español.

3. Se consideran prestados en España aquellos servicios de mediación, siempre que las operaciones respecto de las que se intermedie se realicen en territorio español.

4. También se entienden realizados en territorio español aquellos servicios realizados con respecto bienes inmuebles que se encuentren sitios en territorio

²²⁴⁰ En el caso de que la plataforma cobre por el servicio, los apartados a) y b) del artículo 5 LIVA reputa como empresarios a los prestadores del servicio, ya sea un servicio de intermediación o un servicio vinculado con el servicio final prestado. Por tanto, no cabe duda de la calificación de la plataforma como contribuyente a efectos de este tributo.

²²⁴¹ LUCAS DURÁN, M., "Problemática jurídica de la economía colaborativa...", op.cit. pág. 154.

español, haciendo la ley especial hincapié en “el arrendamiento o cesión de uso por cualquier título”.

5. En cuanto a los servicios de intermediación en relación a vehículos de transporte, se entenderán realizados en España “cuando los medios de transporte se pongan efectivamente en posesión del destinatario en dicho territorio”.

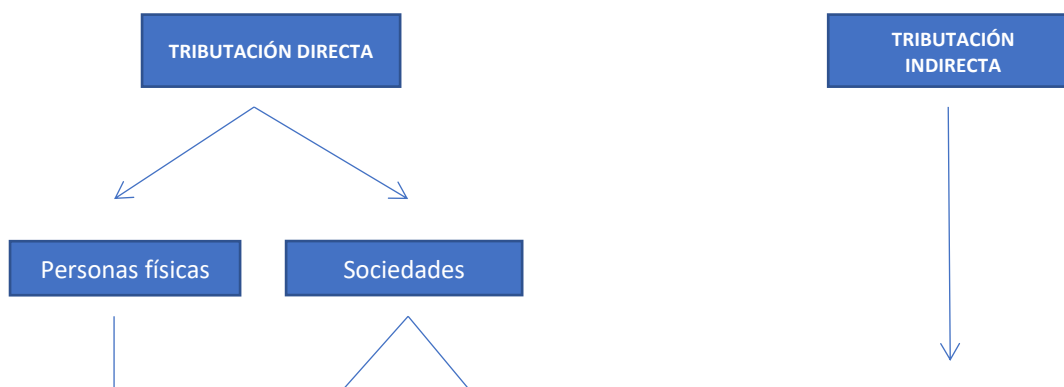
b) El servicio final es o está cercano al servicio final prestado.

Este supuesto no entraña tantas dificultades como el caso anterior, aunque se debe distinguir, de nuevo, en si la empresa está o no establecida en España.

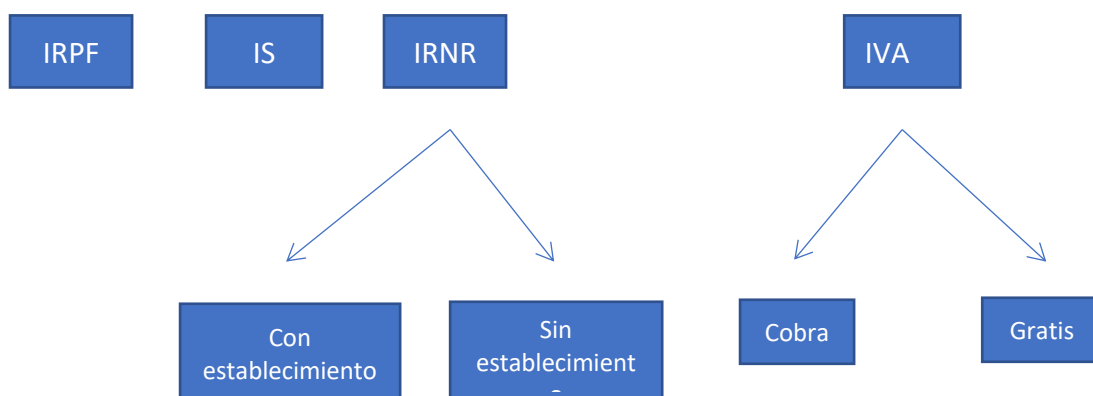
En el caso de las empresas no establecidas en territorio español (como sería el caso de Uber), a tenor del artículo 70.2º LIVA, se entienden como servicios prestados en España los servicios de transporte de pasajeros, por la parte del trayecto que discurra por España.

En el caso de que la empresa esté establecida en territorio español (como Cabify), las plataformas que presten servicios de intermediación en servicios de transporte deberán repercutir el IVA, de acuerdo con el régimen especial de agencias de viaje²²⁴². En estos casos, el artículo 144 LIVA establece que “se entenderá realizada en el lugar donde la agencia tenga establecida la sede de su actividad económica o posea un establecimiento permanente desde donde efectúe la operación”.

Figura 1: Implicaciones tributarias para las plataformas colaborativas.



²²⁴² Según explica LUCAS DURÁN, M., en “Problemática jurídica de la economía colaborativa...”, op.cit., pág. 156, en estos supuestos se aplica el régimen especial de agencias de viajes porque se entiende que actúan en nombre propio con respecto a los usuarios y utilizan para la prestación del servicio de transporte bienes (en este caso los coches) prestados por otros empresarios.



Fuente: Elaboración propia

2. Prosumidores

Este apartado está dedicado a las obligaciones tributarias del particular-prestador de servicios (*prosumidor*). En la actualidad, las relaciones dentro de la economía colaborativa se dan, fundamentalmente, entre particulares. De ahí que, al hablar de tributación directa se haga referencia al IRPF.

En la actualidad, algunos autores consideran que, ante la dicotomía existente entre los supuestos en los que los servicios se prestan entre particulares y aquellos en los que los servicios se prestan por profesionales, el concepto de economía colaborativa únicamente englobaría el primer supuesto²²⁴³. No obstante, la onerosidad o gratuidad no se ha considerado como una característica diferenciadora de las actividades que se pueden incluir en el concepto de economía colaborativa, por lo que si bien la distinción entre “capitalismo de plataforma” y “cooperativismo de plataforma” o, dicho de otra forma, prestaciones empresario- consumidor (B2C) y prestaciones entre particulares

²²⁴³ En este sentido, MACHANCOSES, S.: “Economía de plataforma en los servicios de transporte terrestre de pasajeros: Retos tributarios de la imposición directa sobre el usuario y la plataforma”, *Revista Quincena Fiscal*, N^o 15, 2017; SCHOLZ, T.: “Platform cooperativism. Challenging the Corporate Sharing Economy”, *Rosa Luxemburg Stiftung- New York Office*, 2016, recuperado de: http://www.rosalux-nyc.org/wp-content/files_mf/scholz_platformcoop_5.9.2016.pdf

(C2C) es totalmente válida, no tiene sentido considerar que solo las segundas son economía colaborativa²²⁴⁴.

Dicho esto, sí conviene llamar la atención sobre los efectos adversos que estos autores consideran que provoca el llamado “capitalismo de plataforma”. Frente al original modelo caracterizado por la eventualidad, la satisfacción de necesidades particulares y el escaso valor económico, se ha desarrollado la denominada “uberización”- término que alude a empresas con prácticas comunes, como Uber- , que ha desarrollado modelos de negocios neoliberales caracterizados por la desregularización, desprotección de los trabajadores (mal denominados por las plataformas como “colaboradores”) y, en muchos casos, competencia desleal en sectores ya regulados. En este tipo de supuestos no hay duda de calificar los ingresos obtenidos como rendimientos de actividad económica, a efectos del IRPF.

En las siguientes líneas se abordará las implicaciones tributarias para aquellos supuestos que responden puramente al concepto de Consumer to Consumer (C2C).

A. Tributación directa.

En relación los efectos de su gravamen en el IRPF, se pueden distinguir tres situaciones.

a) Prestación con finalidad de compartir gastos.

Nos referimos a aquellas relaciones dentro de la economía profesional que no conllevan contraprestación: se trata simplemente del intercambio de bienes o de la cesión onerosa de los mismos. En un principio, podríamos pensar que se trata de una obligación sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, pues este tipo de transacciones podrían equipararse a la figura de la donación. No obstante, aunque no haya ánimo de lucro, tampoco estamos ante un acto de liberalidad.

El ejemplo más claro se puede observar en plataformas que ofrecen servicios de transporte. Un usuario A realiza un determinado recorrido, que a su vez también va a realizar un usuario B, por lo que acuerdan compartir los gastos de

²²⁴⁴ SCHOLZ, T.: “Platform cooperativism. Challenging...”, op.cit.

desplazamiento: A aporta el vehículo y B corre con parte de los gastos del viaje (gasolina, transporte...). En este tipo de situaciones, el objetivo no es obtener un beneficio económico, sino que los gastos sean menores.

Sin embargo, cabe plantearse, a efectos de IRPF, si los ingresos percibidos por el usuario A están sujetos a tributación, pues el enriquecimiento derivado de la ausencia de disminución del patrimonio, a consecuencia de que parte de los gastos son sufragados por el usuario B, podría ser calificado como una manifestación de riqueza. Hay que considerar que el artículo 6 de la Ley 35/ 2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF) califica como hecho imponible la obtención de rentas, sin establecer como requisito que dicha obtención tenga ánimo de obtener beneficio²²⁴⁵.

Una vez aclarado que hay hecho imponible, habría que determinar si se trata de un rendimiento o una ganancia. A tenor del artículo 7 de LIRPF, no se pueden calificar estos ingresos como rendimiento del trabajo, puesto que no se trata de servicios prestados por profesionales (en este apartado se están tratando las relaciones entre *prosumidores*). Tampoco como un rendimiento de capital, puesto que la ganancia se produce por la prestación del servicio, no por la existencia de un bien mueble (servicios de transporte) o inmueble (servicios de alojamiento turístico). En cuanto a la posible calificación como rendimiento de la actividad económica, aunque a tenor del artículo 27 LIRPF podría tener cabida dentro de este concepto, no parece lógico pensar que una actividad dirigida a compartir gastos se considere actividad económica²²⁴⁶. La siguiente posibilidad sería considerar los ingresos obtenidos como ganancia patrimonial. A estos efectos, la alteración patrimonial de suponer una variación del patrimonio, manifestada a través de una alteración de su composición y que la ganancia no se califique como

²²⁴⁵ MACHANCOSES GARCÍA, E., “Economía de plataforma en los servicios de transporte terrestre de pasajeros: retos tributarios de la imposición directa sobre el usuario y la plataforma”, *Revista Quincenal Fiscal*, nº 15, 2017.

²²⁴⁶ Como ya se ha mencionado, hoy en día están proliferando relaciones jurídicas dentro de la economía colaborativa en las que las partes ya no son *prosumidores* o pares, si no verdaderos profesionales (B2C). En estos casos, si cabría calificar los ingresos obtenidos como rendimiento de la actividad económica.

rendimiento. Comprobado que se cumplen estos tres requisitos y siempre que no se calificasen como rendimiento de la actividad económica, podría calificarse como ganancia patrimonial la no pérdida patrimonial²²⁴⁷.

En relación al IRPF y en el supuesto de la compra/ alquiler de viviendas, conviene preguntarse qué sucede con la deducción por compra/ alquiler de vivienda habitual, en el caso de que un sujeto utilice una vivienda como residencia y como vivienda de alquiler. En estos casos, la Disposición Adicional 23^o de LIRPF establece que se entenderá vivienda habitual como aquella en la que el sujeto resida durante un plazo superior a tres meses al año. Por tanto, que un sujeto alquile una habitación o parte de la vivienda no sería obstáculo para aplicar dicha reducción, si bien, como indica RUIZ GARIJO, parece lógico que solo se aplique la deducción por la parte de la vivienda que no se encuentra alquilada²²⁴⁸.

Por tanto, hay dudas acerca de la sujeción de estos ingresos al IRPF. Incluso en el caso de considerarlos sujetos, no está claro su calificación como rendimiento de la actividad económica o como ganancia patrimonial. Además, al tratarse de actividades de escaso o inexistente valor económico, cuya fiscalización y recaudación generarían más gastos que beneficios, en la práctica este tipo de actividades resultan irrelevantes para el IRPF. En cualquier caso, parece que el legislador debería encargarse de legislar este fenómeno, con el objetivo de clarificar cuáles son las obligaciones ante la Administración de los sujetos intervinientes en este tipo de relaciones jurídica.

b) Prestación con retribución en especie.

Este apartado está dedicado aquellos supuestos en los que, aun sin existir el ánimo de lucro, se produce un intercambio de prestaciones de servicios entre ambos usuarios. En otras palabras, se produce un intercambio o trueque entre los usuarios.

²²⁴⁷ MACHANCOSES GARCÍA, E., "Economía de plataforma en los servicios...", op.cit., págs. 7-8.

²²⁴⁸ RUIZ GARIJO, M., "La economía colaborativa en el ámbito de la vivienda: cuestiones fiscales pendientes", *Lex Social*, Vol.7, nº 2, 2017.

Un ejemplo lo encontramos en los denominados bancos de tiempo. En ellos se producen intercambios de servicios: el usuario 1 realiza un servicio de jardinería al usuario 2, a cambio de que el usuario 2 arregle el coche del usuario 1. Como se puede observar, el fin último de este tipo de relaciones jurídicas no es otro que el de satisfacer necesidades particulares, a cambio de la satisfacción de otra necesidad.

De nuevo conviene preguntarse acerca de las implicaciones a efectos de IRPF. El argumento para justificar que se trate de una actividad sujeta al impuesto es el mismo que en el apartado anterior, por lo que no se volverá sobre el mismo. No obstante, por la propia naturaleza de la actividad, cabría plantearse si nos encontramos ante un rendimiento de capital o ante una ganancia patrimonial.

A tenor de la definición que el artículo 21 de LIRPF realiza de los rendimientos de capital, este tipo de ingresos podría tener perfectamente cabida en esta categoría. En estos supuestos, nos encontramos ante una permuta de prestaciones equivalentes, en el que el valor económico sería la cuantificación de la prestación económica recibida por cada uno de los usuarios, una vez deducidos los gastos en los que se incurre para prestar el servicio. Sin embargo, de nuevo los problemas que genera la cuantificación de estos importes supera con creces los posibles ingresos que se podrían obtener de la recaudación de este tributo.

c) Prestación con intención de obtener ingresos ocasionales.

En este último apartado nos encontramos con aquellos supuestos en los que un determinado sujeto presta un servicio con el objetivo de obtener ingresos *ocasionales*. Si bien la habitualidad no es un requisito para que una actividad sea considerada como actividad económica, en este tipo de casos se pone de manifiesto que no existe una ordenación de recursos materiales y humanos para intervenir en el mercado. De nuevo, aunque con puridad estos supuestos podrían quedar encuadrados bajo el concepto de actividad económica, parece excesivo, más aún en una situación de crisis como la que ha experimentado España, que este tipo de ingresos, de carácter muy puntual y escaso valor, que pueden ser una forma de obtener unos recursos extra para determinados sujetos.

Por ejemplo, la empresa valenciana Shipeer se encarga de poner en contacto a particulares que realizan un determinado trayecto con personas que, aprovechando dicho trayecto, deseen mandar un mensaje o paquete. Con el paso del tiempo, el funcionamiento de la plataforma cambió: ahora son los usuarios que desean mandar el paquete o mensaje los que publican una oferta, y los posibles usuarios transportistas aceptan la oferta si consideran el precio justo. Así pues, la plataforma ha pasado de un modelo basado en compartir gastos a un modelo basado en la obtención de ingresos ocasionales. A tenor de lo que se ha explicado, parecería un poco desproporcionado que a un sujeto que ha realizado unos pocos servicios de transporte y ha obtenido unos ingresos escasos por los mismos se le hiciese tributar por el IRPF por los ingresos obtenidos. Quizás, una solución más acertada sería que el legislador se preocupase, de forma concreta, de este tipo de situaciones, como ya se ha hecho en otros países de nuestro entorno²²⁴⁹. En concreto, el legislador italiano ha creado una nueva categoría de renta, a la que ha denominado “rentas de actividad de economía compartida no profesional”, con un tipo de gravamen inferior, del 10%, para las rentas que no superen los 10.000€. En los supuestos en los que se supere este límite, se incluirán dentro de su categoría correspondiente, tributando al tipo de gravamen general. En Bélgica se establece un tipo de gravamen del 10% a los ingresos obtenidos a través de plataformas como Airbnb o Uber, con el límite de 5.000€. En Reino Unido, por su parte, se establece una exención de 1.000 libras para las rentas obtenidas a través de cualquier plataforma.

Por último, hay que tener en cuenta, en relación a las implicaciones fiscales del consumo colaborativo de los *prosumidores* que se consideren turistas, las tasas turísticas. Como ya se ha comentado anteriormente, algunas comunidades autónomas, como Cataluña o Baleares, están exigiendo la satisfacción de unas tasas turísticas, cuya justificación se encuentra en la protección del medio ambiente o el sufragio de determinados servicios públicos. El problema surge

²²⁴⁹ MACHANCOSES GARCÍA, E., “Economía de plataforma en los servicios...”, op.cit., pág. 11; y MUÑOZ JARNE, P.: “Italia se lanza a regular la economía colaborativa: a propósito del Proyecto de Ley Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione”, *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, nº 14, 2016.

cuando dichas tasas no se satisfacen. De nuevo, la solución se encuentra en otros países europeos. Por ejemplo, en Francia o Países Bajos se exige el pago de dicha tasa turística a través de la plataforma donde se contrate el alquiler de la vivienda, resolviendo de forma sencilla dicho problema²²⁵⁰.

B. Tributación indirecta.

Se han planteado dudas acerca de la consideración de la figura del *prosumidor* como sujeto pasivo del IVA. Tanto la TAXUD como el Comité IVA se han manifestado acerca de esta cuestión en el mismo sentido, justificando la sujeción de las operaciones entre usuarios al IVA, entre otros motivos por: a) cuando los particulares actúan en la economía colaborativa, su actividad se equipara a la de un productor/ presador de servicios, b) los efectos distorsionadores que podría tener sobre la competencia si no se consideran sujetos pasivos de IVA²²⁵¹.

En relación al IVA, se habrá de estar a las reglas de localización para la entrega de bienes y prestación de servicios, recogidas en los artículos 68, 69 y 70 de LIVA. Ya se ha hecho mención a este régimen al hablar del régimen de tributación indirecto previsto para las plataformas de economía colaborativa, en el caso de que los servicios prestados estuviesen estrechamente relacionados con el servicio final, en concreto, al servicio de transporte. No obstante, ahora se hace aquí referencia a cualquier tipo de prestación de servicios, así como a la entrega de bienes, puesto que las realidades que engloba la economía colaborativa son tan diferentes que pueden dar lugar en la práctica a diversos tipos de prestaciones entre los particulares.

Más allá del IVA, conviene señalar que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO) podría ser de aplicación en determinados supuestos, entre otros, los supuestos de arrendamientos de

²²⁵⁰ RUIZ GARIJO, M., “La economía colaborativa en el ámbito...”, op.cit., pág. 73.

²²⁵¹ ANTÓN ANTÓN, A. Y BILBAO ESTRADA, I., “El consumo colaborativo en la era digital...”, op.cit., pág. 25.

viviendas, así como las viviendas de uso turístico, siempre que no se presten servicios hoteleros²²⁵².

Como acabamos de comprobar, no existe una normativa propia de aplicación para la materia de la economía colaborativa, por lo que el legislador se ve obligado a aplicar de forma subsidiaria y, en ocasiones, deficiente, la normativa relativa a los tributos ya existentes. Este sistema es poco ortodoxo, en la medida en que la economía colaborativa presenta nuevas realidades que no siempre se ajustan del todo bien a las categorías jurídicas de los tributos preexistentes. Ante esta situación, se abren dos posibilidades. En primer lugar, el legislador español podría encargarse de crear una legislación específica para el fenómeno de la economía colaborativa, siguiendo el ejemplo del ya citado caso italiano. Si no elige esta opción, cabría la posibilidad de modificar la legislación actual, al objeto de adaptarla a la nueva realidad. Por ejemplo, incluyendo una nueva categoría dentro del hecho imponible, aclarando supuestos de no sujeción o creando nuevas exenciones del impuesto (por ejemplo, cuando el fin último de la transacción sea compartir gastos). Por último, y en el caso de que el legislador opte por una postura inmovilista, urge que la DGT interprete aspectos de aplicación del tributo, puesto que como se ha podido comprobar, existen numerosas dudas sobre la sujeción al gravamen, la calificación y, en su caso, las reglas sobre cuantificación y valoración de los ingresos percibidos.

Bibliografía

ANTÓN ANTÓN, A. Y BILBAO ESTRADA, I., “El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad”, *Instituto de estudios fiscales*, nº26, 2016.

LUCAS DURÁN, M., “Problemática jurídica de la economía colaborativa: especial referencia a la fiscalidad de las plataformas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, nº 10, 2017, pág. 138 y ss.

²²⁵² En este sentido, LUCAS DURÁN, M., “Problemática jurídica de la economía colaborativa...”, op. cit., pág. 157.

MACHANCOSES, S.: "Economía de plataforma en los servicios de transporte terrestre de pasajeros: Retos tributarios de la imposición directa sobre el usuario y la plataforma", *Revista Quincena Fiscal*, N^a 15, 2017;

MONTESINOS OLTRA, S.: "Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del derecho tributario", *Economía Industrial*, n^o 402, 2016

MUÑOZ JARNE, P.: "Italia se lanza a regular la economía colaborativa: a propósito del Proyecto de Ley Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione", *Democrazia Digital e Governo Elettronico*, n^o 14, 2016.

RUIZ GARIJO, M., "La economía colaborativa en el ámbito de la vivienda: cuestiones fiscales pendientes", *Lex Social*, Vol.7, n^o 2, 2017.

SCHOLZ, T.: "Platform cooperativism. Challenging the Corporate Sharing Economy", Rosa Luxemburg Stiftung- New York Office, 2016, recuperado de: http://www.rosalux-nyc.org/wp-content/files_mf/scholz_platformcoop_5.9.2016.pdf

El cross-border shopping en la Unión Europea: una nueva metodología de análisis

José Miguel Martín Rodríguez

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

1. Definición y caracteres del *cross-border shopping*

En la literatura en castellano se emplea también con frecuencia el término de cross-border shopping. No obstante, la comprensión del fenómeno será incluso más sencilla si partimos de la expresión equivalente en castellano: compras transfronterizas.

Aunque el concepto de compras transfronterizas puede abarcar en la práctica tanto la compra de bienes como la de servicios nosotros nos centraremos especialmente en la adquisición de bienes materiales. En concreto, las ocasiones en que un particular se traslada físicamente a otra jurisdicción para realizar algunas compras y vuelve posteriormente a su Estado de residencia. La lógica económica detrás de esta decisión es clara: un sujeto adquirirá productos en otra jurisdicción cuando la relación calidad-precio sea mejor. Dado que el marco de análisis de este fenómeno será la UE partiremos de la premisa de que los productos adquiridos en otros Estados son homogéneos en su composición y que el sujeto, por tanto, únicamente tendrá en cuenta el factor del coste para su bolsillo.

El primer modelo económico para entender el *cross-border shopping* lo desarrollaron los autores KANBUR y KEEN²²⁵³. Su planteamiento no podía ser más simple: dos países limítrofes que difieren en tamaño venden un mismo bien y pretenden maximizar los ingresos provenientes del gravamen sobre su venta. El consumidor puede adquirir el bien en su propio país o desplazarse al otro lado

²²⁵³ KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size", *American Economic Review*, 1993, Vol. 83, núm. 4, págs. 877-892.

de la frontera y comprarlo en el país vecino.²²⁵⁴ El precio del bien en ambas jurisdicciones es el mismo a excepción del componente fiscal, por lo que el contribuyente deberá valorar si la diferencia de tributación le compensa los gastos de desplazamiento a la jurisdicción vecina.

Las características de este modelo, que ha sido completado por otros autores²²⁵⁵ y que se reproducen de forma casi mimética por el mercado de la UE, son:

a) El Estado de menor población tiene un gran incentivo para reducir sus tipos, ya que al hacerlo puede atraer un gran número de compradores del Estado vecino, compensando así la reducción unitaria en el gravamen.

b) Los ingresos totales de ambos Estados se reducirán, de manera que el previsible aumento de recaudación en el Estado de menor tamaño no compensará la erosión de bases de su vecino.

c) La distancia o el coste del transporte son el factor que se contrapone a las diferencias de precio ocasionadas por la tributación. Por tanto, es lógico que los bienes objeto de *cross-border shopping* sean, por antonomasia, aquellos que tienen un mayor *ratio* impuesto/kilo o precio/kilo.

d) Otro factor fundamental es la frecuencia y volumen de las compras transfronterizas. Si la pauta de compras indica pequeñas y frecuentes adquisiciones, el Estado podría gravarlas con mayor severidad. Este sería el caso de productos perecederos y con bajos costes de transporte, que fomentan compras frecuentes y en los que la probabilidad de que exista *cross-border*

²²⁵⁴ Evidentemente, si partiéramos de un sistema de tributación en destino desaparecería por completo el incentivo para desplazarse al Estado vecino y cada Estado podría fijar libremente el tipo de gravamen: "when the destination principle is rigidly enforced the two governments can entirely ignore each other in setting their tax rates: there can be no tax-induced cross-border shopping". KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières...", *op. cit.*, pág. 880.

²²⁵⁵ Entre otros: ASPLUND, M., FRIBERG, R. y WILANDER, F., "Demand and distance: Evidence on cross-border shopping", *Journal of public economics*, 2007, núm. 91, págs. 141-157; NIELSEN, S. B., "A Simple Model of Commodity Taxation and Cross-border Shopping", *Scandinavian Journal of Economics*, 2001, Vol. 103, núm. 4, págs. 599-623; OHSAWA, Y., "Cross-border shopping and commodity tax competition among governments", *Regional Science and Urban Economics*, 1999, núm. 29, págs. 33-51; SCHARF, K. A., "Scale Economies in Cross-Border Shopping and Commodity Taxation", *International Tax and Public Finance*, Vol. 6, 1999, págs. 89-99; WANG, Y., "Commodity Taxes under Fiscal Competition: Stackelberg Equilibrium and Optimality", *The American Economic Review*, Vol. 89, núm. 4, 1999, págs. 974-981.

shopping es reducida. Por el contrario, productos duraderos con elevados costes de transacción deberían ser gravados con cautela para que su compra no se deslocalice.

Finalmente, otro factor a tener en cuenta del modelo es cómo pueden limitarse los efectos negativos del *cross-border shopping* desde el punto de vista recaudatorio. Pues bien, la doctrina ha señalado principalmente dos vías. La primera es incrementar los costes de transporte, desplazamiento o simplemente limitar las compras en la otra jurisdicción. Aunque esta medida beneficiaría fundamentalmente al Estado de mayor tamaño, reduciendo el número de sujetos a quienes compensa realizar la compra transfronteriza, los autores también han apuntado la posibilidad de que el Estado de menor tamaño se pudiera beneficiar²²⁵⁶.

La segunda vía sería la coordinación entre ambos Estados. De hecho, conforme al modelo original, mientras que una plena armonización de tipos solo beneficiaría al Estado de mayor tamaño, el establecimiento de un tipo mínimo podría beneficiar a ambos Estados²²⁵⁷.

2. El ejercicio del *cross-border shopping* en la UE

La UE con su apertura de fronteras económicas, jurídicas y físicas es un escenario ideal para el ejercicio del *cross-border shopping*. Sin embargo, los efectos de estos avances en la libertad de circulación de los ciudadanos, que podría haber

²²⁵⁶ Este beneficio se originaría porque el Estado de mayor tamaño, en vistas de la menor competencia fiscal por el aumento de los costes de transporte, podría elevar sus tipos, lo que facultaría al Estado de menor tamaño a elevarlos en consonancia, pudiendo así incluso aumentar su recaudación a pesar de que se redujera el número de contribuyentes: "By encouraging the large country to raise its tax rate, it enables the small country to raise its tax rate too without losing custom; and thus it will find its revenue increase" KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières...", *op. cit.*, pág. 884.

²²⁵⁷ *Ibidem*. pág. 890. Existen otros autores que critican abiertamente esta conclusión. WANG, por ejemplo llega a la conclusión de que el establecimiento de un tipo mínimo también perjudicaría al Estado de menor población. Véase: WANG, Y., "Commodity Taxes under Fiscal Competition: Stackelberg Equilibrium and Optimality", *The American Economic Review*, Vol. 89, núm. 4, 1999, pág. 980. Incluso el propio KEEN ha asumido posteriormente que esta atractiva propiedad que atribuye el modelo a la coordinación (de modo que todos ganarían sin necesidad de transferencias compensatorias) "is not robust". KEEN, M., "Some international issues in commodities taxation", *IMF working papers*, 2002, núm. 124, pág. 21.

disparado el *cross-border shopping* en la UE, han sido mitigados por las dos vías que señalamos anteriormente: armonización de tipos y límites a las adquisiciones realizadas en otro Estado miembro.

2.1 La armonización de la fiscalidad indirecta

Como ya advertía el informe Neumark (1962), uno de los principales obstáculos para la libre circulación de bienes, servicios y ciudadanos era un sistema de imposición indirecta (sobre el consumo) asimétrico. Este ambicioso informe con más de 50 años de historio constituye un hito al sentar las bases para el sistema común de IVA y el establecimiento de niveles mínimos de imposición para determinados consumos²²⁵⁸. Desde entonces los avances se han ido sucediendo de manera continua y aunque no se haya alcanzado la plena armonización, sí tenemos que reconocer que la armonización de la fiscalidad indirecta en la UE es real.

No obstante, aún persisten espacios que favorecen la realización de estas compras transfronterizas. A continuación, vamos a exponer brevemente dónde podemos encontrar estos "nichos" de compras transfronterizas en los principales impuestos armonizados que componen la fiscalidad indirecta:

a) El IVA

En el IVA el proceso de armonización ha sido muy intenso. Sin entrar en una larga enumeración de Directivas y otros documentos que soportan esta aseveración, sí queremos señalar dos aspectos sustanciales. El primero, que las sucesivas Directivas han creado una estructura del impuesto homogénea en todos los Estados miembros. El segundo, que los tipos básicos de IVA, más por

²²⁵⁸ El Informe Neumark es el *output* del Comité Fiscal y Financiero de la Comisión de las Comunidades Europeas creado el 5 de abril de 1960 para dar respuesta al mandato del Tratado de Roma, que en su artículo 99 instaba a los Estados a examinar la mejor forma de armonizar las legislaciones estatales en materia de impuestos indirectos. En un primer momento este Informe planteaba un ambicioso plan dividido en tres etapas que concluiría con una armonización plena de los impuestos en la Unión corregida con un sistema de compensación financiera entre los Estados.

causa de la crisis económica que por un acuerdo real, han convergido al alza en los últimos años²²⁵⁹. De este modo, las diferencias de precio creadas por el IVA son poco relevantes y, por tanto, existen pocas situaciones de compras transfronterizas motivadas por el IVA.

Esta afirmación debe ser matizada en dos vertientes. En primer lugar, si bien el IVA *per se*, apenas genera *cross-border shopping*, sí que contribuye a la intensificación de las compras transfronterizas de los productos sujetos a impuestos especiales, principalmente hidrocarburos, tabaco y bebidas alcohólicas. ¿Como contribuye el IVA en este campo? Pues bien, dado que los impuestos especiales forman parte de la base imponible del IVA, aunque dos Estados tengan el mismo IVA, cuanto más elevados sean los impuestos especiales mayor será el efecto multiplicador del IVA sobre los precios de los productos. Estas diferencias se acentuarán, obviamente, si los tipos de IVA también difieren²²⁶⁰.

Por otro lado, sí existe un campo en el que las diferencias de IVA han influido en el mercado, aunque no provocando compras transfronterizas de bienes, sino de servicios. En concreto, nos referimos a las prestaciones de servicios por vía electrónica (entre ellos los servicios de telecomunicaciones, radiodifusión y televisión) realizadas por empresarios o profesionales, situados dentro de la UE, que tienen por destinatario a consumidores finales. La particularidad de esta prestaciones de servicio es que, al igual que en las

²²⁵⁹ En principio los Estados únicamente alcanzaron el acuerdo de fijar un tipo mínimo básico del 15%, hecho que obviamente limitaba las posibles compras transfronterizas. En los últimos años, sin embargo, son muchos los Estados que han elevado estos tipos: Rumanía (del 19 al 24%), Grecia (del 19 al 23%), España (del 16 al 21%), Portugal (del 20 al 23%) o Letonia (del 18 al 22%). Este hecho ha elevado el tipo básico medio de la Unión al 21%, provocando en la práctica un acercamiento de tipos. De hecho, al tiempo de cierre de este trabajo, únicamente Malta (18%), Chipre (17%) y Luxemburgo (15%) situaban su tipo básico por debajo del 19%. En este punto los hechos han contradicho la previsión de SINN, que consideraba que las diferencias de tipos de IVA entre los Estados miembros, una vez abiertas las fronteras, provocarían una presión a la baja de los tipos por el riesgo de compras transfronterizas. SINN, H. W., "Tax Harmonization and Tax Compensation in Europe", *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, núm. 3248, Cambridge, pág. 14. Tal vez el autor confiaba en la entrada en vigor, algún día, de la tributación en origen para las adquisiciones por empresarios y profesionales, cosa que no ha sucedido y nos tememos que no sucederá.

²²⁶⁰ Por ejemplo, si un Estado grava el litro de vino con 3€ y aplica un IVA del 20%, realmente es como si el impuesto especial fuera de 3,60. Si otro, en cambio, grava el vino con un tipo de solo 0,50€ por litro y aplica un IVA del 20% el impuesto especial con el IVA ascendería a 0,6€. De este modo la diferencia de 2,50€ en impuesto especial el IVA la eleva a 3€.

entregas de bienes a particulares, hasta ahora se aplicaba el tipo de IVA del Estado de origen del prestatario. Conforme a la lógica económica, todos los operadores comunitarios de estas actividades se ubicaron en Luxemburgo, el Estado miembro con el tipo básico de IVA más bajo (15%), asegurando así a los clientes el precio con el menor impacto fiscal. Esta clarísima distorsión, por suerte, tiene fecha de caducidad. Dentro de la adopción del conocido como “Paquete IVA” (Directiva 2008/8/CE) se ha previsto la eliminación del sistema de tributación en origen de los servicios prestados por vía electrónica cuando fueran prestados a personas que no tuvieran la condición de sujetos pasivos. Sin embargo, este régimen previo seguirá en vigor hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en que finaliza el plazo transitorio concedido por la Directiva 2008/8/CE para dar paso al régimen definitivo de tributación en el lugar de consumo de los citados servicios cuando sean prestados a consumidores finales.

Aunque se ha conseguido eliminar este núcleo de distorsión al mercado se ha necesitado configurar un largo periodo transitorio por la fuerte resistencia de Luxemburgo, Estado que defendía la posición de privilegio obtenida tras años atrayendo a las principales empresas del sector por su tipo de IVA del 15%²²⁶¹. De este modo, una vez que el nuevo régimen de tributación en el Estado del receptor del servicio entre en vigor en 2015, el Estado de localización del prestador podrá retener durante cuatro años una parte del IVA recaudado; primero el 30% (2015 y 2016) y posteriormente el 15% (2017 y 2018).

b) Impuestos especiales sobre las labores del tabaco

La armonización de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco, especialmente sobre los cigarrillos y más recientemente sobre la picadura fina de tabaco para liar, ha estado marcada por las diferentes etapas de evolución del

²²⁶¹ El sector de las telecomunicaciones había convertido Luxemburgo (y cada vez más Madeira con un 13% de IVA) en su centro de operaciones comunitario. Los ingresos en concepto de IVA por esta actividad representaban el 1% del PIB del Ducado, por lo que el primer Ministro luxemburgués Jean-Claude Juncker, llegó a declarar en su ejercicio de resistencia numantina contra la reforma que: “No finance minister would give up one percent of his gross domestic product to make others happy”. Fuente: “EU capitals set for clash over taxes”, *euobserver.com*, 14 de noviembre de 2007.

mercado interior. Un sinnúmero de Directivas han ido poco a poco configurando un sistema de tipos mínimos que se ha ido imponiendo, sucesivamente, a los nuevos Estados que se incorporaban a la UE.

En un primer momento, la entrada en la Comunidad del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en 1972 únicamente impulsó un marco mínimo común para la tributación de los cigarrillos²²⁶². La entrada en vigor del mercado único en 1993 y el miedo a una avalancha de compras transfronterizas, sí determinó la fijación de un impuesto especial mínimo²²⁶³. Dentro de este proceso de armonización, sin embargo, se articularon múltiples fórmulas de tributación que respondían a los intereses internos de los Estados.

En 2002²²⁶⁴, la cercana adhesión de diez nuevos Estados miembros (el 1 de julio de 2004) reavivó esta preocupación y condujo a mayores avances en la fijación de impuestos mínimos, extendidos ya también a la picadura fina de tabaco. La última gran reforma realizada en 2010²²⁶⁵, con el argumento de mejorar la protección de la salud, no ha hecho sino mantener la senda ascendente en la tributación mínima marcada por las Directivas anteriores.

Hay que resaltar que los avances en la armonización de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco se han realizado a costa de continuas excepciones y prórrogas; concedidas tanto a los Estados que se incorporaban, como a los que querían proteger sus intereses recaudatorios. Valoramos esta realidad muy

²²⁶² Directiva del Consejo 72/464/CEE, de 19 de diciembre de 1972, relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco.

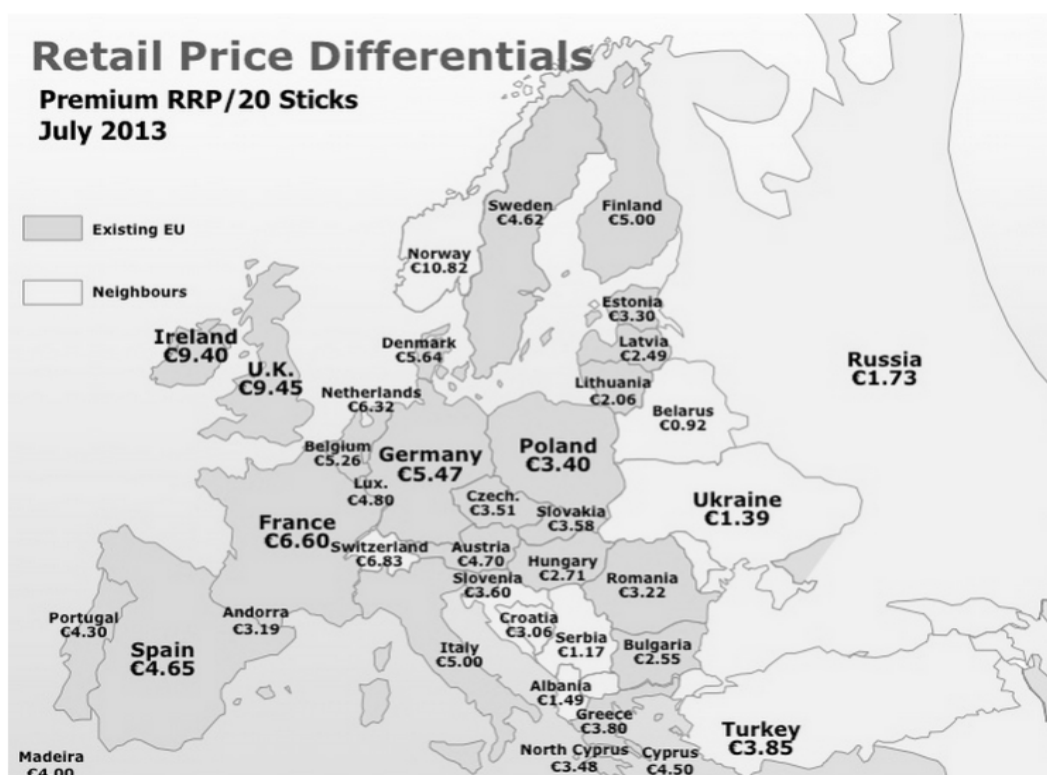
²²⁶³ La Directiva 92/78/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 por la que se modifican las Directivas 72/464/CEE y 79/32/CEE relativas a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de las labores del tabaco, introdujo como novedad el trato diferenciado a la picadura fina de tabaco para liar. Por otro lado, las Directivas 92/79/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aproximación de los impuestos sobre los cigarrillos y 92/80/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los impuestos sobre el tabaco elaborado, excluidos los cigarrillos establecieron por primera vez un impuesto mínimo global sobre todas las labores del tabaco.

²²⁶⁴ Directiva 2002/10/CE del Consejo de 12 de febrero de 2002 por la que se modifica la Directiva 92/79/CEE, la Directiva 92/80/CEE y la Directiva 95/59/CE en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco.

²²⁶⁵ Directiva 2010/12/UE del Consejo de 16 de febrero de 2010 por la que se modifican las Directivas 92/79/CEE, 92/80/CEE y 95/59/CE, en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco, y la Directiva 2008/118/CE. Aunque posteriormente se ha aprobado la Directiva 2011/64/UE del Consejo de 21 de junio de 2011 relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco, esta tiene como único fin la codificación de las Directivas anteriores.

positivamente, pues de otro modo hubiera resultado imposible alcanzar un acuerdo sobre tipos mínimos en una negociación multilateral entre Estados con niveles de vida tan dispares.

Para observar las diferencias de tributación sobre las labores del tabaco, en concreto sobre los cigarrillos como producto más consumido (aunque la picadura fina de tabaco siga avanzando como producto sustitutivo) no existe mejor comparativa que un mapa en el que observemos las diferencias de precio entre los Estados miembros:



Fuente: Irish Tobacco Manufacturers' Advisory Committee - Julio 2013

c) Impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas

La tributación específica del alcohol (ginebra, ron, whisky, etc.) y las bebidas alcohólicas (cerveza, vino y productos intermedios) está recogida en dos Directivas, una que armoniza las estructuras de los impuestos, Directiva

92/83/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, y otra relativa a la aproximación de los tipos entre los Estados miembros, la Directiva 92/84/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992. El régimen que instituyen estas Directivas apenas recoge una relación de tipos mínimos respecto a las principales categorías de bebidas alcohólicas.

Tabla 1 - Impuesto especial mínimo sobre el alcohol y otras bebidas alcohólicas

(hl = 100 litros)

Producto	Impuesto mínimo
Cerveza	0,748 euros hl/grado Plato
	1,87 euros/hl grado de alcohol
Vino	0 euros
Productos intermedios	45 euros/hl
Alcohol puro	550 euros/hl

Fuente: Artículos 3 a 6. Directiva 92/84/CE

En los últimos 20 años la falta de acuerdo entre los Estados ha impedido que se realizara ninguna modificación a estas Directivas, ni modificando al alza los tipos (siquiera para actualizarlos conforme a la inflación) ni introduciendo novedades de ningún tipo. El principal escollo para este acuerdo es la férrea oposición de múltiples Estados (entre ellos España o Italia) a establecer una imposición mínima sobre el vino. De todos modos, de producirse una actualización de los tipos conforme a la inflación (un 50% aproximadamente) esta apenas afectaría a los Estados miembros. En el alcohol puro apenas Bulgaria, Croacia y Rumanía se verían afectados por un alza de tipos. En el caso de la cerveza, aunque más Estados tuvieran que incrementar los tipos, la subida sería poco significativa.

Al igual que hemos hecho con los cigarrillos, consideramos que numéricamente es más fácil comprender las diferencias entre los Estados miembros. En la siguiente tabla señalamos las situaciones en que la diferencia de precio final del alcohol y las bebidas alcohólicas entre dos Estados miembros supera el 25%:

Tabla 2 - Diferencia porcentual de precio entre productos tipo (exc. IVA)

Cerveza		Vino tranquilo		Vino espumoso		Alcohol	
UK-FR	78,4	UK-FR	95,6	UK-FR	43,6	SE-DK	81,4
FI-EE	75	FI-EE	56,6	IE-UK	29,1	FI-EE	72,8
DK-DE	38,2	SE-DK	39,6			FR-IT	39,7
		DK-DE	30,5			FR-ES	38,2
		NL-DE	25,4			EL-BG	30,9
						SE-FI	29
						UK-FR	25,6

Fuente: Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages, 2010, pág. 53

d) Impuestos especiales sobre hidrocarburos

La armonización europea en materia de tributación de los hidrocarburos comenzó con las Directivas 92/81/CEE²²⁶⁶ y 92/82/CEE²²⁶⁷, circunscritas casi exclusivamente a la armonización de las estructuras y de los tipos del impuesto especial sobre hidrocarburos. De nuevo, se optó un sistema de tipos mínimos, en este caso, por cada 1.000 litros de combustible.

²²⁶⁶ Directiva 92/81/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la armonización de las estructuras del impuesto especial sobre los hidrocarburos.

²²⁶⁷ Directiva 92/82/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aproximación de los tipos del impuesto especial sobre los hidrocarburos.

Pronto la Comisión se percató de la necesidad de dotar de una tributación mínima a los demás productos energéticos para limitar las emisiones de CO₂, incluida la electricidad; hecho que plasmó en la *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se reestructura el marco comunitario de imposición de los productos energéticos*, COM (97) 30 final, de 17 de marzo de 1997. Finalmente esta Propuesta cristalizó años después en la *Directiva 2003/96/CE*²²⁶⁸, en la que se amplió la fijación de tipos mínimos a la electricidad, el gas natural y el carbón y se elevaron los previstos para los hidrocarburos como queda recogido en la siguiente tabla:

Tabla 8 - Tipos mínimos IIEE sobre hidrocarburos (Euros / 1.000 litros)

	Gasolina c/ plomo	Gasolina s/plomo	Gasóleo
Directiva 92/82	337	287	245
Directiva 2003/96	421	359	330

Como se puede observar, el gasóleo goza de un tratamiento fiscal más ventajoso que las gasolinas. Aunque este trato podría tener su fundamento en las menores emisiones de CO₂ del gasóleo, hay que reconocer que excluyendo el CO₂ el gasóleo es más contaminante que la gasolina²²⁶⁹.

En la actualidad las diferencias de precio en los hidrocarburos no son tan significativas como en el alcohol o el tabaco. En el siguiente cuadro destacamos las diferencias más importantes entre Estados limítrofes a julio de 2013.

²²⁶⁸ *Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad.*

²²⁶⁹ Esta situación pone en evidencia que la configuración del impuesto sobre hidrocarburos responde más a intereses recaudatorios que medioambientales. Véase: CÁMARA BARROSO, M. C.: "Algunas consideraciones sobre los beneficios fiscales a los biocarburantes", *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2011, pág. 89.

Tabla 9 - Diferencias de precio final entre Estados miembros, precios orientativos - Céntimos de euro / Litro - 8/7/2013

Gasolina s/plomo		Gasóleo	
EL-BG	39	IT-FR	30
IT-AT	34	IT-AT	28
DE-PL	34	IT-SI	26
DE-LU	27	DE-LU	23
IT-SI	24	BE-LU	19
BE-LU	23	HU-HR	17
DE-CZ	22	DE-PL	16

Fuente: Elaboración propia a partir de Comisión Europea, Dirección General de la Energía, *Market and Statistics Observatory - Oil Bulletin*

Sin embargo, es frecuente que ciudadanos que habitan en zonas de frontera se trasladen a otro Estado miembro para llenar el depósito de sus vehículos si con ello obtiene un ahorro significativo. Este hecho recibe comúnmente el nombre de *fuel tourism*. Este fenómeno adquiere especial relevancia en el ámbito de los operadores profesionales. El gran depósito de los camiones los dota de gran autonomía (hasta 3.000 kms. por depósito) para realizar una suerte de planificación fiscal y abastecerse de combustible en el país de su recorrido con un nivel impositivo más bajo. Este hecho explica por qué Luxemburgo, con el precio de diesel más bajo de toda la UE, es capaz de atraer un gran volumen de tráfico cuyo principal objetivo es repostar en el surtidor más económico²²⁷⁰.

²²⁷⁰ Las cifras no dejan lugar a duda. Según datos del Banco Mundial cuya última actualización se produjo en 2009, el consumo per cápita de diesel en Luxemburgo (en kg equivalente en petróleo) fue de 3.190 kg. El segundo Estado de la UE es Bélgica con apenas 657 kg, apenas una quinta parte. La comparación es aún más escandalosa si lo comparamos con la media de la Unión Europea, casi la mitad que Bélgica, solo 372,5 kg. Véase: Banco Mundial, *Consumo de diesel del sector vial per cápita* (kg de equivalente de petróleo), 2009.

2.2 Los límites comunitarios al *cross-border shopping*: el uso propio en los bienes sujetos a impuestos especiales

Conforme a la teoría económica expuesta en el primer apartado, el establecimiento de límites a las compras transfronterizas tanto en forma de impuesto mínimo, como de obstáculos al volumen de compras, persigue mantener los niveles de recaudación de cada Estado y evitar una caída generalizada de tipos. Limitar el volumen de adquisiciones reduce los beneficios potenciales derivados de las compras en otra jurisdicción, obligando a que estas se produzcan con mayor frecuencia y reduciendo la sensibilidad de las mismas a cambios en el precio.

En el caso de la UE estos límites únicamente se han establecido para los productos sujetos a impuestos especiales adquiridas por particulares. En principio, la tributación en origen únicamente está prevista cuando los productos sujetos a impuestos especiales sean adquiridos por un particular. Sin embargo, el artículo 32 de la Directiva 2008/112/CEE prevé cuatro condiciones para que resulte de aplicación esta tributación en origen:

- a) que la adquisición se realice por un particular;
- b) que los bienes sean para uso propio;
- c) que sean transportados por ellos mismos;
- d) que el transporte sea entre dos Estados miembros.

La cuestión más conflictiva es la naturaleza y alcance de la expresión “para uso propio”. La concreción del contenido de esta expresión la recoge la misma Directiva en su artículo 32.2, en la que se recogen una serie de criterios a los que los Estados miembros *deberán* atender para determinar si existe o no una finalidad personal en la adquisición de los productos adquiridos. En caso contrario al sujeto se le exigirán los impuestos propios del Estado al que transporta los bienes.

“Artículo 32.2

- a) condición mercantil del tenedor de los productos sujetos a impuestos especiales y motivos por los que los tiene en su poder;²²⁷¹
- b) lugar en que se encuentran dichos productos sujetos a impuestos especiales o, en su caso, modo de transporte utilizado;²²⁷²
- c) todo documento referente a los productos sujetos a impuestos especiales²²⁷³;
- d) naturaleza de los productos sujetos a impuestos especiales;
- e) cantidad de productos sujetos a impuestos especiales.”

En principio, según considera la Comisión, la evaluación de la finalidad personal o comercial de los productos transportados debe realizarse tras un examen del conjunto estos criterios. Además, correspondería en todo caso a la Administración respectiva desmontar la presunción, construida sobre la base del principio de libre circulación, de la finalidad personal de los productos transportados por particulares²²⁷⁴. Dentro de estos criterios el factor de la cantidad adquiere una especial relevancia desde el momento en que la Directiva dedica el artículo 32.3 a establecer unos niveles indicativos mínimos que, en principio sirven “exclusivamente como elemento de prueba”, tanto para el tabaco como para las bebidas alcohólicas:

²²⁷¹ Existe una presunción *iuris tantum* de que la condición mercantil del sujeto que transporta los productos excluye la posibilidad de que estos se destinen al uso propio. De todos modos, habrá que atender a la actividad concreta del sujeto para considerar si puede o no emplear estos productos con fines comerciales y que no realiza esta adquisición a título particular y para “uso propio”. Pensemos por ejemplo en un peluquero que adquiere 30 cajetillas de tabaco, su condición es obviamente diferente a si lo hace el titular de un establecimiento de distribución de tabaco.

²²⁷² Evidentemente, no es lo mismo que el sujeto lleve los productos en su equipaje de mano a que haya fletado un camión para transportar 1.000 litros de cerveza o que transporte tabaco escondido en el doble fondo de un maletero.

²²⁷³ En este caso, cobra especial relevancia la factura o ticket, que permitirá demostrar que el particular ha pagado los impuestos especiales correspondientes en el Estado de origen.

²²⁷⁴ COM (2004) 227 final, pág. 25.

- Impuesto especial sobre las labores del tabaco:

- cigarrillos: 800 unidades,
- cigarrillos (cigarros de un peso máximo de 3 g/unidad): 400 unidades,
- cigarros: 200 unidades,
- tabaco para fumar: 1,0 kilogramo.

- Impuesto especial para bebidas alcohólicas:

- «aguardientes»: 10 litros,
- «productos intermedios»: 20 litros,
- vino: 90 litros (de los cuales 60 litros como máximo de vino espumoso),
- cerveza: 110 litros.”

En el caso de los hidrocarburos, las Directivas comunitarias han sido mucho más rígidas a la hora de calificar como uso propio las adquisiciones por particulares de productos ya despachados a consumo en otro Estado miembro²²⁷⁵. En concreto, el artículo 32.4 de la Directiva 2008/118/CE permite al Estado de consumo exigir sus propios impuestos especiales si el carburante se transporta "mediante formas de transporte atípicas". Es decir, fuera del depósito ordinario del vehículo, de los bidones de reserva adecuados o de los camiones cisterna autorizados²²⁷⁶.

La indeterminación cuantitativa de estos términos, en especial el de los bidones de reserva, no contribuye en absoluto a la seguridad jurídica. Resulta de todo punto deseable que, al igual que existe para el tabaco y las bebidas alcohólicas,

²²⁷⁵ “Se trata de una presunción de mucho mayor calado que la que puede existir respecto a otros factores indiciarios”. GONZÁLEZ-JARABA, M., “Los impuestos especiales de ámbito comunitario...”, *op. cit.*, pág. 198.

²²⁷⁶ Artículo 32.4

“Respecto a la adquisición de hidrocarburos ya despachados a consumo en otro Estado miembro, los Estados miembros podrán asimismo disponer que el impuesto sea devengado en el Estado miembro donde se consuma, siempre que el transporte de dichos productos se efectúe mediante formas de transporte atípicas realizadas por un particular o por cuenta de este.”

se determinara con más precisión el volumen de hidrocarburos que se considera dentro del “uso propio”²²⁷⁷.

En el caso de los profesionales, el límite establecido en el artículo 24 de la Directiva 2003/96/CE es aún más estricto que el previsto para los particulares, al circunscribir la tributación en origen al combustible transportado en “depósitos fijados de manera permanente por el constructor” o, en su caso, en “contenedores especiales y destinados a ser utilizados para el funcionamiento, durante el transporte, de los sistemas que equipan dichos contenedores”.

3. Una distorsión real con difícil solución

El *cross-border shopping* constituye una distorsión al mercado interno de los Estados miembros.

Aunque las instituciones comunitarias a veces lo valoran positivamente como un síntoma de dinamismo del mercado, la realidad es que cuando los agentes adoptan sus decisiones exclusivamente por motivos fiscales aquellos Estados que pueden reducir su presión fiscal se ven beneficiados. Dado que en la fiscalidad indirecta, merced al avanzado estado de armonización, los Estados no pueden crear regímenes especiales para atraer las compras transfronterizas, únicamente existe una competencia a través de los tipos básicos de IVA, o de los impuestos especiales. En el caso de la UE, hemos comprobado como las diferencias de tipos, especialmente en los bienes sujetos a impuestos especiales, son significativas. Esto provoca que en las regiones fronterizas muchos ciudadanos adquieran tabaco, combustible y bebidas alcohólicas en un Estado diferente al que finalmente realizarán el consumo de estos productos. Teóricamente, la elevada

²²⁷⁷ El Tribunal se ha pronunciado respecto a las “formas de transporte atípica” en la STJUE de 15 de noviembre de 2007, *Fredrik Granberg*, asunto C-330/05, en la que considera que el traslado por un particular de 3.000 litros de gasóleo de calefacción en una furgoneta, dentro de “grandes recipientes para granel” constituye una “forma de transporte atípica” en el sentido del anterior artículo 9, apartado 3, de la Directiva 92/12, en su versión modificada por la Directiva 92/108 (que encuentra su equivalente en el actual artículo 32.4 de la Directiva 2008/112) y, por tanto, puede ser sometido a tributación por el Estado miembro donde se consume. En estos casos, tal y como se contempla en el actual artículo 33.6 de la Directiva 2008/112, el impuesto especial abonado en el Estado de origen será devuelto, previa petición a las autoridades competentes del otro Estado miembro que haya determinado que el devengo y la recaudación se han producido en su territorio.

imposición a que se ven sometidos estos productos tiene como trasfondo fines extrafiscales, principalmente la protección de la salud y el medio ambiente. Si el Estado que debe asumir estos costes no es el que recibe la contraprestación económica en forma de impuestos estamos, claramente, ante una distorsión al mercado y a su soberanía.

En la UE Estados como Luxemburgo se han beneficiado de manera sistemática de su situación fronteriza y de un sistema de fiscalidad indirecta baja para atraer compras transfronterizas desde otros Estados miembros, principalmente tabaco y carburantes. ¿Cuál puede ser la solución?

Reducir aún más el concepto de uso propio, especialmente en relación a las cantidades, nos parecería apropiado, particularmente respecto a las bebidas alcohólicas, en las que las cantidades de la Directiva superan el consumo medio de un año de un ciudadano europeo. Sin embargo, la dificultad para realizar controles sistemáticos en frontera entre Estados miembros supone un claro obstáculo a esta práctica.

Avanzar en la armonización de tipos es otra solución. No obstante, los principales focos de cross-border shopping no se encuentra entre Estados miembros con tipos bajos, sino entre Estados que han elevado los tipos muy por encima de la media de la UE. Es el caso de las compras transfronterizas de franceses en el Reino Unido o de daneses en Suecia. De este modo, elevar aún más los tipos mínimos apenas reduciría el *cross-border shopping* pero sí expondría más el mercado europeo al contrabando.

Por último, existen medidas unilaterales que los Estados han ido adoptando y que suponen soluciones parciales para problemas concretos. En el caso de Italia, por ejemplo, a los ciudadanos que habitan en zonas cercanas a la frontera se les han facilitado descuentos en carburante para reducir sus incentivos de acudir a repostar a Eslovenia, Austria o Francia, con menores impuestos especiales sobre los hidrocarburos. En Finlandia o Austria, por su parte, el tabaco transportado desde otro Estado miembro, para beneficiarse de los amplios márgenes del uso propio debe estar etiquetado y con las advertencias de seguridad de su propia normativa. Aunque encontremos estas medida adecuadas a un contexto concreto

de la conflictividad europea en este campo, desde luego no son las soluciones globales que necesita este problema. Obviamente, el principal escollo a superar es el requisito de unanimidad en el Consejo para avanzar en la armonización de la fiscalidad indirecta, adoptando medidas concretas. Nada menos que 28 derechos de veto. Tal vez nos hemos equivocado en algunas cosas al construir Europa.

La configuración de la imposición indirecta no armonizada

Norberto Miras

Universidad de Murcia

I.- INTRODUCCIÓN

La importancia de una configuración de la tributación indirecta no armonizada acorde a derecho de la Unión Europea tiene, de un lado, un alto valor teórico, porque nos obliga a trazar conexiones entre conceptos de derecho europeo y de derecho español; y, de otro, una importancia práctica porque una clarificación y unas propuestas certeras serían de gran ayuda en cuestiones de técnica legislativa, a la hora de gestar un nuevo impuesto indirecto no armonizado en España.

La conflictividad en la tributación indirecta no armonizada no está agotada con la finalización del denominado «caso del céntimo sanitario», sino que como resulta muy tentador para los Estados miembros de la UE, crear sus propios impuestos indirectos no armonizados, calificándolos «extrafiscales» sin que esto se advierta en su estructura y finalidad y utilizar su potencia recaudatoria y bajos costes de gestión. Prueba de esto es que se han seguido produciendo casos en la UE desde la sentencia del asunto español. Como el caso del impuesto medioambiental ÖSG austriaco, fallado en el 2014 -mismo año del caso de céntimo-²²⁷⁸, el caso del impuesto local de Tallin, letonia -sentencia del TJUE de

²²⁷⁸ La sentencia TJUE «República de Austria contra Comisión Europea», asunto T-251/11, de 11 de diciembre de 2014, aborda cuestiones muy diversas y todas ellas de gran interés: analiza la aplicación de reglas jurídicas por analogía; la similitud o comparabilidad de situaciones de hecho -merecedoras de trato análogo-; aclara el ámbito de aplicación de las Directrices sobre ayudas de Estado en materia de protección al medio ambiente y del Reglamento general de exención por categorías -en su versión de 2008- a los tributos fiscales y parafiscales en el sector de la energía; y por último, contiene afirmaciones que constituyen, a nuestro juicio, un paso muy significativo en la elaboración de criterios que aclaran la relación de los tributos ambientales con el régimen de ayudas de Estado, en particular cuando se aplican al sector de la energía. Respecto a la materia que nos ocupa, lo que se valora es la adaptación a derecho comunitario de la Ley austriaca de electricidad ecológica, (denominada ÖSG), que establecía que los gestores de la red o titulares de la autorización debían ceder la recaudación de las sumas adeudadas a una entidad -cuyo capital estaba totalmente en manos de las empresas productoras de la electricidad-, encargada de la

2015–²²⁷⁹ y el caso del impuesto sobre el combustible nuclear alemán –sentencia del TJUE de 2016–, o la sentencia del TJUE de este año que declaraba conforme a derecho comunitario el «canon eólico» de Castilla la Mancha²²⁸⁰.

Sostenemos en este análisis que la tributación indirecta no armonizada -como tercer nivel de imposición sobre determinados consumos- debe estar constituida por tributos extrafiscales «puros», que estén homogeneizados con los impuestos especiales en parte de su estructura -en la determinación de la base, cálculo de la cuota, devengo y gestión-, que no se constituyan en un impuesto sobre el volumen de negocios, ni supongan formalidades de paso de frontera.

II.- LA ARMONIZACIÓN TRIBUTARIA EN EL SENO DE LA UE

El primer paso en el camino hacia una correcta configuración de la tributación indirecta no armonizada es el estudio y delimitación de un concepto de una cierta indeterminación: la «armonización tributaria».

gestión de un servicio económico de interés general, entidad controlada estrictamente y sin posibilidad de afectar el producto a finalidades distintas de las previstas en la Ley. La finalidad del impuesto de proteger el medioambiente en absoluto asegura que se trate de un impuesto medioambiental, sino que sólo lo será –siguiendo la sentencia «Transportes Jordi Besora SL contra Generalitat de Catalunya», asunto C-82/12, de 27 de febrero de 2014– si dicho impuesto está «concebido por lo que respecta a su estructura, en particular, al hecho imponible o al tipo de gravamen, de tal modo que disuada a los contribuyentes» del uso de contaminantes o «que fomente el uso de otros productos cuyos efectos sean menos nocivos para el medioambiente», sin perjuicio, que, como afirma la Sentencia, cuando se trata de un impuesto a la energía armonizado por la Directiva de Imposición energética, a efectos de eximir al Estado del requisito de notificación, se entienda que se trata de un impuesto medioambiental.

²²⁷⁹ En la sentencia TJUE «Tallinna Ettevõtlusamet contra Statoil Fuel & Retail Eesti AS», asunto C-553/13, de 5 de marzo de 2015, la cuestión de litigio se encontraba en la Ley de impuestos locales de la ciudad estonia de Tallín, de 21 de septiembre de 1994, que permitía, en particular, a las entidades locales establecer un impuesto en las condiciones enumeradas en su artículo 8. Dicho artículo, titulado «Impuesto sobre las ventas», disponía que el impuesto sobre las ventas grava el valor de los bienes o servicios vendidos por el sujeto pasivo en el término municipal y representado por su precio. Se entendía por precio el valor sujeto a tributación establecido en la Ley del impuesto sobre el volumen de negocios, excluido el impuesto sobre las ventas. La sentencia determina la inexistencia de un fin específico en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2008/118, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, porque aunque hay afectación a gastos generales, tales gastos generales pueden financiarse mediante el rendimiento de toda clase de tributos. Por lo tanto, el fin específico invocado, a saber, la financiación del funcionamiento del transporte público en el término municipal de Tallin no puede distinguirse de un fin exclusivamente presupuestario.

²²⁸⁰ Sentencia TJUE «Elecdey Carcelén, S.A., Energías Eólicas de Cuenca, S.A., Ibernova Promociones, S.A.U., Iberdrola Renovables Castilla La Mancha, S.A. vs. Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

La armonización tributaria en el seno de la Unión Europea se ha introducido como derecho positivo originario por los sucesivos tratados. Pero mientras que la mención a la armonización en materia de impuestos indirectos es explícita en el artículo 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la imposición directa no ocurre igual, careciendo de fundamentos explícitos, por lo que las iniciativas de armonización de la tributación directa han tenido que encauzarse por otras vías de carácter más general, como el artículo 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²²⁸¹.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no da un concepto de armonización tributaria, pero nos señala dos caracteres: su carácter instrumental, garantizar el funcionamiento del mercado interior, y su carácter de eliminación de distorsiones fiscales. Además de añadir cuestiones procedimentales como la generación de propuestas por la comisión y su aprobación por unanimidad en el Consejo.

La doctrina ha procedido a la integración de estos caracteres en un concepto de «armonización fiscal», de una manera, en nuestra opinión, un tanto, asistemática, porque, curiosamente, una parte de los autores fundamenta sus definiciones en su «carácter instrumental», otra, en la eliminación de «distorsiones fiscales» - emitiendo, a nuestro parecer, en estos casos un enunciado parcial y soslayado- y una tercera que reúne ambos caracteres. Ahora bien, se manifiesta en todo caso una traza de indeterminación en el concepto que hace que, incluso, existan autores, que no crean oportuno dar una definición²²⁸².

²²⁸¹ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. y URREA, M.: “Unión Europea y financiación autonómica: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los sistemas tributarios de los entes territoriales subestatales”, en REAF, núm. 8, abril, 2009, p. 50. La falta de utilización intensiva de la armonización fiscal se debe al procedimiento y los organismos comunitarios que intervienen en ella. En un primer momento, sólo la Comisión en el ejercicio de su monopolio de la iniciativa normativa y el Consejo en virtud de su poder decisorio y en aplicación de la regla de la unanimidad intervenían en los procedimientos armonizadores. Posteriormente, después del Tratado de Maastricht en 1991, se suma el Parlamento europeo y otros órganos como el Comité Económico y Social, al procedimiento armonizador, a los que se les realiza preceptiva consulta de la propuesta de la Comisión, sin la que el Consejo no puede decidir. El mayor escollo procedimental no se ha reformado: se sigue necesitando la unanimidad.

²²⁸² Afirma, SIMÓN ACOSTA que «no hay un concepto estático de distorsión fiscal. La distorsión fiscal hay que examinarla jurídicamente en cada momento histórico y de acuerdo con los logros

En el quehacer de este trabajo aportamos una definición de «armonización tributaria» que aúna los dos caracteres: instrumento corrector de distorsiones de naturaleza tributaria que se ocasionan en el proceso de integración de los sistemas fiscales de los Estados miembros de la UE.

Una vez delimitado el concepto, especial relevancia práctica posee la taxonomía que diferencia entre la «armonización positiva fiscal», que puede ser entendida como la aproximación de los ordenamientos fiscales de los Estados miembros a través de Directivas²²⁸³, y la «armonización negativa», consistente en la aproximación de las normas tributarias de los Estados miembros jurisprudencialmente mediante la labor jurisprudencial del TJUE²²⁸⁴.

Ambas «armonizaciones» se pueden reconducir al concepto general de «armonización tributaria»; ya que en ambos casos estamos frente a la armonización estricto sensu, que integra los caracteres de instrumental y de eliminación de «distorsiones fiscales» y que opera a través de herramientas de carácter vinculante. Esta conclusión resulta sumamente importante, por cuanto los fallos del TJUE en interpretación de los artículos que regulan la tributación indirecta no armonizada forman parte de esta denominada «armonización negativa».

III.- LA ARMONIZACIÓN EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA

Una vez hemos delimitado el concepto de armonización debemos estudiar la imposición indirecta armonizada, que está compuesta por un impuesto general sobre el volumen de negocios, el Impuesto sobre el Valor Añadido y en diversos

conseguidos a lo largo del tiempo». SIMÓN ACOSTA, E.: "Armonización fiscal en Europa: imposición directa. Economía y Derecho empresarial", Ed. Eunusa, Pamplona, 1988, p. 108.

²²⁸³ Se denomina por la doctrina armonización positiva, armonización de primer grado o armonización en sentido estricto. Vid. ROCHE LAGUNA, I.: "La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000., p. 35.

²²⁸⁴ Esta diferenciación entre «armonización positiva» y «armonización negativa» fue establecida por PINDER, modulando la distinción de TINBERGEN, entre integración positiva y negativa, posteriormente fue extendida al campo de económico y jurídico. Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., "La armonización de la imposición directa en las Uniones Económicas: lecciones desde la Unión Europea", Revista Euroamericana de Estudios Tributarios, no 5, 2000, p. 223, nota 8.

impuestos sobre consumos específicos. Constituyendo una catálogo de numerus clausus, no ampliable por los Estados miembros de manera independiente.

La relación del Impuesto sobre el Valor Añadido con estos impuestos es de concurrencia, compatibilidad y superposición.

La concurrencia va a implicar un doble gravamen efectivo de la operación sujeta, salvo en los casos de aplicación de exenciones.

La armonización con más desarrollo ha resultado ser la del IVA, que al ser el impuesto general sobre el volumen de negocios resulta imprescindible para hacer efectivo el proceso de integración europea y construcción de un mercado interior sin distorsiones fiscales²²⁸⁵.

No nos vamos a extender, debido a la limitación temporal de la exposición, en antecedentes, evolución de las directivas del IVA y estructura, pero consideramos necesario, a los efectos de un posterior uso en la caracterización de la tributación indirecta no armonizada, referirnos a las características esenciales de un impuesto general sobre el volumen de negocios que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha concretado -sentencia KOGAZ, entre otras²²⁸⁶-, que son cuatro, a saber:

- (i) la aplicación con carácter general a las transacciones que tengan por objeto bienes o servicios;
- (ii) la determinación de su cuota en proporción al precio percibido por el sujeto pasivo como contraprestación de los bienes que entregue o de los servicios que preste;
- (iii) la percepción de dicho impuesto en cada fase del proceso de producción y de distribución, incluida la de la venta al por menor, con independencia del número de transacciones efectuadas anteriormente y

²²⁸⁵ Vid. BUNES IBARRA, J. M. DE, "Régimen de las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido según las directivas europeas", en *Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales armonizados*, 2004, pp. 27-56.

²²⁸⁶ Sentencia TJUE «Kogaz y otros» de 11 de octubre de 2007.

(iv) la deducción del IVA soportado por un sujeto pasivo de los importes abonados en las etapas anteriores del proceso de producción y distribución, de manera que, en una fase determinada, este impuesto se aplica sólo al valor añadido en esa fase y la carga final de dicho impuesto recae en definitiva sobre el consumidor.

Esto habrá de tenerse muy en cuenta a la hora de la apreciación del primero de los requisitos para la no armonización solicitados por el artículo 401 de la Directiva del sistema común del IVA.

En un segundo nivel encontramos los impuestos sobre consumos específicos armonizados que afectan a los gravámenes sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas, las labores del tabaco o los productos energéticos y la electricidad, las primas de seguros y los depósitos de las entidades de crédito.

Estos son impuestos especiales «mínimos», que conforman un nivel de imposición mínimo y que obligatoriamente gravan los referidos consumos en toda la UE.

Los Impuestos Especiales poseen notas extrafiscales, si bien esas pinceladas no son suficientes para calificarlos de impuestos extrafiscales puros o impuestos con finalidad específica o extrafiscal.

La estructura de dichos IIEE se establece, particularmente, en cada directiva, esto será necesario tenerlo en cuenta, en el ámbito de la tributación indirecta no armonizada, al hacer el juicio de equivalencia, en el segundo requisito del artículo 1, párrafo dos de la directiva sobre impuestos especiales.

IV.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA IMPOSICIÓN INDIRECTA NO ARMONIZADA

Por tanto, nos podemos encontrar con dos niveles de imposición armonizada sobre un mismo consumo: el impuesto sobre el volumen de negocios y los impuestos especiales sobre consumos determinados.

Este catálogo tan rígido es causante de tensiones, debido a que estos tributos poseen una intensa fuerza recaudatoria con lo que los Estados miembros tienen como decíamos una gran tentación de uso.

Para flexibilizar el sistema se posibilita la creación de un tercer nivel de imposición: los tributos indirectos no armonizados sobre consumos específicos, siempre que:

- (i) No sobrepasen un determinado nivel de imposición en su conjunto, que es el nivel de imposición de todos los impuestos especiales sobre un mismo consumo.
- (ii) Y se cumplan determinados requisitos que se establecen en los artículos 1.2 de la directiva de Impuestos Especiales y 401 de la directiva del sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido de manera concurrente.

El artículo 1.2 de la directiva de Impuestos Especiales exige el cumplimiento de dos condiciones: primera, que el tributo tenga una finalidad específica y, segunda, que respete las normas impositivas aplicables a los Impuestos Especiales o el IVA en lo que respecta a la determinación de la base imponible, el cálculo de la cuota tributaria, el devengo y el control del impuesto²²⁸⁷.

En concurrencia, el artículo 401 de la directiva del sistema común del IVA pide como requisitos que estos tributos indirectos no armonizados no tengan carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, y no den lugar a formalidades de paso de frontera.

V.- ANALISIS DE LOS REQUISITOS

La interpretación de los requisitos señalados por los artículos de sendas directivas se ha manifestado determinante para delimitar qué es y qué no es armonización indirecta no armonizada. En las siguientes líneas se analizarán pormenorizadamente:

²²⁸⁷ Vid. CASAS AGUDO, D., "Estado actual y últimos avances en materia de armonización comunitaria de la imposición indirecta", Civitas. Revista española de derecho financiero, n.o 154, 2012, pp. 117-166.

a) La interpretación del concepto «finalidad específica»

En primer lugar, la interpretación del concepto «finalidad específica» señalado en el artículo 1.2 de la directiva sobre impuestos especiales ha sido el requisito más discutido de los cuatro necesarios.

La «finalidad específica» o «finalidad concreta» es otro término para designar a la «finalidad extrafiscal» de los tributos, estudiada por la doctrina española y consagrada en la Constitución y en la Ley General Tributaria.²²⁸⁸.

Es tradicional esta variedad terminológica en torno a la «finalidad extrafiscal», pues se la ha denominado «finalidad no fiscal» o «no puramente recaudatoria» y se han referido a los «tributos extrafiscales» como «tributos de ordenación», «de ordenamiento» o «de orientación»²²⁸⁹.

Cuestiones terminológicas aparte, se trata, en definitiva, de finalidades orientadas a la consecución de objetivos de política económica y social (protección del medio ambiente, protección de la salud, etc...).

La definición de «finalidad específica» que el TJUE da en la sentencia «EKW y WEIN & CO», asunto C-437/97, de 9 de marzo de 2000, como objetivo distinto del «puramente presupuestario», es causa de críticas porque todo impuesto tiene un «carácter» presupuestario, pues todos los tributos, en mayor o menor medida, están destinados, en su recaudación, al sostenimiento de los gastos públicos. Incluso los impuestos con un marcado carácter extrafiscal poseen la finalidad fiscal inherente a los tributos, si bien, únicamente en menor medida²²⁹⁰.

Esta «finalidad específica», es la que poseen los tributos «tributos extrafiscales puros» que tienen en un primer plano estas política económica y social, pero mantienen la finalidad recaudatoria inherente a todo tributo en un plano secundario.

²²⁸⁸ Así se extrae de las conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto «Ottmar Hermann contra Stadt Frankfurt am Main», C-491/03, de fecha 10 de marzo de 2005, fallado por el TJUE, que equipara «finalidad específica» a «finalidad extrafiscal».

²²⁸⁹ Vid. ALONSO GONZÁLEZ, L. M., Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal, Marcial Pons, 1995.

²²⁹⁰ Sentencia del TJUE «EKW y WEIN & CO», asunto C-437/97, de 9 de marzo de 2000.

Tienen un plus de extrafiscalidad frente a los tributos especiales que poseen una extrafiscalidad parcial, con únicamente algún matiz extrafiscal (un beneficio fiscal, una devolución) y con el objetivo presupuestario en primer plano.

Para percibir la existencia de «finalidad extrafiscal» o «finalidad específica» es necesario que elementos estructurales como la base imponible, el tipo impositivo y los beneficios tributarios o las devoluciones, estén modulados para la consecución de la misma.

Respecto al controvertido asunto de considerar la afectación de los recursos recaudados como requisito de la «finalidad específica», creemos que es significativo que el impuesto indirecto no armonizado financie un fin concreto extrafiscal, una política sectorial, destinándose íntegramente a tal finalidad, tal como mantiene el TJUE en las sentencias EKW, TRANSPORTES JORDI BESORA y del impuesto local de TALLIN.

Sin embargo, en instancias nacionales, hay que señalar que según los últimos fallos de nuestro Tribunal Constitucional determinando si existe extrafiscalidad, en sede de valoración de la constitucionalidad de los impuestos medioambientales autonómicos, la afectación de lo recaudado es un mero indicio cualificado, para calificar de extrafiscal a un tributo.

b) El respeto a la estructura señalada por la Directiva en lo referente a la determinación base imponible, el cálculo de la cuota tributaria, el devengo y el control del impuesto

El segundo de los requisitos del artículo 1.2 de la directiva de Impuestos Especiales, el respeto a la estructura marcada por Bruselas en lo referente a la determinación base imponible, el cálculo de la cuota tributaria, el devengo y el control del impuesto. Para ello se realiza un examen de equivalencia sobre estos elementos estructurales del impuesto especial armonizado que está superpuesto al no armonizado²²⁹¹.

²²⁹¹ Por ejemplo, en la Sentencia «Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa», asunto C-434/97, de 24 de febrero de 2000, la estructura de un impuesto no

c) La carencia del carácter de impuesto sobre el volumen de negocios

Por otra parte, el artículo 401 de la directiva del sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido pide que estos tributos indirectos no armonizados, y no den lugar a formalidades de paso de frontera.

Para el TJUE son impuestos sobre el volumen de negocios los que gravan la circulación de bienes y servicios de una manera comparable al IVA, es decir, los impuestos que presentan las características esenciales del IVA, aunque no sean idénticos a éste en todos los aspectos.

Para que un impuesto sea contrario al derecho comunitario debe en este caso cumplir las cuatro condiciones que hemos señalado anteriormente. El TJUE declaró conforme a derecho comunitario el HIPA, un impuesto húngaro sobre el volumen de negocios municipal, porque tiene un tipo no proporcional y no se puede deducir por el sujeto pasivo²²⁹².

d) Prohibición de dar lugar a formalidades de paso de frontera

Respecto a la prohibición de dar lugar a formalidades de paso de frontera únicamente subrayar que el concepto «formalidades de paso de frontera» recibe por el TJUE -sentencia KOGAZ- una interpretación amplia, de tal manera que son formalidades de paso de frontera todas las medidas fiscales que perjudiquen, de modo directo o indirecto, a la igualdad de trato entre los productos nacionales y los productos importados.

Ya en sede del régimen jurídico español de los impuestos indirectos no armonizados hay que señalar que se han creado por el momento tres. En el año 1993 se estableció un Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, cuyo hecho imponible es la matriculación de tales medios; en 1998, el Impuesto sobre la Electricidad, posteriormente armonizado. Y en 2001, hasta

armonizado no se asemejaba a la estructura de los Impuestos Especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas porque se cuantifica por el volumen de bebida y no por hectolitros de alcohol puro tal y como regula la Directiva.

²²⁹² En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas mediante un Auto de fecha 27 de noviembre de 2008 (asunto C-151/08).

su derogación –en fecha 1 de enero de 2013–, el Impuesto sobre Venta Minorista de Determinados Hidrocarburos.

Lo que nos deja como único impuesto indirecto no armonizado el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte, que se ajusta sin problemas a los requisitos mencionados, además como su hecho imponible está constituido por la matriculación del vehículo, es irrelevante el Estado de procedencia y, por tanto, no se producen formalidades de paso de frontera, ni consecuentemente se producirán distorsiones fiscales. El Estado Español está siendo prudente, salvando el caso del céntimo sanitario.

VI.- EL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS MINORISTAS DE DETERMINADOS HIDROCARBUROS COMO EJEMPLO DE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 1.2 DE LA DIRECTIVA DE IMPUESTOS ESPECIALES

Por último, aplicaremos lo expuesto al caso del Impuesto Especial sobre la Venta minorista de determinados hidrocarburos, que supone un caso importante –por cuantía de devoluciones y por materia tratada- en la interpretación de las cláusulas que regulan la tributación indirecta no armonizada.

El Impuesto sobre la Venta minorista de determinados hidrocarburos fue creado la ley 21/2001 de financiación autonómica. Y fue derogado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2013, que lo integró en el Impuesto especial sobre Hidrocarburos. Tras muchas presiones por parte de la Comisión europea, que mantenía desde 2001 su vulneración del requisito que exige una finalidad específica. El impuesto mantenía en su exposición de motivos que su recaudación se dedicaría a la protección de medioambiente y la salud en las CCAA a las que se cedía, pero no había ninguna otra nota de extrafiscalidad.

Aunque se derogó e integró, la empresa Transportes Jordi Besora, SL, recurrió el impuesto, planteando el tribunal catalán una cuestión prejudicial ante el TJUE.

El TJUE falló considerando que la afectación meramente nominal de los rendimientos del Impuesto Especial sobre la Venta minorista de determinados hidrocarburos no puede considerarse que persiga una «finalidad específica».

Si aplicamos lo expuesto en los anteriores puntos es claro que no cumple el requisito de poseer una finalidad específica porque en un examen de la estructura del impuesto no encontramos ninguna modulación, la mención a la afectación en la exposición de motivos no aporta nada en términos de extrafiscalidad real.

Por tanto, sostenemos que su integración en el Impuesto sobre Hidrocarburos, que es un impuesto con alguna nota de extrafiscalidad -tiene una devolución medioambiental- pero es principalmente recaudatorio, suponía un reconocimiento implícito por parte del legislador español de que no se trata de un impuesto extrafiscal puro.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GONZÁLEZ, L. M., Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal, Marcial Pons, 1995.

BUNES IBARRA, J. M. DE, "Régimen de las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido según las directivas europeas", en Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales armonizados, 2004, pp. 27-56.

CASAS AGUDO, D., "Estado actual y últimos avances en materia de armonización comunitaria de la imposición indirecta", Civitas. Revista española de derecho financiero, n.o 154, 2012, pp. 117-166.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., "La armonización de la imposición directa en las Uniones Económicas: lecciones desde la Unión Europea", Revista Euroamericana de Estudios Tributarios, no 5, 2000.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. y URREA, M.: "Unión Europea y financiación autonómica: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los sistemas tributarios de los entes territoriales subestatales", en REAF, núm. 8, abril, 2009.

ROCHE LAGUNA, I.: "La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SIMÓN ACOSTA, E.: "Armonización fiscal en Europa: imposición directa. Economía y Derecho empresarial", Ed. Eunusa, Pamplona, 1988.

Evolución del régimen de inversiones extranjeras en la Alianza del Pacífico. Una mirada desde el Derecho Económico Internacional

Jaime R. Gallegos Zúñiga**Doctorando en la Universidad Complutense de Madrid*

Profesor asistente de la Universidad de Chile

1. Consideraciones preliminares

La Alianza del Pacífico (AP) es un área de integración orientada a la formación de un mercado común. Su texto constitutivo es el Acuerdo de Paranal, de 2012, que se complementa con el Protocolo Adicional de Cartagena de Indias, de 2014, en vigor a partir de 2016. Esa normativa da cuenta de una agrupación intergubernamental pragmática²²⁹³, que carece de una institucionalidad permanente propia y que funciona a través de reuniones de ministros (de otros funcionarios o de empresarios) de los sectores atingentes, que implementan las orientaciones emanadas de las sucesivas cumbres presidenciales que se celebran. Así, este esquema carece de un parlamento y tribunal propio, y no cuenta con fuentes normativas como las Directivas o Reglamentos europeos.

Sus miembros son Chile, Colombia, México y Perú, países con una clara política de apertura económica global y caracterizados por ser proclives a la captación de inversiones extranjeras directas (IED)²²⁹⁴. Tal enfoque en las políticas económicas se ha alcanzado luego de una serie de giros en la materia, desde una regulación bastante restrictiva durante gran parte del siglo XX, momento en el cual, en América Latina, imperaba la doctrina Calvo²²⁹⁵ y la de industrialización por sustitución de importaciones, a con posterioridad, esencialmente a partir de la década de los noventa de ese siglo, rotar hacia una predominio de postulados

* Beneficiario de Beca Chile Doctorado y de la Política de Perfeccionamiento académico en Chile y el extranjero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

²²⁹³ LEJÁRRAGA (2018), pp. 84-85.

²²⁹⁴ CRACAU y DURÁN LIMA (2018), p. 30; INSIGNARES CERA (2018), pp. 726-727.

²²⁹⁵ *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS (2009), pp. 13-16; BELLEI TAGLE (2016), pp. 100-108.

neoliberales que buscaron reducir el rol del Estado en la economía, privatizando diferentes sectores productivos²²⁹⁶. Luego, atendidos los poco satisfactorios resultados que tuvo esta última ideología en el bienestar efectivo de la población oscilar, de manera menos brusca, hacia un reposicionamiento del Estado, ya no como actor principal y planificador, pero sí como regulador constante en la economía.

2. Algunas cifras

Los países de la AP son de los principales receptores de inversión extranjera directa de América Latina y el Caribe (ALC) luego de Brasil. En efecto, en el período 2007-2017, México captó el 18% de todos esos flujos en esta zona geográfica, seguido por Chile (11%), Colombia (7%), [Argentina (5%)]²²⁹⁷ y Perú (4%)²²⁹⁸.

En 2017, la IED en ALC alcanzó los \$ 151 mil millones cantidad muy por debajo del máximo de 2011, año del boom de las materias primas²²⁹⁹. Así las cosas, el año recién pasado Chile exhibió una caída brusca alcanzando sólo los US\$ 6,7 mil millones. Sin embargo, se espera que el 2018 los flujos repunten, sostenidos por la recuperación de los precios del cobre y las iniciativas relacionadas con el litio²³⁰⁰, teniendo en cuenta que ese país posee el 52% del total mundial de las reservas de este metal²³⁰¹.

En Perú, esta clase de ingresos se mantuvieron estables en US\$ 6,8 mil millones, dentro de los cuales destacamos proyectos en el sector de las telecomunicaciones de Entel de Chile por US\$ 390 millones y otro de América Móvil de México por US\$163 millones, como también uno de la compañía colombiana ISA, en materia de líneas de transmisión, por US\$278 millones²³⁰².

²²⁹⁶ Vid. GIBBS (1996), pp. 95-122.

²²⁹⁷ Este país no es miembro de la Alianza del Pacífico.

²²⁹⁸ CEPAL (2018a), p. 66.

²²⁹⁹ UNCTAD (2018), p. xi. El informe de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina de Naciones Unidas) habla que la IED el 2017 ascendió a US\$ 161.911 millones, lo que supondría un 3,6% menos que el 2016 y un 20% menos que el año 2014, destacando la gran caída en Brasil y Chile. Vid. CEPAL (2018a), pp. 11, 29.

²³⁰⁰ UNCTAD (2018), p. 53.

²³⁰¹ CEPAL (2018a), p. 37

²³⁰² UNCTAD (2018), p. 53; CEPAL (2018a), p. 51.

A su turno, la IED en Colombia aumentó en un 5% a US\$ 14.5 mil millones, respaldada por la recuperación del precio del petróleo, proyectos de infraestructura y otros factores²³⁰³. Los principales inversionistas fueron España (US\$2.616 millones), Estados Unidos (US\$2.121 millones) y México (US\$1.717 millones)²³⁰⁴.

Las entradas de este tipo a México se mantuvieron estables en US\$ 29.7 mil millones, dentro de los cuales resaltan los US\$ 7 mil millones de la industria automotriz, y más de US\$ 3 mil millones en construcción, transporte y telecomunicaciones²³⁰⁵. Ello da cuenta del cambio en su estructura productiva, con manufactura destinada a la exportación como principal protagonista²³⁰⁶.

Si bien en Centroamérica y México predomina la IED proveniente de Estados Unidos, a nivel global de ALC, la mayor cantidad de flujos tiene su origen en Europa, la cual resalta por su capacidad tecnológica en áreas tales como energías renovables, telecomunicaciones y en el sector automotor, inyectando recursos en investigación y desarrollo (I+D) en cantidades muy superiores a las de sus equivalentes de Estados Unidos o de Asia, fortaleciendo la estructura productiva de los países receptores²³⁰⁷.

Por otra parte, en ALC tres países han destacado como los principales emisores de capital hacia el exterior: Brasil²³⁰⁸, Chile y México, que acumularon el 82% de la IED originada en la región en el promedio del período 2010-2016²³⁰⁹. En 2017, la mayor participación de las inversiones intrarregionales salió desde México (3,0%) y Chile (1,3%)²³¹⁰.

Con todo, las cifras de inversión intrazona siguen siendo relativamente menores, teniendo en cuenta que en el período comprendido entre 2010 y 2016, solo el 2,8%

²³⁰³ UNCTAD (2018), p. 53.

²³⁰⁴ CEPAL (2018a), p. 50.

²³⁰⁵ UNCTAD (2018), p. 54.

²³⁰⁶ CEPAL (2018a), pp. 14-15; CEPAL (2018b), pp. 49-50.

²³⁰⁷ CEPAL (2018a), pp. 17-18, 173-205.

²³⁰⁸ País con el cual los Estados miembros de la AP tienen firmado acuerdos bilaterales de cooperación y facilitación de inversiones, aun cuando todavía no se encuentran en vigor.

Vid. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iiaInnerMenu>

²³⁰⁹ CEPAL (2017), p. 51.

²³¹⁰ CEPAL (2018a), p. 40.

de la IED que ingresó a los países miembros de la AP lo hizo desde esa propia agrupación de Estados²³¹¹.

3. Modificaciones de los regímenes, tendientes a captar IED

Durante gran parte del siglo XX en ALC hubo lecturas reticentes hacia la IED, tanto, en lo que nos interesa, en el Pacto Andino (que congregaba originalmente a Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú), como también en México, lo cual se manifestó, entre otras medidas, en expropiaciones en determinados sectores productivos.

Normativamente, las Constituciones de Perú, de 1979²³¹², y la de México, de 1917²³¹³ estaban impregnadas de criterios recelosos a la IED, lo cual configuraba un escenario poco propicio y con bastantes limitaciones²³¹⁴ para el ingreso de flujo de capitales.

Rompiendo esta tendencia, a partir de la década de los setenta, en Chile se produjo un giro en la manera de cómo entender el rol del Estado en la economía, asignándole uno subsidiario, entregando al sector privado un papel protagónico. Una medida enmarcada en esta línea fue el decreto ley N° 600, de 1974, el Estatuto de la Inversión Extranjera, que concedía una serie de prerrogativas especiales al inversionista foráneo (como, por ejemplo, el congelamiento de determinados tipos impositivos por 10 años)²³¹⁵, con la intención de atraer inversiones hacia ese país meridional, de un mercado relativamente pequeño y que macroeconómicamente venía saliendo de una crisis compleja²³¹⁶.

²³¹¹ CEPAL (2018b), pp. 9-10.

²³¹² Esa Carta Fundamental aludía a la inversión extranjera, siguiendo los lineamientos de la doctrina Calvo al decir, en su artículo 136 que las “empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las condiciones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquellos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática”. Luego, el artículo 137 fijaba determinados requisitos al decir que el Estado “autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración”.

²³¹³ *Vid.* CREMADES (2006), p. 56.

²³¹⁴ *Vid.* HERRERA, VÁSQUEZ y ESCOBEDO (2014), pp. 688-689

²³¹⁵ *Vid.* POLO ROBILLIARD (2006), pp. 10-11.

²³¹⁶ *Vid.* GALLEGOS y POLANCO (2013), pp. 47-80.

Conviene advertir que, con motivo de la dictación de este instrumento, Chile se retiró del aludido Pacto Andino, que, en esta materia, presentaba una regulación comunitaria mediante la Decisión N° 24, de 1970, incompatible con el nuevo régimen de ese Estado²³¹⁷.

En los restantes países de la AP, no sería sino hasta la década de los noventa, cuando se cambió (de modo no totalmente voluntario²³¹⁸) la óptica, y se efectuaron modificaciones en la dirección enunciada²³¹⁹, al constatar las insuficiencias del ahorro interno para mejorar infraestructura productiva y avanzar en la transferencia de nuevas tecnologías²³²⁰. Así, por ejemplo, en 1991 Colombia aprobó su Constitución, que estableció las bases para la promoción de la IED, enmarcada dentro de una política de privatizaciones y flexibilización del mercado laboral²³²¹. Luego, 1993 resulta ser un año clave, puesto que durante esa anualidad México firmó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (inspirando en ideas garantistas con el inversionista extranjero), ese país promulgó una nueva Ley de Inversiones Extranjeras, que buscó brindar certidumbre propicia para la captación de tales recursos internacionales²³²² y Perú²³²³, dictó su nueva Constitución²³²⁴, que cuenta con disposiciones favorables hacia las privatizaciones y al inversionista externo²³²⁵.

²³¹⁷ Vid. THORNTON (1983), pp. 239-272.

²³¹⁸ Vid. KALDERIMIS (2004), pp. 103-131; GUZMÁN (1998), pp. 639-688.

²³¹⁹ Vid. AMADO (1991), pp. 27-32.

²³²⁰ Vid. SIQUEIROS (1994), pp. 255-275.

²³²¹ CASTRO PEÑA (2017), p. 27.

²³²² HERRERA, VÁSQUEZ y ESCOBEDO (2014), pp. 690-703; BOTELLO y DÁVILA (2016), p. 76.

²³²³ Así, por ejemplo, el artículo 63 de ese texto dispone: “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. (...)”

“El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

²³²⁴ Debe advertirse que la Constitución Política de Chile, de 1980 en vigor, no contempla preceptiva expresa que aluda a la inversión extranjera, no obstante lo cual, la normativa que protege el trato nacional (no discriminación), la propiedad privada y la libre iniciativa económica han sido reconocidas que también resultan aplicables al inversionista foráneo. Vid. OECD (2011), pp. 211,214; FAÚNDEZ UGALDE (2012), pp. 153-154.

²³²⁵ BOTELLO, DÁVILA y VARGAS (2017), pp. 35-36

En efecto, tanto en Perú²³²⁶ como en Colombia²³²⁷ se aprobarían normas que aseguraban la estabilidad jurídica (o congelamiento de las reglas) no sólo en el plano tributario, como había ocurrido en Chile años antes, sino que también en otras áreas²³²⁸.

En paralelo, en el ámbito internacional los cuatro países que integran la AP, en mayor y menor medida, comenzaron a firmar acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) o incluyeron estas materias en capítulos dentro de los tratados de libre comercio celebrados, tanto con Estados Unidos, países de Europa y de Asia, como también entre países de ALC. En esos instrumentos se reconoce (ahora con carácter vinculante internacional) una serie de garantías al inversionista, como, por ejemplo, la regulación de la expropiación directa e indirecta, la prohibición de fijar requisitos de desempeño, el trato justo y equitativo²³²⁹, entre otros asuntos, con lo cual se sumaron a la extensa red de tratados del Derecho Internacional de Inversiones, que al 2018, se compone de más de 3200 convenios, de esta clase, a nivel global²³³⁰.

Dentro de este acervo del Derecho Económico Internacional especial relevancia cobra la posibilidad de que, en virtud de los mencionados acuerdos, los inversionistas se encuentran habilitados para sustraer las controversias del conocimiento de los tribunales locales y someterlos al conocimiento y resolución de foros especiales (principalmente ante el sistema de arbitraje CIADI o ante el modelo UNCITRAL) directamente contra los Estados receptores en su caso, posibilidad que es ajena a los inversionistas locales²³³¹.

²³²⁶ Mediante el Decreto Legislativo N° 662, de 1991, figura que sería refrendada más tarde en la propia Constitución Política de 1993, que hace expresa alusión a ella en el inciso segundo de su artículo 62.

²³²⁷ A este respecto debe tenerse en cuenta que, en Colombia, la ley N° 963, de 2005, instaura un sistema de estabilidad jurídica que resguarda los inversionistas en ese país, previa firma de un contrato con el Estado.

²³²⁸ Vid. DANÓS ORDÓÑEZ (2013), pp. 258-269; GARCÍA-GIRALDO (2015), pp. 78-95

²³²⁹ Vid. HIGA y SACO (2013), pp. 246-252.

²³³⁰ UNCTAD (2018), p. xiii

²³³¹ Respecto de este punto, vale la pena recordar que Chile, Colombia y Perú ratificaron el Convenio de Washington de 1965, que habilita a acudir al sistema CIADI, y que, si bien México no lo ha incorporado a su ordenamiento, sí ha hecho uso del mecanismo complementario de esta estructura. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS (2009), pp.24-37.

Sobre el particular, por una parte, se ha indicado que es positivo el mejoramiento de estos estándares, puesto que con ello se limita la discrecionalidad de la administración y también se racionaliza y estructura de mejor modo la actuación de los órganos estatales, ayudando así a generar un clima productivo más adecuado²³³². Sin embargo, por otra, se ha advertido²³³³ la inconveniencia de esta dualidad de regímenes, que priva de coherencia al sistema, motivo por lo cual han abogado por un reconocimiento positivo transversal de tales pautas, para así contar con un contexto regulatorio más eficiente y atractivo.

Ahora bien, hace unos años, a raíz de los profundos cambios políticos que se vivieron en ALC, que involucraron expropiaciones, y muy especialmente por las crisis económicas de gran magnitud, como la que vivió Argentina a partir del año 2001, se produjo un explosivo aumento de litigios que impugnaban medidas adoptadas por los Estados receptores de IED, muchos de las cuales estaban empujados por la pretensión de mantener determinadas condiciones que no eran viables de cumplir.

Incluso, más allá de las crisis económicas, se presentaron casos que buscaban limitar las potestades regulatorias de los Estados, por ejemplo, en materia sanitaria, como tuvo lugar de plantearse con la controversia entre Phill Morris y el Uruguay²³³⁴, en que se cuestionaban las medidas adoptadas por ese país para reducir el consumo de tabaco.

Toda esta seguidilla de procesamientos ha generado un profundo rechazo en países de América Latina -algunos de los cuales, como Bolivia, Ecuador y Venezuela, denunciaron el sistema CIADI de solución de controversias inversionista/Estado²³³⁵- y también en otras áreas del orbe²³³⁶, lo cual ha conducido a que en los foros especializados se reevalúe el sistema vigente, proponiendo que es necesario alcanzar una posición más equilibrada entre los intereses de los inversionistas y de los Estados receptores de IED²³³⁷.

²³³² HIGA y SACO (2013), p. 240; LÓPEZ y POSADAS (2006), pp. 338-341.

²³³³ Vid. MONTT OYARZÚN (2005), pp. 19-78; HIGA y SACO (2013), pp. 242, 252-256.

²³³⁴ Vid. VOON (2017), pp. 320-331.

²³³⁵ Vid. LAVOPA, BARREIROS y BRUNO (2013), pp. 869-891.

²³³⁶ Vid. SCHULTZ y DUPONT (2014), pp. 1147-1168; FERNÁNDEZ PÉREZ (2016), pp. 87-123.

²³³⁷ CHO y KURTZ (2018), pp. 169-203; CASTRO PEÑA (2017), pp. 28-29.

Como resultado de lo anterior, entre otros aspectos, en 2017 se suscribieron, a nivel global, la menor cantidad de APPRIs desde 1983 y el número de terminaciones efectivas superó al de celebración de nuevos convenios de este tipo²³³⁸.

En este nuevo giro pendular los países de la AP han adoptado algunas medidas, que, si bien no suponen un cambio radical como el que se ha dado en otros países de ALC, han implicado morigerar el ofrecimiento de algunos beneficios particulares a los inversionistas extranjeros, en el entendido que son otras las condicionantes efectivas que tienen mayor incidencia en la toma de decisiones de inversión, focalizándose en destacar y mantener factores como la estabilidad macroeconómica y la certeza jurídica.

En esta línea, por ejemplo, Colombia derogó sus regímenes de estabilidad jurídica, manteniendo los derechos emanados de contratos ya firmados, dentro de sus plazos respectivos, al igual que Chile, que dictó, en 2015, la ley N° 20.848²³³⁹, un nuevo estatuto de la inversión extranjera, derogando el sistema en vigor desde 1974, enfocándose en brindar una asesoría y acompañamiento interdisciplinario permanente al inversionista foráneo, a fin de precaver conflictos y evitando su judicialización en foros internacionales, medidas de este tipo que también han implementado en los demás Estados integrantes de la AP²³⁴⁰.

En efecto, interesante resulta ser la postura de Colombia en su modelo de acuerdo bilateral de inversiones, que incluye interesantes innovaciones como son: la mención expresa de que el solo hecho de que una medida cause efectos adversos en el valor económico de una inversión no implica por sí misma que se esté ante una expropiación; una vez surgida una controversia, se fija un plazo antes de que la disputa pueda ser llevada a arbitraje, con la finalidad de procurar la solución acordada de la diferencia y cuando el arbitraje sea inevitable, se permita una

²³³⁸ UNCTAD (2018), p. xiii

²³³⁹ Vid. GALLEGOS ZÚÑIGA (2016), pp. 29-51.

²³⁴⁰ Vid. POLANCO LAZO (2016), pp. 580-585; CASTRO PEÑA (2017), pp. 30-39.

mejor preparación de la defensa del Estado²³⁴¹, elementos que propenden hacia un equilibrio en la relación entre inversionista/Estado receptor²³⁴².

Por otra parte, debe mencionarse que Chile, México y Perú son también signatarios del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), pacto plurilateral²³⁴³ suscrito en marzo de 2018, que recoge algunos de estos lineamientos²³⁴⁴.

4. Inversiones intra-Alianza del Pacífico

Aun cuando los montos de IED intrazona no alcanzan la cuantía de los provenientes de otros orígenes, tal como se anticipó en la segunda parte de este informe, empresas nacionales de la AP han asumido un rol no menor como inversionistas dentro de la región. En efecto, Chile y México figuran dentro de las principales fuentes de IED en ALC, y a modo de ejemplo, puede mencionarse que, en Perú, los inversores chilenos y colombianos ocupan una posición destacada, dando cuenta de un creciente proceso de internacionalización de las empresas latinoamericanas (translatinas)²³⁴⁵, lo cual puede mirarse como un buen paso hacia encadenamientos productivos y actuaciones regionales de éstas, a la par con potenciar a actores ya relevantes en el plano de servicios, como son las compañías latinoamericanas de los sectores de telecomunicaciones y *retail*.

Relacionado con ello, debe tenerse en cuenta que el Capítulo 10 del Protocolo Adicional de la AP, de 2014, contempla un régimen intrazona²³⁴⁶ que reconoce los derechos de los inversionistas que han ido integrando el acervo del Derecho

²³⁴¹ Debe tenerse en cuenta que no fue sino hasta 2016 que se suscitó la primera solicitud de arbitraje CIADI contra Colombia, por parte de la compañía Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. (Caso CIADI N° ARB/16/6), encontrándose éste y otros casos aún pendientes de resolución.

²³⁴² BELLEI TAGLE (2016), p. 127.

²³⁴³ Vid. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86477/9._Inversi_n.pdf

²³⁴⁴ CEPAL (2018b), p. 53

²³⁴⁵ CRACAU y DURÁN LIMA (2018), pp. 43-46.

²³⁴⁶ En el Mercosur, otro esquema de integración en América Latina recientemente se dictó el Protocolo de Buenos Aires, de 2017, instrumento intrazona, que se estructura de otro modo -siguiendo esencialmente el modelo brasilero de acuerdos internacionales de inversión- que, entre otros elementos no admite la posibilidad que los inversionistas puedan accionar directamente contra los Estados receptores de la inversión, establece más limitaciones para entender cuándo se está ante un inversionista, no contempla expresamente la figura del “trato justo y equitativo”, no se hace alusión a la prohibición de establecer requisitos de desempeño y no contempla una regulación que se refiera a la expropiación indirecta.

Económico Internacional en la materia²³⁴⁷, contemplando el que el trato sea nacional, justo y equitativo, normando las expropiaciones directas e indirectas, prohibiendo el establecimiento de requisitos de desempeño y reafirmando la posibilidad de que el inversionista pueda someter la controversia con el Estado receptor al conocimiento de foros especiales²³⁴⁸, no obstante lo cual, también se procura resguardar los intereses de estos últimos, reconociendo sus atribuciones en materia regulatoria y aludiendo a buenas prácticas en materia de responsabilidad social empresarial.

Por otra parte, atendida la natural relación que se da entre la IED y la prestación de servicios internacionales, se ha constatado la necesidad de adecuar la regulación de este último ámbito, potenciando la movilidad de las personas, y en esta línea se están eximiendo una serie de visas a fin de facilitar tales desplazamientos, como también se está evaluando avanzar en el reconocimiento mutuo de títulos y estudios²³⁴⁹.

Otro aspecto evidentemente vinculado dice relación con la integración de los mercados financieros, materia en la cual el Mercado Integrado Latinoamericano (MILA)²³⁵⁰ ya ha exhibido avances, con ocasión del trabajo conjunto de sus bolsas de comercio.

Ahora bien, como es natural, al incrementarse los flujos y operaciones de IED, también se han generado algunos conflictos dentro del área de la AP. Uno primero es el litigio Carlos y Francisco Javier Ríos v. República de Chile (ICSID Caso N° ARB/17/16)²³⁵¹, disputa entre esos inversionistas colombianos y ese país austral, con motivo de algunos incumplimientos que, se señala, se habrían verificado en el marco de la licitación del transporte público de pasajeros en Santiago, que aún está pendiente de pronunciamiento. En el mismo estado procesal se encuentra la disputa que enfrenta a la compañía mexicana América

²³⁴⁷ Vid. POLANCO LAZO (2015), p. 188.

²³⁴⁸ CEPAL (2018b), pp. 52-53

²³⁴⁹ CRACAU y DURÁN LIMA (2018), p. 48.

²³⁵⁰ Vid. FIGUEROA (2014), pp. 277-303.

²³⁵¹ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/16>

Móvil S.A.B. de C.V. v. República de Colombia (ICSID Caso N° ARB(AF)/16/5)²³⁵².

Con anterioridad, en febrero de 2005, ya se había emitido una decisión en la cual el tribunal arbitral se declaraba incompetente, por *ratione temporis*, en una controversia entre la Industria Nacional de Alimentos (ex Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A, de Chile.) v. República de Perú (ICSID Caso N° ARB/03/4)²³⁵³.

5. Desafíos futuros.

Atendido todo lo señalado se estima que los Estados de la AP deben procurar más y mejor IED, canalizando sus esfuerzos en atraer compañías, como algunas europeas, que incorporen tecnologías en sus procesos, las cuales pueden propagarse en el sector productivo local y regional haciéndolo más potente. Asimismo, especial consideración debe brindársele a la inversión intrazona, puesto que, con la promoción de ella se podrían verificar encadenamientos productivos, con IED integrada verticalmente, que aprovechen las economías a escala²³⁵⁴, lo cual puede servir de aliciente para superar la focalización que se presenta en extracción de materias primas, tan característica en los países de la AP, con la salvedad de México²³⁵⁵.

Ahora bien, es de advertir que atendida la falta de una institucionalidad comunitaria en la AP y la autonomía comercial que mantienen sus Estados miembros, se pueden producir problemas con la multiplicidad de fuentes normativas concurrentes y potencialmente aplicables para solucionar controversias relacionadas con IED (emanadas de los tratados bilaterales y multilaterales suscritos por sus miembros con otros Estados, a lo cual se añade la preceptiva intrazona del citado Capítulo 10 del Protocolo Adicional) más los regímenes locales de cada uno de estos países, lo que puede generar incertidumbre. De ahí que se estime adecuado buscar la armonización de las

²³⁵² [https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/16/5](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/16/5)

²³⁵³ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/4>

²³⁵⁴ LEJÁRRAGA (2018), pp. 86-97.

²³⁵⁵ Una visión escéptica acerca de los reales beneficios que puede generar en el desarrollo de los países miembros, atendidas sus estructuras productivas y los compromisos internacionales se puede consultar en CORREA SERRANO (2016), pp. 437-467.

legislaciones o decidir dar un paso más allá y crear normativa común que confiera un marco uniforme para que se puedan proyectar inversiones en el bloque, obteniendo el beneficio de la inyección de recursos y las consiguientes utilidades a gran escala²³⁵⁶.

Del mismo modo, será relevante apreciar si las políticas que implante el gobierno del electo Presidente López Obrador irán por el camino de alentar el avance de la AP, y si mantendrán una posición garantista respecto al inversionista extranjero, habida cuenta del crucial rol que juega México dentro de este esquema.

6. Consideraciones finales.

El campo de la IED y el comercio de servicios es una de las áreas donde se abre un mayor campo para avanzar en el incipiente proceso de integración de la AP, por este motivo sus Estados miembros y los especialistas en la materia deben redoblar esfuerzos a fin de generar un marco normativo que colabore en esta tarea.

Para conseguir lo anterior es apremiante evitar inconsistencias y aprovechar las ventajas competitivas de los países miembros, que entre otros aspectos se manifiesta en la amplia y extensa gama de tratados de libre comercio que estos tienen en vigor con las principales potencias económicas mundiales, lo cual abre el acceso a diferentes mercados. En esta tarea deben incorporarse las reflexiones y aportes de actores gubernamentales y productivos²³⁵⁷.

No debe olvidarse que propuestas de integración, con modelos de producción regional o subregionales, llevan casi sesenta años dando vuelta en ALC, desde la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, el Pacto Andino, la Asociación Latinoamericana de Integración y el Mercosur (sin pasar por alto el Mercado Común Centroamericano y Caricom)²³⁵⁸, por lo que esta iniciativa debe aprender de los errores y lecciones de esos proyectos, a fin de poder consolidar una

²³⁵⁶ Vid. SACO (2018), pp. 163-176; INSIGNARES CERA (2018), pp. 729-730.

²³⁵⁷ Teniendo ello como objetivo, con apoyo del Banco Mundial, la AP está trabajando en lo que se ha denominado Instancia de Facilitación de las Inversiones de la Alianza del Pacífico (IFIAP).

²³⁵⁸ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS (2006), pp. 152-179.

propuesta que sea efectivamente positiva y se traduzca en una herramienta que colabore en el desarrollo económico y por ende, en el mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes.

Queda por ver, entonces, si su configuración intergubernamental, carente de una institucionalidad estable resulta ser un atributo que le permita sortear con mayor flexibilidad las turbulentas aguas del contexto comercial internacional contemporáneo.

Por último, hacemos hincapié en que no obstante las justificadas críticas formuladas al régimen de IED imperante, dentro del espacio que forma la AP, no se le han hecho transformaciones radicales que pusieren en entredicho sus cualidades o aptitudes como destino de estos flujos, y por el contrario, a nuestro entender, las morigeraciones practicadas han ayudado a configurar un ordenamiento viable, que sigue brindando mayores grados de certeza a los inversionistas extranjeros que en otras latitudes, por lo cual creemos que resulta una apuesta que merece la mayor atención y estudios por parte de los especialistas en estas materias.

7. Bibliografía

- AMADO (1991), "Los Instrumentos Internacionales de Garantía a la Inversión Extranjera y la Constitución Política del Perú", *Themis*, vol. 20, pp. 27-32.
- BELLEI TAGLE (2016), "Arbitraje de inversiones en América Latina: de la hostilidad a la búsqueda de nuevas alternativa", en Tanzi *et al* (eds.), *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problems and Prospects/Problemas y Perspectivas*, Brill- Nijhoff, Leiden, pp. 98-129.
- BOTELLO y DÁVILA (2016), "How to increase FDI flows: a demonstration of the new determinant creation theory for Mexico and Chile", *Journal of Business and Retail Management Research*, vol. 11 N° 1, pp. 76-91.
- BOTELLO, DÁVILA y VARGAS (2017), "The new determinant creation theory: the case of Peru", *The Business and Management Review*, vol. 9, N° 1, pp. 32-43.
- CASTRO PEÑA (2017), "El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión", *Revista Derecho del Estado*, N° 38, pp. 23-66.

- CEPAL (2018a), *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2018*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 212 p.
- CEPAL (2018b), *La convergencia entre la Alianza del Pacífico y el MERCOSUR Enfrentando juntos un escenario mundial desafiante*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 71p.
- CHO y KURTZ (2018), "Convergence and Divergence in International Economic Law and Politics", *The European Journal of International Law*, vol. 29, N° 1, pp. 169-203.
- CORREA SERRANO (2016), "Foreign Direct Investment and Development in the Pacific Alliance", en Tanzi *et al* (eds.), *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problems and Prospects/Problemas y Perspectivas*, Brill- Nijhoff, Leiden, pp. 437-467
- CRACAU y DURÁN LIMA (2018), "Trade and Investment Relations in the Pacific Alliance: Recent Developments and Future Trends", Sauv e *et al* (eds.), *The Pacific Alliance in a World of Preferential Trade Agreements. Lessons in Comparative Regionalism*, Springer, Cham, pp. 29-64.
- CREMADES (2006), "Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America", *Business Law International* vol. 7, N° 1, pp. 53-72.
- DANOS ORDON EZ (2013), "Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú", *Ius et Veritas*, N° 46, pp. 258-269.
- FAUNDEZ UGALDE (2012), "Los derechos adquiridos como límite a la potestad tributaria: análisis desde perspectiva de la argumentación jurídica", *Revista de Estudios Tributarios*, N° 6, pp. 145-160.
- FERNANDEZ PÉREZ (2016), "La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y del arbitraje de inversiones al «desarrollo sostenible»", en Larraz y Fernández (dirs.), *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: Economía, sociedad y medio ambiente*, Iprolex, Madrid, pp. 87-123.
- FERNANDEZ ROZAS (2006), "El marco general de la integración latinoamericana", en Cárdenas *et al* (eds.) *El Tratado de Libre Comercio, la integración comercial y el Derecho de los mercados*, Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 152-179.

- FERNÁNDEZ ROZAS (2009), "América latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, pp. 13-37.
- FIGUEROA (2014), "Integrating Latin American Stock Markets: The Mercado Integrado Latinoamericano (MILA): Innovations and Perspectives", *American University Business Law Review*, vol. 3, N° 2, pp. 277-303.
- GALLEGOS ZÚÑIGA (2016), "Nuevos escenarios de la inversión extranjera en Chile", *Tribuna Internacional*, vol. 5, N°9, pp. 29-51.
- GALLEGOS y POLANCO (2013), "Evolución jurídica de la política comercial de Chile", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, segunda época, N° 2, 2013, pp. 47-80.
- GARCÍA-GIRALDO (2015), "Los contratos de estabilidad jurídica en una economía global, un análisis de derecho comparado para el caso de Colombia, Perú y Chile". *Revista Jurídicas*, vol 12, N° 1, pp. 78-95.
- GIBBS (1996), "Prospects for sustainable liberalization of foreign investment Laws as a concomitant of hemispheric integration in the Americas", *Inter-American Law Review*, vol. 28, N° 1, pp. 95-122.
- GUZMÁN (1998), "Why LDCs sign treaties that hurt them: Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, N° 4, pp. 639-688.
- HERRERA, VÁSQUEZ y ESCOBEDO (2014), "Ley de la inversión extranjera: ¿Instrumento para el desarrollo económico?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 140, pp. 687-703.
- HIGA y SACO (2013), "Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo", *Revista Derecho PUCP*, N° 71, pp. 231-256.
- INSIGNARES CERA (2018), "Barreras jurídicas a la inversión extranjera en la «Alianza del Pacífico»: convergencia de obligaciones internacionales", *Ius et Praxis*, vol. 24, N° 1, pp. 725-756.

- KALDERIMIS (2004), "IMF Conditionality as Investment Regulation: A Theoretical Analysis", *Social & Legal Studies*, vol. 13, N° 1, pp. 103-131.
- LAVOPA, BARREIROS y BRUNO (2013), "How to kill a BIT and not die trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law*, vol. 16, N° 4, pp. 869-891.
- LEJÁRRAGA (2018), "The Pacific Alliance as an instrument for insertion into global value chains: Lessons from a progressive and pragmatic approach", en Sauvé *et al* (eds.), *The Pacific Alliance in a World of Preferential Trade Agreements. Lessons in Comparative Regionalism*, Springer, Cham, pp. 83-98.
- LÓPEZ y POSADAS (2006), "Inversión y Derecho internacional de la inversión extranjera. Reflexión sobre algunas disciplinas adoptadas por México", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, pp. 301-344.
- MONTT OYARZÚN (2005), "Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 1, pp. 19-78.
- OECD (2011), *Mejores políticas para el desarrollo: Perspectivas OCDE sobre Chile*, OECD Publishing, Paris, pp. 209-222.
- POLANCO LAZO (2015), "The No of Tokyo Revisited: Or How Developed Countries Learned to Start Worrying and Love the Calvo Doctrine", *ICSID Review*, vol. 30, N° 1, pp. 172-193.
- POLANCO LAZO (2016), "Systems of Legal Defence Used by Latin American Countries in Investment Disputes", *Journal of World Investment & Trade*, N° 17, pp. 562-593.
- POLO ROBILLIARD, (2006), *Los ejes centrales para el desarrollo de una minería sostenible*, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, N° 107, CEPAL, Santiago de Chile, 60 p.
- SACO (2018), "The International Investment Agreements of the Pacific Alliance Members and Their Relationship of "Coexistence" with Chapter 10 of the Pacific Alliance Additional Protocol", en Sauvé *et al* (eds.), *The Pacific Alliance in a World of Preferential Trade Agreements. Lessons in Comparative Regionalism*, Springer, Cham, pp. 163-176.

- SCHULTZ y DUPONT (2014), "Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study", *European Journal of International Law*, vol. 25, N° 4, pp. 1147-1168
- SIQUEIROS (1994), "Bilateral treaties on the reciprocal protection of foreign investment", *California Western International Law Journal*, vol. 24, N° 2, pp. 255-275.
- THORNTON (1983), "Since the Breakup: Developments and Divergences in ANCOM's and Chile's Foreign Investment Codes", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 7, N° 1, pp. 239-272.
- UNCTAD (2018), *World Investment Report 2018, investment and new industrial policies*, United Nations, Ginebra, 213 p.
- VOON (2017), "Philip Morris v. Uruguay: Implications for Public Health", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, pp. 320-331

La clínica jurídica tributaria en los Trabajos de Fin de Grado

Miguel Gutierrez Bengoechea

Área de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

La formación educacional a través de lo que se denomina clínica jurídica como modelo de formación en Derecho se basa en la conexión entre la realidad social y jurídica.

Su impulsor fue Jerome Frank quien en 1933 expuso la necesidad de copiar de las Facultades de Medicina una enseñanza del Derecho práctica y real con un positivo impacto real en la sociedad²³⁵⁹.

En la década de los ochenta del siglo XX en Estados Unidos las clínicas jurídicas (Law-Clinic) se desarrollaron profundamente modificando ligeramente el concepto de clínica jurídica al vincular el proceso de formación del jurista con el compromiso de causas sociales o de interés público, se trata de potenciar la sensibilidad social del futuro jurista e incrementar los valores de cierta deontología profesional.

La implantación de las clínicas jurídicas en España se inicia hacia el año 2005 como respuesta a la influencia del movimiento latinoamericano.

La función de estas primeras clínicas jurídicas en España, enfocan su actividad hacia propuestas pedagógicas y de investigación en derechos humanos y exploran con mayor profundidad las opciones de litigio estratégico ante organismos internacionales²³⁶⁰.

²³⁵⁹ FRANK, J. Why not a Clinical Lawyer scholl?, U.S.A: Law-Review, 1993, pp. 908 y ss

²³⁶⁰ CORAL,AM. *El concepto de litigio estratégico en América Latina*. Universitas, 2010, pp. 49 y ss.

A partir de 2010, se crea un nuevo enfoque investigador para las clínicas jurídicas asumiendo éstas un papel de formación.

En ellas se dan respuestas a nuevas necesidades temáticas y responden a las exigencias de cambios metodológicos en la educación jurídica.

2. CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA CLÍNICA JURÍDICA

El concepto de clínica jurídica nace desde un estudio práctico en la resolución de diagnósticos médicos. Para ello, los estudiantes de medicina realizaban una observación del paciente con el fin de hacer un diagnóstico de la enfermedad que padecía, estudiando para ello, las reacciones físicas y psíquicas que mostraban los pacientes ante determinados tratamientos médicos.

Este tipo de estudios basados en la experiencia práctica empezó su andadura en EE.UU para posteriormente extenderse en Sudamérica y finalmente llegar a Europa a través de Polonia.

El objetivo de las clínicas jurídicas se centra en satisfacer las actividades Pro Bono que se caracterizan en una serie de características:

- a) El trabajo es realizado por abogados
- b) El objetivo perseguido es el bien de la comunidad y no con intereses comerciales
- c) Es un trabajo voluntario para el abogado
- d) El cliente que recibe el servicio es gratuito
- e) El trabajo se realiza con los mismo estándares profesionales que el realizado para los clientes habituales del abogado

En las ciencias jurídicas, el concepto de clínica jurídica presenta ciertas confusiones terminológicas ya que se les ha dado varias denominaciones como clínica legal, clínica del Derecho, educación legal etc.; no obstante, el concepto con el que habitualmente se denomina es el de clínica jurídica debido a que en su origen se implantó en las Facultades de Medicina y Ciencias Jurídicas porque en su aspecto finalista se desarrolla en los estudios jurídicos que se imparten en las facultades de Derecho.

Hay que diferenciar el desarrollo docente de una determinada materia o asignatura a través de forma práctica, por ejemplo, a través del método del caso con la técnica docente de la clínica jurídica fundamentalmente porque las clases prácticas se ciñen a una disciplina concreta enfocada a resolver una hipotética situación planteada por el profesor atendiendo a los conocimientos adquiridos que se han explicado en las clases teóricas. Sin embargo, la utilización de la clínica jurídica profundiza mucho más en el aprendizaje práctico porque el alumno se enfrenta al mundo real aplicando los conocimientos multidisciplinarios adquiridos en todas las materias que integran los planes de estudios de Derecho a la resolución de casos jurídicos planteados por entidades sin de lucro o personas sin formación.

La adquisición, por tanto, de conocimientos con la implantación de la clínicas jurídicas son más amplias sin contar con la formación del estudiantes en una serie de valores sociales y éticos propugnados por la Constitución Española.

El estudiante en Derecho adquiere a través de la clínica jurídica el “aprendizaje-servicio” el cual parte de la idea de que la ayuda mutua es un mecanismo de progreso personal, económico y social mejor que la persecución obsesiva del provecho individual.

En resumen, la clínica jurídica debe convertirse en taller de adaptación para el futuro profesional de la justicia los cuales tendrán que aplicar los conocimientos y los valores adquiridos a situaciones reales que plantean la vida diaria a sectores profesionales sin apenas formación jurídica.

Este hecho, convierte a las clínicas jurídicas como laboratorios de trabajo donde interactúan profesores y estudiantes en la resolución de casos planteados a los estudiantes en determinadas organizaciones sin fin de lucro o personas que necesitan asesoramientos gratuitos ante la falta de recursos económicos.

De lo expuesto supra, las clínicas jurídicas permiten a los estudiantes enfrentarse a casos reales que puedan reclamar las entidades de economía social. El hecho de tener que buscar soluciones jurídicas ante casos diarios

que surjan en el desarrollo del objeto social de cualquier empresa va a permitir que los estudiantes adquieran destrezas, habilidades y actitudes, imposible de obtener con las asignaturas tradicionales²³⁶¹.

Con las clínicas jurídicas se pretende que los estudiantes, en este caso, los que estén acometiendo los trabajos de fin de grado, apliquen los conocimientos adquiridos, estudiando y resolviendo casos concretos, revisando expedientes reales que no han podido resolverse adecuadamente en su momento y que están en alguna instancia administrativa o judicial y en definitiva presentando memorias sobre las problemáticas que ha surgido en la resolución de algún caso práctico para que sirva de base en el planteamiento en el futuro para otros estudiantes que formen parte de las clínicas jurídicas y se enfrenten a casos idénticos. Sin embargo, este tipo de prestación de servicios jurídicos no puede llevarse a cabo sin un tutor que sirva de guía en el quehacer de asesorar jurídicamente por parte de los estudiantes.

Este profesor guía o también llamado coordinador de la clínica jurídica se constituye en un referente para los estudiantes en el proceso académico, en un orientador de las actividades de construcción de conocimientos del estudiante el cual recurre a él para la resolución de dudas sustanciales, metodológicas o estratégicas, pero no como un método tradicional de transmisión de conocimiento, además de utilizar alternativas como el seminario, las mesas redondas, la discusión en grupos de trabajo²³⁶². Todas estas actividades permitirán que los estudiantes adquieran respuestas a la problemática planteada en el caso práctico que le sea asignado.

2.1. Inconvenientes en la instauración de las Clínicas jurídicas

El hecho de establecer en las Facultades de Derecho las clínicas jurídicas como método de innovación docente es algo muy positivo

²³⁶¹ Cfr LONDOÑO, B. *Las Clínicas Jurídicas de interés público en Colombia. Retos y posibilidades de una naciente experiencia*. Bogotá: Universidad de Rosario, 1995. pp. 43-45

²³⁶² ALMANZA IGLESIA, M. "Las Clínicas Jurídicas y su pertinencia en la formación de abogados. Justicia, n° 18, 2010, pp. 75-76

tanto para los estudiantes que la integran como para los profesores que realizan una función de tutorización a través de ellas. Además, de beneficiar a sectores y personas en riesgo de exclusión social como se ha expuesto *supra*.

No obstante, la constitución de las clínicas jurídicas a veces, choca frontalmente con la propia institución universitaria.

En este sentido, en algunas Facultades de Derecho, la rigidez de los planes de estudios y las guías docentes en desarrollo de los mismos son reacias a aplicar un método de innovación docente tan importante como las clínicas jurídicas.

Desde el campo profesional, los Colegios Profesionales de Abogados de algunos países son escépticos a este tipo de asesoramiento gratuito por parte de las clínicas jurídicas.

Posiblemente vean en este tipo de asesoramiento jurídico a través de las clínicas jurídicas una amenaza al desarrollo de la abogacía a los recién graduados o incluso a la asistencia a la justicia gratuita.

3. LA CLÍNICA JURÍDICO TRIBUTARIA A TRAVÉS DE LOS TRABAJOS DE FIN DE GRADO

El propósito de este método de innovación docente es asesorar fiscal con carácter voluntario por los alumnos que han finalizado los estudios de Grado en Derecho y estén desarrollando sus trabajos de fin de grado en las asignaturas de las áreas de conocimiento de Derecho Tributario. En este sentido, la Facultad de Derecho está en conexión directa con las inquietudes del mundo empresarial en las actividades a satisfacer necesidades inherentes a los bienes públicos²³⁶³.

En el aspecto subjetivo, los estudiantes que estén dispuestos a la realización de los trabajos de fin de grado a través de la formación adquirida por el uso de las clínicas jurídicas deben ser personas comprometidas con las actividades solidarias y cuyo expediente académico sea brillante.

²³⁶³ Con estas actividades la clínica jurídica realizaría una actividad proactiva que facilitaría las actividades Pro- bono.

Para ello, los profesores tutores de la clínica jurídica tendrán que hacer una labor de selección muy importante de los estudiantes que de forma voluntaria acepten aplicar el método del caso práctico a las entidades sin fin de lucro.

Los estudiantes de fin de Grado en Derecho que opten por participar en la clínica jurídico tributaria tendrán que coordinarse en la elección del tema de defensa que debe contener aspectos fiscales y laborales ponderándose en algunos casos, el mayor contenido de los aspectos tributarios.

La clínica jurídica estará tutelada científicamente por profesores titulares y catedráticos de las disciplinas jurídicas correspondiente al Area de Derecho Financiero y Tributario.

El fin de esta clínica jurídica es asesorar de forma altruista a determinados colectivos desfavorecidos socialmente por las condiciones económicas actuales, entre los que estarían, sobre todo, jóvenes sin formación universitaria, personas con discapacidad e inmigrantes que tengan decidido empezar su vida profesional mediante el autoempleo.

Además se tendrá muy en cuenta las cuestiones de género tratando de asesorar jurídica de forma prioritaria al sector femenino que desee emprender una actividad empresarial o profesional. A nuestro juicio, la adopción del sistema de la Clínica Jurídica Tributaria contribuirá a facilitar la toma de contacto de los alumnos con la realidad práctica de las diferentes ramas del Derecho enmarcándose claramente en los objetivos fijados en el proceso de Bolonia.

La clínica jurídica tributaria (en adelante CJT) tendrá sólo carácter formativo y académico, por lo que no se ejercerá ninguna actuación jurídica ante instancias judiciales.

En este sentido, las actividades de asesoramiento serán de carácter lucrativo sin ningún tipo de prestación remunerativa, salvo la propiamente formativa.

A través de este modelo de innovación docente, se busca una conexión entre la realidad social y la jurídica de tal manera que el estudiante tenga un contacto a través de sus trabajos de fin grado con la práctica real en ciertas disciplinas jurídicas tratando de proteger jurídicamente al colectivo más vulnerable.

El proyecto de creación de una CJT responde a la combinación del aprendizaje teórico-práctico de las materias tributarias a través de la resolución de casos reales y siempre, con la supervisión de los tutores académicos. De esta manera los estudiantes que realicen los trabajos de fin de grado van a incrementar su formación teórica con capacidades profesionales enfocadas a la práctica litigiosa, la aplicación de la técnica legislativa a un sector muy importante como el perteneciente a la Economía Social.

Este tipo de actividad va a proporcionar a los estudiantes una serie de valores sociales, cívicos y solidarios que les permitirán completar su formación básica alcanzada durante sus estudios de grado.

Con esta labor de la CJT a través de los estudiantes que desarrollen los trabajos de fin de grado en materias de derecho tributario a los no juristas "Street Law" los alumnos se convertirán en educadores y formadores en relación con un colectivo con necesidades sociales para las materias tributarias que son esenciales para iniciar cualquier tipo de actividad económica mediante el autoempleo.

Los fines a los que pretende servir la CJT son tanto de innovación docente como la transformación social, es decir, innovar en la docencia porque la clínica se crea para ayudar a los estudiantes a entender mejor lo que son grupos vulnerables permitiéndoles acercarse a ellos desde una dimensión práctica y desarrollándose un trabajo en grupo, con reparto de roles y un enfoque pluridisciplinar: jurídico, sociológicos y pedagógicos. De esta manera se fomenta el debate y las habilidades explicativas.

En cuanto a la vocación social la CJT pretende una aproximación de la Universidad al resto de las instituciones sociales transmitiendo conocimientos y pautas de actuación con el objeto de asesorar jurídicamente a los sectores más vulnerables.

Este sistema permitirá que los estudiantes consoliden sus conocimientos teóricos y prácticos que han ido adquiriendo pues tendrán que exponerlos de manera clara y pedagógico ante un público joven carentes de cualquier conocimiento sobre la materia. Los estudiantes de fin de grado integrados en la CJT serán

asimismo, conscientes de los graves problemas sociales que padecen determinados grupos de personas en un país desarrollado como España.

La formación adquirida a través de la resolución de casos reales planteados por personas sin formación jurídica también va a enriquecer a los profesores que asuman dentro de la CJT la función de tutores. En determinadas ocasiones, la tutorización en la resolución de un caso real aportará al profesor conocimientos y datos para abrir una línea de investigación de la que pueden surgir artículos doctrinales y monografía.

Para dar a conocer la CJT se hará publicidad de su constitución a la Delegaciones territoriales de la Junta de Andalucía que asistan en determinadas materias a estos grupos de población más vulnerables como la Delegación territorial de igualdad, el Instituto Andaluz de la Mujer etc., con el fin de que este colectivo pueda acudir a la CJT y recibir asesoramiento gratuito similar a la justicia gratuita.

Para desarrollar la actividad en una primera fase se recabará información y se intercambiará experiencia con otras Facultades de Derechos españolas que están utilizando el mecanismo de la clínica jurídica en la enseñanza del Derecho y con otras universidades extranjeras que apliquen el método de la clínica jurídica.

En una segunda fase sería conveniente la realización de un Congreso internacional de innovación docente sobre la utilidad de las clínicas jurídicas, en este caso, multidisciplinar en la formación de los Graduados en Derecho. Posteriormente, las comunicaciones presentadas serán publicadas en un libro.

4. CONCLUSION

Las clínicas jurídicas tienen un doble fin: por un lado cumplen un papel fundamental como método de innovación docente donde los estudiantes, en este caso, los que desarrollan el trabajo de fin de grado, realizan prácticas jurídicas conectando a través de casos prácticos y reales los conocimientos teóricos adquiridos durante el proceso formativo que han desarrollado para la obtención del Grado en Derecho.

En segundo lugar, la actividad desarrollada por las Clínicas jurídicas realiza la responsabilidad social de la institución universitaria ya que se realiza una actividad de asesoramiento donde prima la función social y ética, pues los beneficiarios de dicha actividad son empresas y particulares sin recursos económicos significativos.

Para los estudiantes que están realizando el trabajo de fin de grado la participación en las clínicas jurídicas les va a inculcar una serie de actitudes y valores como la participación laboral que, sin duda alguna, les será muy útil cuando trabajen en grupo.

A gran escala, lo ideal sería que la implantación de las clínicas jurídicas se hiciese de forma coordinada implicando desde un punto de vista científico a las asignaturas de Derecho público como privado con el objeto de que el servicio jurídico a entidades con riesgos social sea de forma integral.

La implantación coordinada en cada titulación de Grado en Derecho también es muy beneficiosa para los estudiantes que integren las distintas clínicas porque les permite colaborar entre ellos recordando materias jurídicas y aunando conocimientos para resolución integral del caso planteado.

El hecho de poder trabajar los estudiantes del TFG de forma conjunta les conferirá una serie de valores sociales como el trabajo en grupo y a la vez participativo.

BIBLIOGRAFÍA

FRANK, J. Why not a Clinical Lawyer scholl?, U.S.A: Law-Review, 1993.

LONDOÑO, B. *Las Clínicas Jurídicas de interés público en Colombia. Retos y posibilidades de una naciente experiencia.* Bogotá: Universidad de Rosario, 1995.

ALMANZA IGLESIA, M. "Las Clínicas Jurídicas y su pertinencia en la formación de abogados. Justicia, nº 18, 2010.

LUVIANO, R. *La androgógica en Derecho, un enfoque coparcitivo científico.* México. Sincco, 2008.

MOLINA, C.A. *Fundamentos teóricos y metodológicos del Método Clínico de enseñanza del Derecho*. Medellín. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana. 2008.

CORAL, AM. *El concepto de litigio estratégico en América Latina; 1990-2010*, Universitas, 2010.