29

2022

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

RDUNED

REVISTA DE DERECHO UNED

UNED

© UNIVERSIDAD NACIONAL
DE EDUCACIÓN A DISTANCIA - MADRID, 2022

Título clave: RDUNED. Revista de Derecho UNED
Título abreviado: RDUNED

ISSN: 1886-9912

Impreso en España - Printed in Spain
Maquetación e impresión: Masquelibros

DIRECCIÓN

Dra. Ana Loreto Mohino Manrique, Decana de la Facultad de Derecho UNED

COORDINACIÓN

D. Jordi Gimeno Beviá, Vicedecano de Investigación e Internacionalización UNED

ÓRGANOS DE LA REVISTA

Consejo Asesor

Jorge Montes Salguero, UNED
Fatima Yañez Vivero, UNED
Pedro Herrera Molina, UNED
Icíar Alzaga Ruiz, UNED
Mónica Guzmán Zapater, UNED
Pedro Tamayo Lorenzo, UNED
Pedro Tenorio Sánchez, UNED
Federico Fernández de Buján, UNED
Ana Mª Marcos del Cano, UNED
Alicia Arroyo Aparicio, UNED
Sonia Calaza López, UNED
Juan José Montero Pascual, UNED
Juan M. Goig Martínez, UNED
Mª José Ciaurriz Labiano, UNED
Carmen Quesada Alcalá, UNED
Sagrario Segado Sánchez-Cabezudo, UNED
Remedios Morán Martín, UNED
Alicia Gil Gil, UNED

Consejo de Redacción

Fernando Carbajo Cascón, Catedrático de D. Mercantil, Univ. de Salamanca
Fernando de la Cámara García, Notario
Carmen Díez del Valle, Abogada del Estado
Pilar Martín Aresti, Catedrática de D. Mercantil, Univ. de Salamanca
Claudio Monteiro, Magistrado del Tribunal Const. Portugués.
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa
Beatriz Martínez Rodríguez, Magistrada
Fernando Reinoso Barbero, Abogado
Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Catedrático acreditado de Derecho Penal, UCM

PRESENTACIÓN

REVISTA DE DERECHO DE LA UNED

La Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), plataforma abierta a las inquietudes intelectuales de profesores e investigadores del mundo del Derecho, contiene trabajos de investigación de todas las especialidades del ordenamiento jurídico. Se fundó en el año 2006 y constituyó la continuación del antiguo Boletín de la Facultad de Derecho, si bien desde el momento de su creación o fundación partimos con parámetros de calidad muy exigentes, razón por la que se encuentra *indexada*, tiene la mayor parte de los criterios *LATINDEX* cumplidos y se encuentra clasificada en el Grupo B en la muy prestigiosa base de datos CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas). Cuenta con la existencia de un Consejo Asesor externo y un Consejo de Redacción (con apertura externa). Todos los artículos recibidos son revisados por evaluadores externos mediante un proceso de evaluación independiente e imparcial, y todos ellos cuentan por supuesto con requisitos formales como un *abstract*, un *resumen*, *key words* y *palabras claves,* entre otros.

La revista está distribuida por capítulos. Un primer capítulo está destinado a los trabajos de investigación más extensos, donde publican profesores de la Facultad de Derecho de la UNED, así como profesores de otras Facultades y Universidades. También publican profesionales de otras ramas del ordenamiento jurídico, como notarios, jueces, magistrados, abogados del Estado, registradores de la propiedad, etc.

Un segundo capítulo está destinado a la que denominamos Sección Abierta donde tienen cabida estudios científicos más cortos, noticias de actualidad, comentarios jurisprudenciales, y avances legislativos.

Y por último una sección destinada a la crítica de libros. En esta sección se publican reseñas sobre libros de especial interés para la comunidad científica.

Terminamos simplemente mostrando nuestro agradecimiento a todos los profesores e investigadores que tienen la amabilidad de publicar en nuestras páginas. El nivel de calidad y excelencia alcanzado por la Revista se debe exclusivamente a ellos, y a ellos también debemos agradecer poder contar con un espacio cuya humilde pre-

tensión es fomentar e incentivar la investigación en nuestra Facultad, elemento indispensable de toda comunidad universitaria.

ANA LORETO MOHÍNO MANRIQUE
Directora de la Revista de Derecho de la UNED
Decana de la Facultad de Derecho de la UNED

JORDI GIMENO BEVIÁ
Coordinador de la Revista de Derecho de la UNED
Vicedecano de Investigación e Internacionalización
de la Facultad de Derecho de la UNED

UNED

ÍNDICE

Págs.

Premio de artículos jurídicos "GARCÍA GOYENA" Vigésima convocatoria (Curso 2020-2021). Facultad de Derecho. UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

Primer premio

CHAVES CAROU, Marcos: El efecto coactivo del certificado covid.

"The coercive effect of the covid certificate" 17

Primer accésit

LLORENTE SAN SEGUNDO, María Inmaculada: Covid 19 y arrendamiento de inmuebles. El reto de mantener el equilibrio contractual en las relaciones arrendaticias en tiempos de pandemia.

"Covid 19 and real estate lease. The challenge of maintaining contractual balance in lease relationships in times of pandemic". 51

Segundo accésit

GONZÁLEZ DONA, José Manuel: Justicia tributaria en tiempos de pandemia: El incentivo fiscal para fomentar la rebaja de la renta arrendaticia.

"Tax justice in times of pandemic: The tax incentive to encourage the reduction of rental income" 89

ESTUDIOS

ÁLVAREZ MURIAS, Ana María: La justicia gratuita: Naturaleza jurídica y financiación de los prestadores del servicio.

«*Free justice: Legal natura and funding of service providers*»..... 127

CAPARROS MORENO, María Aurora: Competencia judicial internacional en caso de sustracción internacional de menores a terceros estados: Análisis de la sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2021,SS vs MCP, asunto 603/20

"International jurisdiction in case of internacional child abduction to third states: An análysis of the CJEU Judgment of 24 march 2021, SS v MCP, Case 603/20"..... 159

CAROD MARTÍNEZ, Guillermo: La eutanasia en España. Estudio sociológico sobre la legalización y regulación de la prestación de ayuda para morir.

"Euthanasia in spain. Sociological analysis on the legalization and regulation of the provision of aid in dying" 193

GIMÉNEZ SÁEZ, Antonio: La clientela mediación en la incorporación a la ciudadanía.

"The clientele mediates in the incorporation to the citizenship" 221

HINOJAL AGUADO, Diego: Fernando VII, rey pleno por la gracia de dios. Definición y marco jurídico del "delito político" en su reinado 1808-1833.

"Fernando VII, absolute king by the grace of god. Definition and legal framework of "political crime" in his reign 1808-1833" .. 251

IRSHEID IRSHEID, Siba: El informe de UNICEF del 2013 y la política israelí de detención de menores palestinos en la actualidad.

"UNICEF´S report in 2013 and the israeli policy of detention of palestinian minors today"..... 289

LÓPEZ DE LERMA GALÁN, Jesús: Naturaleza jurídica del CETA. La afectación de los poderes constitucionales en los acuerdos de libre comercio de Canadá y la Unión Europea

"Legal nature of CETA. The affectation of the constitutional powers in the free trade agreements of Canada and the European Union"..... 325

MARABEL MATOS, Jacinto J.: La directiva inicial militar 5/2020, de 16 de marzo, en el marco del derecho de excepción

"The initial military directive 5/2020, of march 16, within the framework of emergency law" 351

MARTÍNEZ DE LA OSSA SÁENZ-LÓPEZ, Rafael, MARCOS DEL CANO, Ana María: Problemas bioéticos en la atención sanitaria de los menores trans.

"Bioethical problems in health care of trans minors" 389

MORATA CASELLAS, Hugo: Especialidades de la contratación local en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

"Specialities of local procurement in Law 9/2017, of 8 November, on Public Sector Contracts" 411

OLVERA ARELLANO, Ana Guadalupe: Análisis de la utilidad del derecho de portabilidad de datos personales para la garantía del derecho a la salud, a la luz del Reglamento General de Protección de Datos en la Unión Europea y la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de México.

"Analysis of the usefulness of the right of portability of personal data for the guarantee of the right to health, in light of the GDPR and the General Law of Protection of Personal Data in Possession of Obliged Subjects of Mexico" 431

PERERA LEÓN, Vernor Roberto: La prohibición de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**.**

"The prohibition of torture in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights" 459

PERNAS CIUDAD, Elena: Inteligencia Artificial y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: Cooperación necesaria.

"Artificial intelligence and sustainable development goals: Necessary cooperation" 495

REBOLLO REVESADO, Sonia: Claves para la regulación positiva de la Justicia Restaurativa en España: Cuestiones a las que ha de dar respuesta el legislador

"Keys to positive regulation of Restorative Justice in Spain: Questions to be answered by the legislator" 521

SÁNCHEZ QUIÑONES, Luís: La conversión procedimental e inadecuación de procedimiento en la jurisdicción social. Aspectos esenciales y problemática.

"Procedural conversion and procedural inadequacy in the social jurisdiction. Essential aspects and problems" 545

TORTOSA LÓPEZ, Juan Carlos: Eficacia transversal del derecho a la educación.

"Cross-cutting effectiveness of the right to education" 571

SECCION ABIERTA

LUELMO MILLÁN, Miguel Angel: La buena fe en el orden jurisdiccional social. Exégesis normativa de un concepto infrapercibido

"Good faith in the social jurisdictional order. Normative exegesis of an under-perceived concept" 609

OSA FONDÓN, Adela de la: Testamento en tiempos de epidemia. Desde el cólera hasta el coronavirus.

"Testament in times of epidemic. From cholera to coronavirus" ... 709

SENLLE CARIDE, Miguel: Actos de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno: El caso de la retransmisión en línea de partidas de ajedrez.

"Acts of imitation with undue advantage of the effort of others: The case of online retransmission of chess games" 723

PREMIO DE ARTÍCULOS JURÍDICOS "GARCÍA GOYENA"

Vigésima convocatoria (Curso 2020-2021). Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Revista de Derecho UNED, NÚM. 29, 2022

PRIMER PREMIO

EL EFECTO COACTIVO DEL CERTIFICADO COVID

THE COERCIVE EFFECT OF THE COVID CERTIFICATE

MARCOS CHAVES CAROU
Graduado en Derecho

Sumario: *I. Introducción. II. El consentimiento informado libre y voluntariamente otorgado como derecho fundamental. III. La instauración del certificado COVID en España. IV. La campaña general, obligatoria y "encubierta" de vacunación frente a la COVID-19. V. Las resoluciones judiciales esgrimidas en favor de una vacunación obligatoria frente a la COVID-19 no resultan aplicables. VI. La respuesta de los Tribunales. A. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias. B. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. C. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. D. El Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. E. El Tribunal Supremo. VII. La responsabilidad de los poderes públicos. VIII. Conclusiones. XIX. Bibliografía.*

Resumen: La aprobación del Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, posibilitó que los Estados miembros instaurasen en sus respectivos territorios medidas restrictivas asociadas a la posesión de dicho certificado.

Este trabajo analiza cómo estas restricciones contribuyen al denominado efecto coactivo del certificado COVID generando un clima de presión sobre el ciudadano para que otorgue su consentimiento informado a la vacuna frente a la COVID-19. Asimismo, trata de determinar si tal efecto pudiera constituir una intimidación capaz de viciar

de nulidad el consentimiento otorgado, conculcando de esta forma el derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución española.

Palabras clave: Certificado COVID digital de la UE; Efecto coactivo del certificado COVID; Integridad física y moral; Consentimiento informado; Vacunación obligatoria.

Abstract: The approval of Regulation (EU) 2021/953 of the European Parliament and of the Council, of 14 June 2021, on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable COVID-19 vaccination, test and recovery certificates (EU Digital COVID Certificate) to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic, made it possible for Member States to introduce restrictive measures in their respective territories associated with the possession of such certificate.

This work analyzes how these restrictions contribute to the socalled coercive effect of the COVID certificate, generating a climate of pressure on citizens to give their informed consent to the COVID-19 vaccine. Also, it tries to determine if such effect could be intimidation capable of invalidating the consent granted, thus violating the fundamental right to physical and moral integrity of article 15 of the Spanish Constitution.

Keywords: EU digital COVID certificate; Coercive effect of the COVID certificate; Physical and moral integrity; Informed consent; Mandatory vaccination.

Recepción original: 14/09/2021

Aceptación original: 18/11/2021

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia mundial por COVID-19. Pocos días después, nuestro sistema sanitario colapsó y en las unidades de cuidados intensivos se tuvo que decidir quién era tratado y quién no. Durante esos días se registraron máximos que superaban las 900 defunciones diarias.

Desde entonces y para hacer frente al virus, el Gobierno estatal y algunos autonómicos han venido implantando diversas medidas restrictivas, cuando no suspensivas, de derechos fundamentales: res-

tricción de la movilidad, prohibición de reuniones, cuarentenas y confinamientos…

En este contexto, recientemente se implantó el certificado COVID como medio para acreditar la vacunación completa, una prueba diagnóstica negativa realizada en las últimas 72 horas, o haber superado la enfermedad. La polémica con esta medida no surge por el documento en sí mismo, sino por sus potenciales efectos discriminador y coactivo.

En cuanto al primero, son varios los Tribunales Superiores de Justicia e incluso el Tribunal Supremo los que no están ratificando las medidas de gobiernos autonómicos, que exigen portar y mostrar este certificado para acceder a espacios públicos y privados, precisamente por el derecho fundamental de todo ciudadano a no ser discriminado.

Sin embargo, poco se ha reflexionado sobre su potencial efecto coactivo.

¿Resulta posible en España una campaña general de vacunación obligatoria frente a la COVID-19? No según nuestro ordenamiento vigente. ¿De qué manera afecta la exigencia del certificado COVID para realizar actos cotidianos al ciudadano que legítimamente decidió no vacunarse? Se le exige un documento al que no tiene acceso por una decisión legítima.

¿Puede verse inmerso en un ambiente intimidatorio por no vacunarse? Evidentemente, sí. Si quiere ejercitar plenamente sus derechos fundamentales deberá poseer dicho certificado u obtener una prueba diagnóstica negativa cada tres días.

¿Resulta posible entonces que acabare consintiendo que le suministren un tratamiento preventivo voluntario solo para no ser discriminado? En el momento en el que para realizar actos cotidianos se exige un certificado que principalmente se otorga tras la vacunación completa, no puede negarse la posibilidad.

En tal supuesto, ¿estaría ese ciudadano otorgando su consentimiento libre y voluntariamente? En definitiva, ¿estaría eligiendo si vacunarse o no hacerlo con una libertad real? En mi opinión, no.

Lamentablemente, parece ser que la postura institucional del gobierno estatal y algunos autonómicos se resume en la siguiente frase: *ciudadano, no puedo obligarte a que te vacunes, pero si quieres ser plenamente libre, vacúnate*.

En este contexto, también resulta cuestionable la exigencia alternativa a la vacunación de obtener un resultado negativo en una prue-

ba diagnóstica realizada en las 72 horas inmediatamente anteriores a la actividad restringida.

¿No estar vacunado implica estar infectado? Por supuesto que no.

¿Y estar vacunado impide contagiarse y transmitir el virus? La evidencia científica permite afirmar que no[1]. Existen personas con la pauta completa que se han infectado y desarrollado síntomas o, peor aún en lo que al control de la transmisión se refiere por la imposibilidad de contabilizarlas, padecen la infección de forma asintomática.

¿Son las diferentes pruebas diagnósticas igual de efectivas y fiables? Tampoco[2]. Se admite el resultado negativo en un test de antígenos. Sin embargo, estos test pueden dar falsos negativos en personas asintomáticas.

¿Y están sufragadas por la Administración en todos los ámbitos en los que esta las exige? No. De hecho, algunos medios se han hecho eco de la mayor demanda de estas pruebas en clínicas privadas antes del fin de semana, un puente o tras estos[3]. Consecuentemente, ¿podría afirmarse que esta exigencia vincula el ejercicio de la plena libertad con la capacidad económica del ciudadano? De nuevo la respuesta resulta evidente. Sí. Solo los ciudadanos no vacunados que se lo puedan permitir económicamente podrán hacerse tantas pruebas diagnósticas como les sean requeridas en su día a día.

---

[1] "Las vacunas COVID-19 protegen a las personas de contraer infecciones y enfermedades graves, y reducen significativamente la probabilidad de hospitalización y muerte", "para las personas que están vacunadas y aún así se infectan (es decir, infecciones progresivas), existe riesgo de transmisión a otras personas". En este sentido, el artículo del Centers for Disease Control and Prevention (CDC), "Possibility of COVID-19 illness after vaccination", del 23 de agosto de 2021.

Riesgo de infección y transmisión que aumenta ante las variantes del virus SARS-CoV-2, EZGI HACISULEYMAN, PH.D. et al., "Vaccine Breakthrough Infections with SARS-CoV-2 Variants", *The New England Journal of Medicine*, 2021.

[2] "La adopción de una estrategia de detección basada en RAT en pacientes sin síntomas de COVID-19 podría pasar por alto un número significativo de portadores asintomáticos del SARS-CoV-2. Esto aumenta el riesgo de transmisión nosocomial de pacientes con resultados falsos negativos de RAT. Además, los resultados falsos positivos de RAT probablemente aumentan el riesgo de COVID-19 adquirido en el hospital, si el paciente está en cohorte con pacientes con RT-PCR positivo para SARS-CoV-2". CARUANA G., et al., "The dark side of SARS-CoV-2 rapid antigen testing: screening asymptomatic patients", *New Microbes and New Infections*, Elsevier, Vol. 42, 2021.

[3] LAHOZ A., et al., "El repunte de los contagios en Aragón dispara las PCR en las clínicas privadas", *el Periódico de Aragón*. Disponible en: https://www.elperiodicodearagon.com/aragon/2021/07/10/repunte-contagios-aragon-dispara-pcr-54866203.html (consulta: 11 de septiembre de 2021).

En este trabajo reflexiono sobre los interrogantes que suscita el efecto coactivo del Certificado COVID para tratar de discernir si el consentimiento informado a la vacuna frente a la COVID-19 se está otorgando realmente de forma libre y voluntaria.

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO LIBRE Y VOLUNTARIAMENTE OTORGADO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El consentimiento informado se define en nuestro ordenamiento[4] como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. Se rige por los siguientes principios básicos[5]:

- Se exige, con carácter general y previo, para toda actuación en el ámbito de la sanidad una vez que el paciente haya recibido la información adecuada.
- El paciente tiene derecho a decidir entre las opciones clínicas disponibles.
- El paciente tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

Una de las garantías del derecho de autodeterminación del paciente[6] es la exigencia de que este otorgue su consentimiento de forma libre y voluntaria tras ser informado y valorar las opciones propias del caso[7].

---

[4] Definición legal del consentimiento informado contenida en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, tiene carácter de legislación básica (disposición adicional primera), de conformidad con los artículos 149.1.1.ª y 16.ª de la Constitución española. Estos clasifican como competencia exclusiva del Estado las materias de (i) regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; y (ii) sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, y legislación sobre productos farmacéuticos.

[5] Principios básicos contenidos en el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

[6] El derecho de autodeterminación tiene por objeto el propio sustrato corporal, distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9).

[7] Artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Su emisión libre y voluntaria es manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 de nuestra Carta Magna, tal y como dictaminó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, aunque dicho artículo no lo mencione expresamente[8].

Cualquier actuación que afecte a la integridad personal, constitucionalmente protegida, ha de ser consentida —libre y voluntariamente— por el titular del derecho o encontrarse constitucionalmente justificada si se realiza en contra de la voluntad del paciente —supuestos de asistencia médica coactiva—[9].

El mismo sentido siguen los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España y los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ambos aplicables como elementos hermenéuticos en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas por lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución:

- El Convenio de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997 en Oviedo[10].
- La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en Niza[11], a la que se le atribuyó el mismo valor jurídico que los Tratados[12].

---

[8] "El artículo 15 de la Constitución no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral" (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4).

[9] "El derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos señalado, tenga una justificación constitucional" (SSTC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6).

[10] "Una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento…" (artículo 5 del Convenio).

[11] "Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley" (artículo 3.2 de la Carta).

[12] "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual ten-

- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 16 de diciembre de 1997, caso Raninen c. Finlandia, y de 24 de febrero de 1998, caso Botta c. Italia, subsumió la protección de la integridad física y moral en la noción de vida privada[13]. Asimismo, dictaminó que la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente adulto y mentalmente sano supone un ataque a su integridad física que pone en cuestión la protección de la vida privada. Y es que este tiene derecho a decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (Sentencia de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido).

Sin embargo, la mayoría de los trabajos doctrinales[14] y pronunciamientos judiciales versan sobre la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral cuando no concurre un consentimiento válido a causa de un defecto de información.

En esta pandemia los pacientes llamados a vacunarse, es decir, toda la población mayor de 12 años hasta el momento, en lugar de una falta de información han padecido un exceso de esta de tal magnitud que llega a causar confusión. Como ejemplo, solo en la National Library of Medicine del National Center for Biotechnology Information se obtienen más de 9000 resultados en la búsqueda "covid-19 vaccine"[15].

El objeto de este estudio se centra precisamente en determinar si en las circunstancias concurrentes existen las condiciones necesarias para que se pueda otorgar un consentimiento informado de manera libre y voluntaria. Y más concretamente, precisar si el certificado COVID tal y como está siendo configurado por las autoridades públicas

drá el mismo valor jurídico que los Tratados" (artículo 6.1 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007).

[13] "Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, su domicilio y de su correspondencia. 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 protección de la salud… o la protección de los derechos y las libertades de los demás" (artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos).

[14] V. gr., SANCHO GARGALLO, I., "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, núm. 209, 2004; o MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, A., "Responsabilidad médica. Exigencias del consentimiento informado en la medicina voluntaria. Consentimiento defectuoso. Casuística. Dolo desproporcionado", *Práctica de derecho daños, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Wolters Kluwer, núm. 131, 2017.

[15] Búsqueda "covid-19 vaccine" realizada en https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov el 5 de septiembre de 2021.

coadyuva al establecimiento de un clima intimidante que condiciona al ciudadano en una elección —la de inyectarse o no la vacuna contra la COVID-19— que debe ser plenamente libre y voluntaria.

III. LA INSTAURACIÓN DEL CERTIFICADO COVID EN ESPAÑA

El Certificado COVID de la Unión Europea se instaura mediante el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. Este admite la interoperabilidad entre el certificado de vacunación, el de prueba diagnóstica y el de recuperación[16].

Esta disposición europea fue el pistoletazo de salida para que las comunidades autónomas españolas comenzaran a aprobar normas restrictivas de derechos, algunos fundamentales, empleando dicho certificado para dotarlas de efectividad.

Canarias aprobó el 23 de julio una resolución[17] que proponía para las zonas en nivel de alerta 3 y 4 el control del acceso al interior de espacios del sector de la hostelería y la restauración mediante el certificado de vacunación completa[18], prueba diagnóstica negativa en las últimas 72 horas o infección pasada.

Cantabria ordenó el 11 de mayo tener en cuenta el estado vacunal de los usuarios y trabajadores en diferentes espacios públicos y privados en zonas de nivel de alerta 3 y 4[19]. Posteriormente, el 3 de agosto

[16] Artículo 3 del Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021.

[17] Resolución de 23 de julio de 2021, por la que se dispone la publicación del Acuerdo por el que se aprueba la actualización de las medidas de prevención establecidas mediante Acuerdo del Gobierno de 19 de junio de 2020, para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la Fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, finalizada la vigencia de las medidas propias del estado de alarma. Boletín Oficial de Canarias número 152, de 26 de julio de 2021.

[18] Establece una similitud entre vacunados con pauta completa e inmunizados, cuando la evidencia científica está demostrando que estar vacunado con pauta completa no impide infectarse, vid. loc. cit. supra (1).

[19] Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Boletín Oficial de Cantabria Extraordinario número 34, de 11 de mayo de 2021.

reclasificó sus municipios según el nivel de alerta[20] haciendo operativa la orden de la primera resolución en las zonas declaradas de nivel 3 y 4 en la segunda.

Andalucía aprobó el 5 de agosto una orden que exigía para acceder al interior de los establecimientos de esparcimiento y hostelería con música la posesión del certificado COVID digital de la Unión Europea en vigor o acreditación de una prueba diagnóstica negativa realizada en las últimas 72 horas[21].

Galicia también estableció la exigencia para el consumo en el interior de locales de hostelería y restauración de la presentación de un certificado que acredite la vacunación con pauta completa, una prueba diagnóstica negativa en las últimas 72 horas anteriores o la recuperación. Así lo hizo mediante la orden del 22 de julio[22].

A la actividad normativa de las comunidades autónomas hay que sumar la informativa de las instituciones públicas y medios de comunicación social. A continuación cito algunos ejemplos de noticias, artículos de opinión y declaraciones institucionales del pasado mes de agosto:

- *"Cantabria impondrá sanciones a los bares que dejen pasar a clientes sin pasaporte COVID"*[23].
- *"Pasaporte COVID: qué es, cómo puedes conseguirlo, trámites. Se trata de un documento necesario para poder viajar este vera-*

[20] Resolución de 3 de agosto de 2021 por la que se aprueba la decimoséptima modificación de la Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Boletín Oficial de Cantabria Extraordinario número 65, de 3 de agosto de 2021.

[21] Orden de 5 de agosto de 2021, de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, por la que se modifica la Orden de 7 de mayo de 2021, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención del COVID-19 finalizado el estado de alarma.

[22] Orden de 22 de julio de 2021 por la que se prorroga y se modifica la Orden de 25 de junio de 2021, por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, y se modifica la Orden de 1 de julio de 2021 por la que se aprueba el Protocolo para la reactivación del ocio nocturno en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

[23] "Cantabria impondrá sanciones a los bares que dejen pasar a clientes sin pasaporte COVID", *Europapress*. Disponible en: https://www.europapress.es/cantabria/noticia-sanidad-vigilara-usa-pasaporte-covid-entrar-bares-sanciones-recaeran-local-20210805124224.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

no. Demuestra si el usuario está vacunado, ha pasado la enfermedad o presenta un test negativo"[24].

- *"Sanidad insiste en que el pasaporte COVID es obligatorio pero no exige a los hosteleros comprobar la identidad del titular. El consejero afirma que los propietarios de locales serán sancionados si hay personas sin pasaporte en el interior pero añade que no es su competencia asegurar que el titular del documento sea el cliente, solo si acceden con él"*[25].
- *"Sanidad vigilará que se usa el pasaporte COVID para entrar en bares, con sanciones que recaerán en el local"*[26].
- *"Andalucía defiende el pasaporte COVID para entrar en cualquier evento y en restaurantes. Marín sostiene que "nos ayudaría a estar más seguros en materia sanitaria" por lo que ha apelado a considerarlo como cuando enseñamos el DNI cuando nos para la Guardia Civil o la Policía"*[27].
- *"Italia impone el pasaporte COVID en las escuelas desde hoy. Será imprescindible para sentarse en un local cerrado y participar en una serie de actividades donde se congreguen numerosas personas"*[28].

---

[24] "Pasaporte COVID: qué es, cómo puedes conseguirlo, trámites…", *Marca*. Disponible en: https://www.marca.com/tiramillas/actualidad/2021/08/05/610bc117ca47410e4e8b467f.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

[25] FERNÁNDEZ RUBIO, J., "Sanidad insiste en que el pasaporte COVID es obligatorio pero no exige a los hosteleros comprobar la identidad del titular", *elDiario.es*. Disponible en: https://www.eldiario.es/cantabria/sanidad-insiste-pasaporte-covid-obligatorio-no-exige-hosteleros-comprobar-identidad-titular_1_8198456.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

[26] "Sanidad vigilará que se usa el pasaporte COVID para entrar en bares, con sanciones que recaerán en el local", *el diario Cantabria*. Disponible en: https://eldiariocantabria.publico.es/articulo/cantabria/sanidad-vigilara-que-usa-pasaporte-covid-entrar-bares-sanciones-que-recaeran-local/20210805125624101734.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

[27] "Andalucía defiende el pasaporte COVID para entrar en cualquier evento y en restaurantes", *Ideal*. Disponible en: https://www.ideal.es/andalucia/andalucia-defiende-pasaporte-covid-evento-restaurantes-20210805160219-nt.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

[28] GÓMEZ FUENTES, A., "Italia impone el pasaporte COVID en las escuelas desde hoy", *ABC*. Disponible en: https://www.abc.es/sociedad/abci-italia-impone-pasaporte-covid-desde-manana-202108051904_noticia.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

- *"La Xunta pide seriedad a la hostelería ante las muestras de rechazo al pasaporte COVID. Feijóo aboga por la vacunación obligatoria del personal sanitario y de las residencias"*[29].
- *"El Constitucional francés avala ampliar el uso obligatorio del pasaporte COVID"*[30].
- *"El certificado COVID se impone en el día a día de 21 países europeos. Con 300 millones expedidos en poco más de un mes, los salvoconductos se convierten en un requisito cotidiano. En Francia y Alemania crecen las protestas entre la población reacia al pinchazo"*[31].
- *"El imprescindible pasaporte COVID. Pronto el porcentaje de vacunados será lo bastante alto como para levantar muchas de las barreras al conjunto de la población, a cambio de incrementarlas a aquellos que continúen negándose a ser vacunados"*[32].
- *"Francia obliga a tener el certificado COVID a todos los empleados en contacto con público. Esta medida afecta a 1.800.000 trabajadores entre los que se incluyen los empleados de los establecimientos públicos o privados que trabajen de cara a los clientes"*[33].
- *"La vacuna obligatoria dejará a Grecia sin 10.000 sanitarios. Quedarán suspendidos de empleo y sueldo al rechazar inmunizarse"*[34].

---

[29] PAZOS, P., "La Xunta pide seriedad a la hostelería ante las muestras de rechazo al pasaporte COVID", *ABC*. Disponible en: https://www.abc.es/espana/galicia/abci-coronavirus-galicia-xunta-pide-seriedad-hosteleria-ante-muestras-rechazo-pasaporte-covid-202108052024_noticia.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

[30] "El Constitucional francés avala ampliar el uso obligatorio del pasaporte COVID", *el Periódico Internacional*. Disponible en: https://www.elperiodico.com/es/internacional/20210805/constitucional-frances-avala-obligatorio-pasaporte-11971571 (consulta: 10 de septiembre de 2021).

[31] DE MIGUEL, B., "El certificado COVID se impone en el día a día de 21 países europeos", *El País*. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2021-08-08/el-certificado-covid-se-impone-en-el-el-dia-a-dia-de-21-paises-europeos.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

[32] BRU DE SALA, X., "El imprescindible pasaporte COVID", *el Periódico*. Disponible en: https://www.elperiodico.com/es/opinion/20210810/imprescindible-pasaporte-covid-articulo-xavier-bru-sala-11981031 (consulta: 10 de septiembre de 2021).

[33] "Francia obliga a tener el certificado COVID a todos los empleados en contacto con público", *Antena 3 Noticias*. Disponible en: https://www.antena3.com/noticias/mundo/francia-obliga-tener-certificado-covid-todos-empleados-contacto-publico_20210830612ce257975d6a0001ca6a39.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

[34] "La vacuna obligatoria dejará a Grecia sin 10.000 sanitarios", *La Razón*. Disponible en: https://www.larazon.es/sociedad/20210901/flm52eukhzhjhiuf3ybny6zkda.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

Estos titulares tan solo son una pequeña muestra de la infinidad de publicaciones en la prensa digital nacional durante las primeras semanas de agosto[35], sin tener en consideración las incontables horas que el tema ha ocupado en televisión y en radio durante los últimos meses.

En este contexto, el ciudadano está siendo bombardeado desde todos los frentes con un claro mensaje: *"sin certificado COVID no podrás hacer vida normal"*. Y para obtenerlo dispone de tres opciones, a saber: vacunarse, hacerse una prueba diagnóstica cada 72 horas o padecer y recuperarse de la enfermedad.

¿Puede afirmarse que el ciudadano está otorgando libre y voluntariamente su consentimiento informado a la vacuna contra la COVID-19? En mi opinión, no[36]. De no acceder a ello se verá obligado a padecer incomodidades y restricciones en sus derechos fundamentales, aun estando sano, que el ciudadano que posea dicho certificado no tendrá que sufrir, aun estando infectado.

A este clima de presión es a lo que me refiero con el efecto coactivo del certificado COVID.

IV. LA CAMPAÑA GENERAL, OBLIGATORIA Y "ENCUBIERTA" DE VACUNACIÓN FRENTE A LA COVID-19

¿Puede el efecto coactivo del certificado COVID contribuir a la ejecución de una campaña general, obligatoria y "encubierta" de vacunación? ¿Por qué utilizo el término "encubierta"?

En España rige el principio de libre autodeterminación en materia de tratamientos médicos, entre los que se incluye la vacuna contra la COVID-19. Legalmente, no hay nada que nos indique una obligación de vacunación[37].

[35] Basta con escribir en el buscador web "certificado COVID" y consultar los resultados de la búsqueda para comprobar la afirmación.

[36] Esta afirmación podría ratificarse o refutarse mediante una investigación en la cual se analicen los resultados obtenidos en una encuesta a una muestra amplia de la población preguntando si la exigencia del certificado COVID para hacer vida normal ha sido un condicionante para vacunarse y obtenerlo de esta forma.

[37] GARCÍA ESTEBAN, N. et al., "Aspectos normativos y sociales en la vacunación", *Derecho y Salud*, Asociación Juristas de la Salud, Vol. 26 E. 1, 2016, pág. 248.

Nuestro Tribunal Supremo criticó en sus sentencias 719/2021[38] y 1103/2021[39] que la ausencia de una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual conlleva que tanto la Administración como las Salas de lo Contencioso-Administrativo tengan que enfrentarse a dificultades jurídicas considerables.

Desde el pasado 11 de marzo de 2020 hasta la actualidad, ni el Ejecutivo ni el Legislativo han tenido a bien consensuar e impulsar la iniciativa legislativa oportuna que contuviera el marco legal adecuado para ejecutar medidas restrictivas, cuando no suspensivas, de derechos fundamentales.

Sin embargo, implantar un certificado COVID y exigirlo para hacer vida normal, cuando su obtención conlleva vacunarse, pagar y obtener un resultado negativo en una incómoda prueba diagnóstica cada 72 horas o padecer y recuperarse de la enfermedad, prácticamente empuja al ciudadano a optar por la primera de las opciones.

Así las cosas, cohonestando el apartado anterior con el presente, el mensaje institucional dirigido al ciudadano evoluciona a un: *"no podemos obligarte a que te vacunes, pero si quieres ser libre, vacúnate"*.

Algunos autores defienden que nuestro ordenamiento admite la posibilidad de establecer una vacunación obligatoria frente a la COVID-19 desde el punto de vista de la protección de la salud pública colectiva[40]. Para ello, construyen su argumentario sobre los siguientes cinco pilares:

- La obligatoriedad de la vacunación frente a la viruela aprobada en la Ley 22/1989, de 24 de abril, de modificación de la Base IV

[38] "Sin ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica" (STS 719/2021, de 24 de mayo, FJ 4).

[39] "Las dificultades jurídicas serían mucho menores, tanto para la Administración como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y limites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual. Pero el hecho es que tal regulación articulada no existe y, por tanto, el interrogante es hasta qué punto el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 es suficiente" (STS 1103/2021, de 18 de agosto, FJ 5).

[40] El derecho a la protección de la salud pública del art. 43 CE admite una doble dimensión, individual y colectiva. Desde la segunda, la vacunación obligatoria contra la COVID-19 devendría un deber constitucionalmente exigible a los poderes públicos. En este sentido, TOLOSA TRIBIÑO, C., "Problemas legales de la vacunación en España", *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, N.º 9784, 2021, pág. 2.

de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944.

- La posibilidad que admite la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, al tratarse de una epidemia declarada[41] y encuadrar la vacunación coercitiva dentro de las medidas para la lucha contra enfermedades infecciosas[42].
- El deber de las autoridades sanitarias de adoptar las medidas preventivas sanitariamente justificadas ante la existencia, o sospecha razonable de existencia, de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, prevista en la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad[43].
- La autorización a las autoridades sanitarias de restringir derechos fundamentales en situaciones epidémicas graves, contenida en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública[44].
- La dispensa de la exigencia a los facultativos de recabar el consentimiento informado del paciente en supuestos de riesgo para la salud pública a causas de razones sanitarias establecidas por la Ley, prevista en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica[45].

---

[41] "El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad… Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves" (art. 4 LO 4/1981, de 1 de junio).

[42] "…La Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas…" (art. 12 LO 4/1981, de 1 de junio).

[43] "En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas" (art. 26 LO 14/1986, de 25 de abril).

[44] La restricción de los derechos fundamentales puede encuadrarse dentro de las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible del art. 3 LO 3/1986, de 14 de abril. Al respecto, TOLOSA TRIBIÑO, C., "Problemas legales de la vacunación en España", *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, N.º 9784, 2021, págs. 5-6.

[45] "Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimien-

Respecto al primero de los argumentos, la Ley exige que toda eventual vacunación obligatoria sea con medios de reconocida eficacia, total o parcial, y que no constituyan peligro alguno[46]. La evidencia científica ha demostrado que esta enfermedad no afecta a todos por igual. Es más, cuanto menor sean la edad y la presencia de factores de riesgo, mayor será la probabilidad de padecerla con síntomas leves o incluso de forma asintomática[47]. Igualmente, también consta científicamente que las vacunas pueden provocar efectos adversos, siendo algunos graves, e incluso la muerte[48].

El segundo de los fundamentos merece, en mi opinión, una crítica contundente por falaz. Si el consentimiento informado hace posible el derecho fundamental a la integridad física y moral, no puede admitirse de modo alguno la suspensión de tal derecho mediante una vacunación obligatoria habilitada a través de la declaración de un estado de alarma. Más aún cuando el efecto resultaría irreversible, es decir, una vez inyectada la vacuna no hay forma de volver a la situación anterior. En este sentido ha dictaminado recientemente nuestro Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad parcial del

---

to… cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley" (art. 9.2 Ley 412002, de 14 de noviembre).

[46] "Las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias" (art. único Ley 22/1989, de 24 de abril).

[47] Según datos oficiales, los ingresados en UCI menores de 50 años de edad apenas superaron los 500 casos en cada uno de los seis periodos en los que han dividido la pandemia hasta el presente. En cuanto a los fallecidos, solo llegan a aparecer en el gráfico los situados en la franja de edad 40-49 años. Por debajo de los 40 años no suponen un porcentaje representativo. En ambas estadísticas, ingresados en UCI y fallecidos, se aprecia una tendencia a la baja según avanzamos en el tiempo, a pesar de que la modificación de los valores del eje de las abscisas entre gráficos pueda dar la apariencia contraria. ESPAÑA, MINISTERIO DE SANIDAD, "Información científico-técnica. Parámetros epidemiológicos. Actualización, 10 de agosto de 2021", págs. 9-10. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/20210810_EPIDEMIOLOGIA.pdf (consulta: 12 de septiembre de 2021).

[48] V. gr. "La trombocitopenia y trombosis inmunitaria inducida por vacuna (VITT) es un nuevo síndrome asociado con la vacuna vector adenoviral ChAdOx1 nCoV-19 contra el síndrome respiratorio agudo severo coronavirus 2… Entre los 294 pacientes que fueron evaluados, identificamos 170 casos definitivos y 50 probables de VITT. Todos los pacientes habían recibido la primera dosis de la vacuna ChAdOx1 nCoV-19 y se presentaron de 5 a 48 días (mediana, 14) después de la vacunación" SUE PAVORD, FRCPATH., et al., "Clinical Features of Vaccine-Induced Immune Thrombocytopenia and Thrombosis", *The New England Journal of Medicine*, 2021.

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y los sucesivos de prórroga[49].

Es más, aunque se pretendiere habilitar una vacunación coactiva mediante la excepción, el derecho fundamental a la integridad física y moral no se encuentra entre los que el artículo 55.1 de nuestra Carta Magna permite suspender mediante la declaración de un estado de excepción o de sitio[50]. Dicha vacunación obligatoria, en cuanto supone la suspensión del derecho a la integridad física y moral, debería ser legitimada mediante una ley orgánica ad hoc[51].

Los tres últimos argumentos pretenden justificar la habilitación de los gobiernos estatal y autonómicos para establecer una vacunación obligatoria como medida sanitaria necesaria y justificada ante una situación epidémica grave, sin que sea preciso recabar previamente el consentimiento informado de los ciudadanos.

Además, considerando que la sanidad es una materia delegada a las comunidades autónomas, cabría la posibilidad de que coexistan dieciocho sistemas coercitivos de vacunación distintos en el territorio nacional[52]. Podríamos presenciar cómo el ciudadano se ve privado de su derecho a la integridad física y moral con distinta intensidad según dónde resida, conculcándose también su derecho fundamental a la igualdad.

De nuevo, cobra fuerza la conclusión de que una vacunación obligatoria solo podría habilitarse mediante una ley orgánica.

Para finalizar, doy respuesta a la pregunta que planteaba al comienzo de este epígrafe: ¿por qué utilizo el término "encubierta"?

---

[49] El estado de alarma no permite suspender derechos fundamentales en virtud del art. 55.1 CE a sensu contrario. La grave perturbación del orden público constitucional que ha supuesto la pandemia por la COVID-19 habilitaba perfectamente la declaración de un estado de excepción legitimando, con ello, aquellas medidas que implicaran una limitación radical o extrema de derechos fundamentales. Lo que no permite nuestra Constitución es convertir el estado de alarma en un sucedáneo de la excepción, pero eludiendo los requisitos de esta última (STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 11).

[50] El derecho a la integridad física y moral se consagra en el art. 15 CE, mientras que los derechos que la Constitución admite que sean suspendidos mediante la declaración del estado de excepción o de sitio son los contenidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2 (art. 55.1 CE).

[51] Al tratarse de un derecho fundamental, su desarrollo es objeto de la reserva de ley orgánica del art. 81 CE.

[52] Uno por cada comunidad autónoma y otro correspondiente a las ciudades autónomas.

Porque de un modo similar a lo acontecido con la suspensión de derechos fundamentales mediante la declaración del estado de alarma, mutatis mutandis, y en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, se está otorgando fuerza normativa directa a lo fáctico[53]. Si lo que se pretende es una vacunación obligatoria porque desde el punto de vista sanitario resulta necesaria y justificada lo que nuestro ordenamiento exige, en lugar de presionar al ciudadano para conseguir dicho resultado, es su habilitación mediante una ley orgánica.

¿Acaso no podemos esperar de nuestros representantes públicos que se reúnan tantas veces como fueren necesarias hasta alcanzar la aquiescencia requerida para articular de forma consensuada medidas excepcionales ante una situación excepcional?

A la crítica del Tribunal Supremo sobre la inexistencia de una ley orgánica que desarrolle la afección de los derechos fundamentales durante la pandemia por la COVID-19, a la más sutil del Tribunal Constitucional[54], y a la de otras instituciones[55], añado la que todo jurista, en mi opinión, debería compartir.

¿Cómo podríamos aceptar la imposición de un sistema coercitivo de vacunación basado en la urgencia y la necesidad que no se articule garantizando nuestros derechos fundamentales, si durante el mismo periodo de urgencia y necesidad nuestros representantes públicos se dedican a debatir sobre cuestiones menos trascendentales? Sirva de mero ejemplo el tiempo empleado en debatir sobre la oportunidad de sustituir el término "patria" por el de "matria"[56]

---

[53] STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 11.

[54] "Solo el legislador democrático puede adoptar tales reformas normativas" (STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 11).

[55] V. gr., la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria en su "Posicionamiento solicitando una regulación específica de carácter orgánico que permita afrontar situaciones de crisis sanitaria":

[h]ttps://sespas.es/2021/05/11/posicionamiento-sespas-solicitando-una-regulacion-especifica-de-caracter-organico-que-permita-afrontar-situaciones-de-crisis-sanitaria/

[o] el Consejo de Estado, en su "Dictamen sobre el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia":

[h]ttps://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-213

[56] Tras las declaraciones de la Vicepresidenta segunda del Gobierno y Ministra de Trabajo y Economía Social del pasado 17 de julio (https://www.rtve.es/noticias/20210717/yolanda-diaz-tendencia-redes-tras-pedir-abandonar-concepto-patria-matria/2132121.shtml), podemos ver v. gr. diferentes réplicas en los diarios de sesiones del Congreso de los Diputados números 117, 118, 153, 177, y 183.

V. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES ESGRIMIDAS EN FAVOR DE UNA VACUNACIÓN OBLIGATORIA FRENTE A LA COVID NO RESULTAN APLICABLES

El sector de la doctrina que defiende la adecuación a nuestro ordenamiento de una eventual campaña obligatoria de vacunación contra la COVID-19 se apoya en diversos pronunciamientos judiciales en esta materia.

La más conocida es la resolución granadina[57] por la que se autorizó la vacunación forzosa de 35 niños, cuyos progenitores se negaron a que sus hijos recibieran la vacuna triple vírica, a causa del brote de sarampión que se produjo en el barrio donde residían e iban al colegio. Resolución que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía[58].

Otra de las resoluciones empleadas es el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra[59] por el que se autorizó la vacunación del menor ante el desacuerdo al respecto de sus progenitores, atendiendo al interés superior del menor y los beneficios de la inmunización desde el punto de vista médico.

Emplear estas resoluciones dictadas para casos concretos con el objeto de legitimar una campaña general y obligatoria de vacunación contra la COVID-19 resulta, en mi opinión, una artimaña dialéctica. Las razones esgrimidas para autorizar judicialmente aquellas medidas forzosas fueron (i) que la epidemia solo se controlaría si se vacunaba a la práctica totalidad de los niños susceptibles al sarampión, (ii) que el sarampión es una enfermedad vírica aguda muy contagiosa, (iii) que la medida preventiva más eficaz es la vacuna antisarampionosa, (iv) que los efectos adversos de la vacuna son conocidos y prácticamente residuales, (v) que primaba el interés superior del menor, y (vi) los beneficios de la inmunización mediante la vacuna frente a la ausencia de efectos adversos conocidos.

La evidencia científica sobre la vacuna contra la COVID-19 acredita su efectividad para no desarrollar cuadros clínicos graves si se contrae la enfermedad. Pero no así sobre la inmunización[60].

---

[57] AJCA 362/2010, de 24 de noviembre.

[58] STSJ de Andalucía 2393/2013, de 22 de julio.

[59] AAP de Pontevedra 125/2019, de 22 de julio.

[60] De hecho, las variantes del virus delta o mu parecen tener potencial para superar la inmunidad de las vacunas o la natural adquirida tras haber superado la enfermedad, v.gr. MISHRA, S., "La nueva variante mu del coronavirus: cómo de preocupados están los científicos", *National Geographic*. Disponible en: https://www.

En cuanto a los efectos adversos de la vacuna contra la COVID-19 cabe decir que no ha transcurrido el tiempo suficiente para tener un conocimiento completo de la materia. Muestra de ello es el sistema de notificación de acontecimientos adversos con las vacunas frente a la COVID-19 habilitado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad)[61] para seguir recabando información ante los casos ya constatados.

Tampoco puede afirmarse que los beneficios de la vacunación frente a la COVID-19 sean iguales para todos, pues la enfermedad no afecta a todos por igual[62].

Así pues, los motivos para no prestar el consentimiento informado a la vacunación contra la COVID-19 pueden ser muy variopintos: miedo irracional, convicción anti vacuna, prudencia, decisión basada en la relación riesgo-beneficio, pura probabilidad, falta de confianza… Decisión legítima en cualquier caso, que solo podría superarse mediante previa y preceptiva autorización judicial concedida atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, tal y como ha sucedido en Santiago de Compostela[63] y en Sevilla[64], y cumpliendo los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional[65].

En mi opinión, una eventual campaña general de vacunación obligatoria frente a la COVID-19 no tiene cabida conforme a nuestro ordenamiento jurídico vigente, más aún cuando supondría suspender

---

nationalgeographic.es/ciencia/2021/09/la-nueva-variante-mu-del-coronavirus-como-de-preocupados-estan-los-cientificos (consulta: 11 de septiembre de 2021).

[61] "¿Qué es un acontecimiento adverso tras la vacunación? Es cualquier problema de salud que ocurre después de la vacunación sin que necesariamente tenga que estar ocasionado por la vacuna. Estos acontecimientos adversos tras la vacunación pueden ser:

— Coincidentes (también hubieran ocurrido si no se hubiera recibido la vacuna).

— Relacionados con el acto de vacunarse (por ejemplo, cuadros de ansiedad o problemas debidos a errores en la preparación o administración).

— Relacionados con la vacuna (por ejemplo, la aparición de fiebre).

— Relacionados con algún defecto de calidad de la vacuna.

Todos estos acontecimientos se analizan y, cuando se tiene seguridad de que pueden ser debidos a la vacuna, se incluyen en su ficha técnica y prospecto". Información obtenida de la Guía para la notificación de acontecimientos adversos con las vacunas frente a la COVID-19, de la AEMPS del Ministerio de Sanidad. Disponible en: https://www.aemps.gob.es/informa/notasinformativas/medicamentosusohumano-3/seguridad-1/2020-seguridad-1/vigilancia-de-la-seguridad-de-las-vacunas-frente-a-la-covid-19/ (consulta: 11 de septiembre de 2021).

[62] Vid. loc. cit. supra (47).

[63] AJPI de Santiago de Compostela 55/2021, de 19 de enero.

[64] AJPI de Sevilla 47/2021, de 15 de enero.

[65] El fin constitucionalmente legítimo, el respeto del principio de legalidad, el acuerdo judicial y la proporcionalidad de la medida.

de facto e irreversiblemente el derecho fundamental a la integridad física y moral de todo aquel ciudadano que no la consentiría libre y voluntariamente. Ni siquiera siendo ratificada por los Tribunales Superiores de Justicia.

VI. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES

¿Qué sentido tiene prohibir el acceso a espacios públicos o privados a quienes no muestren el certificado COVID? Ninguno. Y es que estar vacunado o haber obtenido un resultado negativo en una prueba diagnóstica en las últimas 72 horas no impide ni infectarse ni transmitir el virus si se está contagiado[66].

Existe una falsa sensación de que el certificado COVID da carta de inmunidad a sus portadores[67]. Tanto es así que se insta a las personas vacunadas a no bajar la guardia y mantener las medidas de prevención[68].

Mientras que, al mismo tiempo, a quienes han decidido legítimamente no vacunarse o simplemente aún no han tenido acceso a la vacunación se les está estigmatizando como infectados, aunque no lo estén. ¿Acaso no estar vacunado significa estar infectado? No. Entonces, ¿por qué a estas personas se les está dando semejante trato discriminatorio? Resulta inexplicable ¿Dónde ha quedado la cordura? Al parecer en unos Tribunales Superiores de Justicia y un Tribunal Supremo que, a golpe de resolución, están impartiendo píldoras de un sentido común y de justicia que tanto el Ejecutivo central como los autonómicos parecen haber perdido.

Pero durante el tiempo que transcurre entre la orden o resolución que implanta la medida y la resolución judicial que la refuta, miles de ciudadanos se han vacunado. ¿Cómo puede el ciudadano que consintió ser vacunado por temor a unas medidas restrictivas que finalmen-

---

[66] En este sentido, la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria en su "Posicionamiento sobre la implantación en la Unión Europea de un pasaporte europeo de vacunación":
[h]ttps://sespas.es/2021/03/17/posicionamiento-sespas-sobre-la-implantacion-en-la-union-europea-de-un-pasaporte-europeo-de-vacunacion/

[67] ARENAS RAMIRO, M., "Pasaporte COVID. ¿libertad de circulación de forma segura o discriminación y privacidad en juego?", *La Ley privacidad*, Wolters Kluwer, núm. 8, 2021, pág. 4.

[68] En este sentido, la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria en su "Posicionamiento sobre las vacunas contra la COVID-19":
[h]ttps://sespas.es/2021/04/22/posicionamiento-sespas-sobre-las-vacunas-contra-la-covid-19/

te no están siendo ratificadas por los Tribunales revertir la situación? Sencillamente, no puede.

Se le atribuye a Séneca la frase "nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía".

A. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias

El de 29 de julio, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias suspendió cautelarmente mediante Auto[69] varias de las medidas adoptadas por el gobierno autonómico canario en su resolución de 23 de julio de 2021 al apreciar una posible lesión de derechos fundamentales.

Dicha suspensión comprendía la de la exigencia de certificado de vacunación completa COVID o prueba diagnóstica negativa para el acceso al interior de espacios públicos y privados (bares, restaurantes, hoteles, gimnasios, cines, teatros, auditorios, espacios culturales…).

Entendió el TSJ que los hosteleros al exigir dicho certificado se convertían en una especie de controladores de la salud pública invadiendo, por ello, el derecho constitucional a la intimidad personal.

El 18 de agosto ratificó mediante otro Auto la suspensión cautelar realizada.

B. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

El 6 de agosto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Justicia de Cantabria suspendió cautelarmente[70] la Resolución de 3 de agosto de 2021, por la que se aprueba la decimoséptima modificación de la resolución de 11 de mayo de 2021 por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

---

[69] Así se hace constar en la comunicación del Poder Judicial "El TSJ de Canarias suspende la obligación de presentar certificado COVID en bares, hoteles y espacios culturales":

[h]ttps://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/Noticias-Judiciales-TSJ-Canarias/El-TSJ-de-Canarias-suspende-la-obligacion-de-presentar-certificado-covid-en-bares--hoteles-y-espacios-culturales

[70] ATSJ de Cantabria 130/2021, de 6 de agosto.

Esta resolución efectuaba una nueva clasificación de municipios según el nivel de alerta que, a su vez, conllevaba la exigencia del certificado COVID para el acceso a centros, servicios y establecimientos sociales públicos y privados en aquellos municipios con un nivel de alerta 3 y 4. La resolución de 11 de mayo de 2021 así lo estipula en su artículo 76 al afirmar "teniendo en cuenta el estado vacunal de los usuarios".

C. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

El pasado 6 de agosto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, denegó mediante Auto[71] la ratificación judicial de la limitación del acceso al interior de los establecimientos de hostelería solo a aquellas personas que poseyeran el certificado COVID o una prueba diagnóstica negativa realizada en las últimas 72 horas, establecida en la Orden de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía de 5 de agosto de 2021.

Según el Tribunal, esta medida puede afectar a derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal o al derecho a no ser discriminado. Tales restricciones no son idóneas, necesarias ni proporcionadas para la consecución del fin pretendido: la protección de la vida, salud e integridad física. Pues lejos de evitar contagios en el interior de los locales de ocio puede posibilitarlos. En palabras del Tribunal *"la vacunación protege eficazmente frente a la enfermedad grave, pero no garantiza de forma absoluta que no se pueda contraer la misma ni ser vehículo transmisor"*.

Respecto al primero de los derechos afectados recalca el carácter sensible de los datos relacionados con la salud según la normativa europea.

En cuanto al segundo centra el foco sobre el trato diferenciado a vacunados y no vacunados en un contexto de vacunación voluntaria en España.

Si las personas vacunadas pueden infectarse y ser transmisores del virus, resulta incomprensible cómo la medida evitará el contagio de quienes accedan al recinto acreditando estar vacunado o haberse realizado una prueba diagnóstica negativa en los tres días inmediatamente anteriores.

[71] ATSJ de Andalucía 405/2021, de 6 de agosto.

Es en este punto donde el Tribunal yerra en mi opinión. Al afirmar que la *"afección al derecho a no ser discriminado no es de gran afección si se atiende a las circunstancias actuales de evolución del estado de vacunación de la población y que aspira en un corto plazo a alcanzar el umbral de la denominada inmunidad de grupo, el sacrificio del principio de igualdad por el trato discriminatorio que se deriva de la exigencia del certificado COVID cuando toda la población no ha tenido acceso a la vacuna en parte o en su totalidad, afecta a un porcentaje de personas muy inferior al que se puede ver beneficiado por la posesión del certificado"*, está obviando a las personas que legítimamente han decidido no vacunarse. ¿Para estos sí estaría justificado el trato discriminatorio al haber tenido acceso a la vacuna? Sin entrar en este debate, lo que sí queda gravemente afectado es el derecho a otorgar el consentimiento informado libre y voluntariamente, es decir, el derecho fundamental a la integridad física y moral.

Por último, criticó que la medida fuere implantada sin un término definido, tratándose de una limitación de derechos fundamentales que, por eso mismo, debe ser puntual.

D. El Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

El 9 de agosto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia denegó[72] la medida cautelar con carácter provisionalísima de suspender[73] la exigencia de presentar el certificado COVID para acceder a establecimientos hosteleros y de ocio nocturno, aprobado por la Xunta en la orden de 22 de julio, por no estar acreditadas ni la urgencia (periculum in mora) ni su irreparabilidad.

Asimismo, acordó que se continuara su tramitación como una pieza ordinaria de medidas cautelares[74].

La Xunta no envió dicha orden para su ratificación judicial. Este hecho motivó que el Tribunal dictara dos Autos[75] el 12 de agosto denegando la medida cautelar de suspensión, que acordó tramitar de forma ordinaria, por carecer de vigencia la orden de 22 de julio. Y es que la autorización judicial es preceptiva según la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[76].

[72] ATSX de Galicia 140/2021, de 6 de agosto.
[73] Art. 135 Ley 29/1998, de 13 de julio.
[74] Arts. 129 y siguientes Ley 29/1998, de 13 de julio.
[75] ASTSX de Galicia 142/2021 y 143/2021, ambos del 12 de agosto.
[76] Art. 10.8 Ley 29/1998, de 13 de julio.

E. El Tribunal Supremo

Contra el Auto de 6 de agosto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la Junta de Andalucía interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo alegando que la doctrina sentada en el Auto podría dañar gravemente los intereses generales.

El Tribunal Supremo dictaminó[77] que la limitación de derechos fundamentales de la Sección 1.ª de la Constitución no requiere en todo caso de cobertura mediante ley orgánica, sino solo cuando implique desarrollo del derecho fundamental de que se trate: ya sea regulación del conjunto del derecho fundamental o de cualquier otra que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales al mismo.

La medida adoptada incide en elementos básicos de derechos fundamentales como la libertad de circulación, la intimidad familiar, el de reunión…Ergo exige una ley orgánica que la legitime.

Reconoció que las dificultades jurídicas serían muchos menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual[78].

El problema radica en la extensión de las medidas sanitarias adoptadas en la lucha contra la pandemia del COVID-19 que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Es precisamente en este punto donde el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, suscita dudas como fundamento normativo o norma de cobertura, que solo será posible si la justificación sustantiva de las medidas sanitarias, a la vista de las circunstancias específicas del caso, están a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate[79].

El artículo anterior está conectado con el artículo 26 de la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por abordar cuestiones semejantes y perseguir la misma finalidad. El primero posibilita adoptar las actuaciones que se consideren sanitariamente justificadas[80] y el

[77] STS 1103/2021, de 18 de agosto de 2021.

[78] Vid. loc. cit. supra (40).

[79] STS 1103/2021, de 18 de agosto de 2021, FJ 5.

[80] "En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las

segundo, ante supuestos de hecho de extraordinaria gravedad y urgencia, permite adoptar medidas no previstas que sean idóneas para hacer frente a la emergencia sanitaria, si también son temporales y proporcionales[81].

Al no establecer la orden la relación de equivalencia entre el certificado COVID y la prueba diagnóstica negativa, ser una medida general, discriminatoria e indefinida en el tiempo, entiende el Tribunal Supremo que no puede ratificarla por no superar el triple test de proporcionalidad: aunque se da la proporcionalidad, no concurren la idoneidad ni la necesidad[82].

VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS

La imposición de una asistencia médica sin recabar el consentimiento informado del paciente, o con un consentimiento viciado por falta o defecto de información, constituiría una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral[83]. Personalmente entiendo que también se lesiona dicho derecho fundamental cuando el vicio del consentimiento consiste en su obtención mediante intimidación[84]. Consistiendo la intimidación en el efecto coactivo del certificado COVID antes expuesto.

---

medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como… y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas" (art. 26 Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril).

[81] "Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley… En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas… Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley… Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó… Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad" (art. 54 Ley 33/2011, de 4 de octubre).

[82] STS 1103/2021, de 18 de agosto de 2021, FJ 6.

[83] SANCHO GARGALLO, I., "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, núm. 209, 2004, pág. 6.

[84] "Será nulo el consentimiento prestado por… intimidación" (art. 1265 Código Civil). "Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes" (art. 1267 Código Civil).

Cabría admitir que el ciudadano que acude a vacunarse está prestando su consentimiento oral tácito[85] en virtud de sus actos propios si no existiera el clima de presión descrito.

Al ser la propia Administración la que está incentivando la vacunación mediante medidas coercitivas cuando exige el certificado COVID para actividades cotidianas, esta no debería poder alegar la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada[86] al haber acudido voluntariamente a vacunarse.

Es más, en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, los poderes públicos están obligados a respetar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, a garantizar la libertad real y efectiva y a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud[87]. Es decir, sobre los poderes públicos recae la obligación de garantizar que todo ciudadano pueda emitir su consentimiento informado libre y voluntariamente. De garantizar el derecho fundamental a la integridad física y moral. Las restricciones por no poseer el certificado COVID provocan el efecto contrario.

Abundan las resoluciones judiciales que vinculan el consentimiento informado viciado a la falta de información[88]. Empero, lo que en este trabajo analizo no es si al ciudadano se le facilitó previamente una información clara y veraz sobre la vacuna frente a la COVID-19, sino si las circunstancias de su entorno han condicionado su decisión hasta el punto de consentir solo por no ser discriminado. ¿Viciaría esto el consentimiento? En mi opinión sí.

¿Cómo determinar quién prestó su consentimiento válidamente y quién bajo la influencia de semejante presión? ¿Cómo determinar qué

---

[85] "El consentimiento será verbal por regla general" (art. 8.2 Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

[86] SANCHO GARGALLO, I., "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, núm. 209, 2004, pág. 15.

[87] "1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" (art. 9 CE).

[88] V. gr. SAP de Barcelona 505/2009, de 14 de octubre, SAP de Barcelona 9/2016, de 18 de enero, o SAP de Alicante 419/2013, de 22 de julio.

consentimientos estarían viciados de nulidad? Sin lugar a dudas, estamos ante una nueva dificultad jurídica derivada de una inexistente ley orgánica que regule la afectación de los derechos fundamentales en situaciones de pandemia como la actual y de una actividad de los poderes públicos que lejos de remover los obstáculos que impiden una libertad plena y real, los crea.

VIII. CONCLUSIONES

Primera. El consentimiento informado libre y voluntariamente otorgado garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral protegido tanto constitucional como internacionalmente. Derecho que debe ser respetado aun cuando pudiera conducir a un resultado de muerte.

Segunda. El ciudadano está siendo bombardeado desde todos los frentes con un claro mensaje: *"sin certificado COVID no podrás hacer vida normal"*.

Si este se obtiene tras vacunarse, obtener un resultado negativo en una prueba diagnóstica realizada en las últimas 72 horas, o tras padecer y recuperarse de la enfermedad; el ciudadano para ser plenamente libre tiene que elegir entre tres opciones: vacunarse, pagar y practicarse una prueba incómoda cada tres días o arriesgarse a padecer la enfermedad para recuperarse, aunque muera en el intento.

De este modo, acaba asumiendo que a pesar de que no le pueden obligar a vacunarse, no ejercitará plenamente sus derechos hasta que se vacune: *"no podemos obligarte a que te vacunes, pero si quieres ser libre, vacúnate"*.

Tercera. El efecto coactivo del certificado COVID se refiere al clima de presión institucional y mediática que el ciudadano está sufriendo con el objeto de condicionarle para que consienta ser vacunado.

Si este no accede a ser vacunado, aun estando sano, tendrá que padecer unas incomodidades y restricciones, cuando no suspensiones, de sus derechos fundamentales, que un ciudadano que posea dicho certificado no tendrá que sufrir, aun estando infectado.

Cuarta. El estado de excepción o el de sitio no legitimarían una campaña general de vacunación obligatoria frente a la COVID-19. Solo podría habilitarse mediante una ley orgánica ad hoc.

El paciente tiene derecho a negarse al tratamiento salvo en los casos determinados en la ley. Y esta ley a día de hoy no existe.

Quinta. Las Cortes Generales representan al pueblo español y ejercen la potestad legislativa del Estado. Nuestros representantes deben abandonar la actitud desidiosa que han evidenciado durante el año y medio que llevamos de pandemia, dejar a un lado los intereses partidistas y emplear todo el potencial de nuestro ordenamiento jurídico para reaccionar ante la pandemia con las máximas garantías de los derechos fundamentales, aunque suponga un mayor esfuerzo e incluso un desgaste político.

No es de recibo que, por no hacerlo, posteriormente estigmaticen a los Jueces cuando dictaminan lo que cabe esperar en aplicación de nuestro Derecho.

Sexta. Los poderes públicos están obligados a respetar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, así como a garantizar la libertad real y efectiva y a remover los obstáculos que la impidan o dificulten.

En cuanto las restricciones por no poseer el certificado COVID provocan el efecto contrario, aquellos no están garantizando la emisión del consentimiento informado en condiciones de libertad y voluntariedad reales y efectivas o, dicho de otro modo, propician la emisión de consentimientos viciados de nulidad. Lo que a su vez conculcaría el derecho fundamental a la integridad física y moral.

Por este motivo, los gobiernos autonómicos deberían abstenerse de promulgar normas restrictivas asociadas a la posesión del certificado COVID en tanto en cuanto no se sancione la ley orgánica ad hoc de cobertura.

Séptima. La complicada tarea de discernir qué consentimientos estarían viciados de nulidad y cuáles no, no es sino otra dificultad jurídica más derivada de la inexistencia de una ley orgánica que regule la afectación de los derechos fundamentales en una situación de crisis como la actual.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ARENAS RAMIRO M., "Pasaporte COVID. ¿libertad de circulación de forma segura o discriminación y privacidad en juego?", *La Ley privacidad*, Wolters Kluwer, núm. 8, 2021.

ANTENA 3 NOTICIAS, "Francia obliga a tener el certificado COVID a todos los empleados en contacto con público", *Antena 3 Noticias*. Disponible en: https://www.antena3.com/noticias/mundo/francia-

obliga-tener-certificado-covid-todos-empleados-contacto-publico_20210830612ce257975d6a0001ca6a39.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

Audiencia Provincial de Alicante, Sentencia 419/2013, de 22 de julio.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 505/2009, de 14 de octubre.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 9/2016, de 18 de enero.

Audiencia Provincial De Pontevedra, Auto 125/2019, de 22 de julio.

Bru de Sala, X., "El imprescindible pasaporte COVID", *el Periódico*. Disponible en: https://www.elperiodico.com/es/opinion/20210810/imprescindible-pasaporte-covid-articulo-xavier-bru-sala-11981031 (consulta: 10 de septiembre de 2021).

Caruana G., et al., "The dark side of SARS-CoV-2 rapid antigen testing: screening asymptomatic patients", *New Microbes and New Infections*, Elsevier, Vol. 42, 2021.

Centers for Disease Control and Prevention (CDC), "Possibility of COVID-19 illness after vaccination". Disponible en: https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/effectiveness/why-measure-effectiveness/breakthrough-cases.html (consulta: 11 de septiembre de 2021).

De Miguel, B., "El certificado COVID se impone en el día a día de 21 países europeos", *El País*. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2021-08-08/el-certificado-covid-se-impone-en-el-el-dia-a-dia-de-21-paises-europeos.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

El Diario de Cantabria, "Sanidad vigilará que se usa el pasaporte COVID para entrar en bares, con sanciones que recaerán en el local", *el diario Cantabria*. Disponible en: https://eldiariocantabria.publico.es/articulo/cantabria/sanidad-vigilara-que-usa-pasaporte-covid-entrar-bares-sanciones-que-recaeran-local/20210805125624101734.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

El Periódico Internacional, "El Constitucional francés avala ampliar el uso obligatorio del pasaporte COVID", *el Periódico Internacional*. Disponible en: https://www.elperiodico.com/es/internacional/20210805/constitucional-frances-avala-obligatorio-pasaporte-11971571 (consulta: 10 de septiembre de 2021).

España, Constitución española de 1978.

ESPAÑA, Ley 22/1989, de 24 de abril, de modificación de la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944.

— Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

— Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

— Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

— Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

— Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

— Orden de 22 de julio de 2021 por la que se prorroga y se modifica la Orden de 25 de junio de 2021, por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, y se modifica la Orden de 1 de julio de 2021 por la que se aprueba el Protocolo para la reactivación del ocio nocturno en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

— Orden de 5 de agosto de 2021, de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, por la que se modifica la Orden de 7 de mayo de 2021, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención del COVID-19 finalizado el estado de alarma.

— Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

— Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Boletín Oficial de Cantabria Extraordinario número 34, de 11 de mayo de 2021.

— Resolución de 23 de julio de 2021, por la que se dispone la publicación del Acuerdo por el que se aprueba la actualización de las medidas de prevención establecidas mediante Acuerdo del Gobierno de 19 de junio de 2020, para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la Fase III del

Plan para la transición hacia una nueva normalidad, finalizada la vigencia de las medidas propias del estado de alarma. Boletín Oficial de Canarias número 152, de 26 de julio de 2021.

España, Resolución de 3 de agosto de 2021 por la que se aprueba la decimoséptima modificación de la Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Boletín Oficial de Cantabria Extraordinario número 65, de 3 de agosto de 2021.

España, Ministerio de Sanidad, "Información científico-técnica. Parámetros epidemiológicos. Actualización, 10 de agosto de 2021". Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/20210810_EPIDEMIOLOGIA.pdf (consulta: 12 de septiembre de 2021).

Europa, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en Niza.

— Convenio de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997 en Oviedo.

— Convenio europeo de los Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 en Roma.

— Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19.

Europapress, "Cantabria impondrá sanciones a los bares que dejen pasar a clientes sin pasaporte COVID", *Europapress*. Disponible en: https://www.europapress.es/cantabria/noticia-sanidad-vigilara-usa-pasaporte-covid-entrar-bares-sanciones-recaeran-local-20210805124224.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

Ezgi Hacisuleyman, PH.D. et al., "Vaccine Breakthrough Infections with SARS-CoV-2 Variants", The New England Journal of Medicine, 2021.

Fernández Rubio, J., "Sanidad insiste en que el pasaporte COVID es obligatorio pero no exige a los hosteleros comprobar la identidad del titular", *elDiario.es*. Disponible en: https://www.eldiario.es/cantabria/sanidad-insiste-pasaporte-covid-obligatorio-no-exige-

hosteleros-comprobar-identidad-titular_1_8198456.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

García Esteban, N. et al., "Aspectos normativos y sociales en la vacunación", *Derecho y Salud*, Asociación Juristas de la Salud, Vol. 26 E. 1, 2016, págs. 247-254.

Gómez Fuentes, A., "Italia impone el pasaporte COVID en las escuelas desde hoy", *ABC*. Disponible en: https://www.abc.es/sociedad/abci-italia-impone-pasaporte-covid-desde-manana-202108051904_noticia.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

Ideal, "Andalucía defiende el pasaporte COVID para entrar en cualquier evento y en restaurantes", *Ideal*. Disponible en: https://www.ideal.es/andalucia/andalucia-defiende-pasaporte-covid-evento-restaurantes-20210805160219-nt.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

Juzgado de lo Contencioso Administrativo 5 de Granada, Auto 362/2010, de 24 de noviembre.

Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela, Auto 55/2021, de 19 de enero.

Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, Auto 47/2021, de 15 de enero.

La Razón, "La vacuna obligatoria dejará a Grecia sin 10.000 sanitarios", *La Razón*. Disponible en: https://www.larazon.es/sociedad/20210901/flm52eukhzhjhiuf3ybny6zkda.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

Lahoz A., et al., "El repunte de los contagios en Aragón dispara las PCR en las clínicas privadas", *el Periódico de Aragón*. Disponible en: https://www.elperiodicodearagon.com/aragon/2021/07/10/repunte-contagios-aragon-dispara-pcr-54866203.html (consulta: 11 de septiembre de 2021).

Marca, "Pasaporte COVID: qué es, cómo puedes conseguirlo, trámites…", *Marca*. Disponible en: https://www.marca.com/tiramillas/actualidad/2021/08/05/610bc117ca47410e4e8b467f.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

Mesa Sánchez de Capuchino, A., "Responsabilidad médica. Exigencias del consentimiento informado en la medicina voluntaria. Consentimiento defectuoso. Casuística. Dolo desproporcionado", *Práctica de derecho daños, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Wolters Kluwer, núm. 131, 2017.

Mishra, S., "La nueva variante mu del coronavirus: cómo de preocupados están los científicos", *National Geographic*. Disponible en: https://www.nationalgeographic.es/ciencia/2021/09/la-nueva-variante-mu-del-coronavirus-como-de-preocupados-estan-los-cientificos (consulta el 11 de septiembre de 2021).

Pazos, P., "La Xunta pide seriedad a la hostelería ante las muestras de rechazo al pasaporte COVID", *ABC*. Disponible en: https://www.abc.es/espana/galicia/abci-coronavirus-galicia-xunta-pide-seriedad-hosteleria-ante-muestras-rechazo-pasaporte-covid-202108052024_noticia.html (consulta: 10 de septiembre de 2021).

Sancho Gargallo, I., "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, núm. 209, 2004.

Sue Pavord, FRCPath., et al., "Clinical Features of Vaccine-Induced Immune Thrombocytopenia and Thrombosis", *The New England Journal of Medicine*, 2021.

Tolosa Tribiño, C., "Problemas legales de la vacunación en España", *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, N.º 9784, 2021.

Tribunal Constitucional, Sentencia 120/1990, de 27 de junio.

Tribunal Constitucional, Sentencia 137/1990, de 19 de julio.

Tribunal Constitucional, Sentencia 148/2021, de 14 de julio.

Tribunal Constitucional, Sentencia 154/2002, de 18 de julio.

Tribunal Constitucional, Sentencia 37/2011, de 18 de marzo.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 16 de diciembre de 1997, caso Raninen c. Finlandia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de febrero de 1998, caso Botta c. Italia.

Tribunal Europeo De Derechos Humanos, Sentencia de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Auto 405/2021, de 6 de agosto.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sentencia 2393/2013, de 22 de julio.

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 130/2021, de 6 de agosto.

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia 1103/2021, de 18 de agosto de 2021.
TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia 719/2021, de 24 de mayo de 2021.

Revista de Derecho UNED, NÚM. 29, 2022

PRIMER ACCÉSIT

COVID 19 Y ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES. EL RETO DE MANTENER EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL EN LAS RELACIONES ARRENDATICIAS EN TIEMPOS DE PANDEMIA.

COVID 19 AND REAL ESTATE LEASE. THE CHALLENGE OF MAINTAINING CONTRACTUAL BALANCE IN LEASE RELATIONSHIPS IN TIMES OF PANDEMIC.

MARÍA INMACULADA LLORENTE SAN SEGUNDO[1]

Profesor Titular de Universidad. Universidad de Zaragoza.

Sumario: *I. Introducción. II. Legislación anticovid en materia de arrendamiento de inmuebles. Las medidas adoptadas por el legislador español. 1. Suspensión con carácter extraordinario y temporal del procedimiento de desahucio y lanzamiento para hogares vulnerables sin alternativa habitacional. b. Prórroga extraordinaria del contrato de arrendamiento. c. Falta de liquidez e imposibilidad de hacer frente al pago de la renta: moratorias, condonaciones e instrumentos de financiación. III. Valoración crítica de la normativa excepcional. 1. Ámbito objetivo y subjetivo: contratos y sujetos excluidos de la legislación extraordinaria. 2. El criterio del legislador para determinar las medidas que pueden solicitar los arrendatarios. a. ¿Qué es un gran tenedor de vivienda en alquiler? b. ¿Qué es un arrendatario en situación de vulnerabilidad? c. La protección de la normativa excepcional no depende en realidad de la situación de la vulnerabilidad del arrendatario sino de las circunstancias del arrendador. La ruptura del equilibrio contractual. IV. La prolongación en el tiempo de la crisis sanitaria, social y económica. V. Alternati-*

[1] Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Grupo de Investigación "De Iure" (s-26-17R), del Gobierno de Aragón, dirigido por el Prof. Dr. D. Juan Francisco Herrero Perezagua.

vas a la normativa excepcional. La necesidad de implantar mecanismos que restablezcan el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en situaciones como la actual. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen: Si existe un contrato exponente del funcionamiento de las relaciones sociales y económicas y de la dificultad de mantener el equilibrio contractual entre las partes contratantes, ese es, sin duda, el contrato de arrendamiento. Por medio de este contrato se proporciona el acceso a la vivienda a una parte de la población (arrendamiento residencial), o el espacio físico necesario para el desarrollo de distintas actividades (arrendamientos para uso distinto de vivienda). La crisis causada por la COVID 19 ha dado lugar a una intensa actividad normativa centrada en el ámbito del arrendamiento de vivienda y de uso distinto a la vivienda, y diseñada especialmente para proteger a determinados sujetos, calificados como vulnerables, de las circunstancias derivadas de la paralización de la actividad económica. No obstante, las dificultades de aplicación de esta normativa, la exclusión de su ámbito de protección de algunos sujetos y, sobre todo, la prolongación de la crisis sanitaria, económica y social han puesto de relieve la necesidad de plantear soluciones que, más allá de despejar la incertidumbre provocada por la pandemia en el mercado de alquiler, establezcan mecanismos que permitan restablecer el equilibrio contractual en situaciones excepcionales como la actual.

Palabras clave: COVID-19; Arrendamientos de vivienda habitual; Arrendamientos para uso distinto del de vivienda; Situación de vulnerabilidad; Autónomos y PYMES

Abstract: If there is a contract that illustrates the functioning of social and economic relations and the difficulty of maintaining the contractual balance between the contracting parties, that is, without a doubt, the lease contract. Through this agreement, access to housing is provided to a part of the population (residential lease), or the physical space necessary for the development of different activities (leases for use other than housing). The crisis caused by COVID 19 has given rise to intense regulatory activity focused on the area of housing rental and non-housing use, and specially designed to protect certain subjects, classified as vulnerable, from the circumstances arising from the stoppage of economic activity. However, the difficulties in applying these regulations, the exclusion of some subjects from their scope of protection and, above all, the prolongation of the health, economic and social crisis have highlighted the need to propose solutions that, beyond clear the uncertainty caused by the pandemic in the rental market, establish mechanisms that will es-

tablish the contractual balance in exceptional situations such as the current one.

Keywords: COVID-19; Residential leases; Commercial leases; State of vulnerability; Self-employed and SMEs; Recepción original: 16/09/2021. Aceptación original: 18/11/2021

I. INTRODUCCIÓN

El mundo cambió cuando la Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 la situación de pandemia internacional provocada por el coronavirus SARS-CoV-2, causante de la enfermedad COVID-19. La parálisis de la actividad económica no esencial, derivada de las restricciones adoptadas en las sucesivas declaraciones de estado de alarma, ha tenido un notable impacto en la capacidad económica de una parte importante de la población: trabajadores por cuenta ajena, profesionales liberales, autónomos y pequeños y medianos empresarios, han visto cómo disminuían drásticamente sus ingresos y su capacidad para hacer frente a sus gastos y necesidades primarias. En este contexto, el legislador español promulgó un conjunto de medidas extraordinarias para hacer frente a esta situación.

No hay ninguna duda sobre la complejidad y dificultad de elaborar una normativa destinada a paliar los efectos de una situación excepcional. Es algo que debe reconocerse abiertamente. Hay que recordar que en aquel momento la sociedad se encontraba dominada por la *incertidumbre* y la *inseguridad* debido al panorama desolador que tanto en el ámbito sanitario (por el elevado número de víctimas y el alto grado de propagación del virus), como en el económico y social (por la ya mencionada paralización casi total de la actividad económica), dejó el paso de la primera ola del COVID 19 tras de sí. Y el virus, como no podía ser de otro modo, impactó también de modo notable en el mundo del Derecho, generando una gran incertidumbre sobre las consecuencias que, en determinadas áreas como el derecho de contratos, podían tener las nuevas circunstancias que enfrentábamos. Esta incertidumbre se plasmó en una intensa actividad científica y en una frenética actividad legislativa en todos los Estados, pues no hay que olvidar que nos encontramos ante un fenómeno global.

Transcurridos ya unos meses desde entonces, todos somos conscientes de que no nos encontramos ante una situación *transitoria* pues la crisis sanitaria y las profundas heridas dejadas por el virus en nuestra economía y en nuestra sociedad, están muy lejos de poder considerarse cerradas.

Es tiempo de revisar y analizar, desde un punto de vista crítico, la normativa con la que el legislador español hizo frente a las consecuencias de la pandemia en el ámbito de uno de los contratos más significativos sobre el estado de las relaciones económicas y sociales en una determinada sociedad: el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles. Tal es el objeto del presente trabajo.

II. LEGISLACIÓN ANTICOVID EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES: LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL

En relación con los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles el legislador español ha adoptado distintas medias en materia de arrendamientos de vivienda (art. 2 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en adelante LAU) y de arrendamiento de uso distinto a la vivienda a los que se refiere el artículo 3 de la LAU.

En cuanto a arrendamientos de vivienda, con el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19* (en adelante, RDL 11/2020) , se aprobó el primer paquete de medidas de ámbito estatal destinadas a paliar los efectos adversos de la crisis en familias y colectivos vulnerables facilitándolas una serie de instrumentos para hacer frente a sus gastos y obligaciones cotidianas, entre los que se encuentra, naturalmente, el pago de la renta arrendaticia de sus viviendas habituales. En lo que respecta a arrendamientos para uso distinto del de vivienda, son dos las normas de ámbito estatal que, con carácter general, contemplan medidas destinadas a proteger a autónomos y pymes que se encuentren en situación de incapacidad financiera para cumplir con su obligación de pago de la renta arrendaticia: el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, *de medias urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo* (en adelante, RDL 15/2020); y el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, *de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria* (en adelante, RDL 35/2020)[2] .

[2] Estas disposiciones, han sido completadas en función de las necesidades existentes por diferentes textos. Entre otras, pueden citarse la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*; el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, *de medidas sociales en defensa del empleo*; y en materia tributaria; el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, *de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en ma-*

El RDL 11/2020 y el RDL 15/2020 se aprobaron en el seno del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, *por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, cuya vigencia finalizó, tras seis prórrogas, el 21 de junio de 2020. El RDL 35/2020, que según su preámbulo supone una "continuación y mejora" de lo previsto en el RDL 15/2020, se ha dictado en el marco del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, *por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*, inicialmente vigente hasta el 9 de noviembre de 2020 y que finalizó, tras haber sido prorrogado, el 9 de mayo de 2021.

Conforme a la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 11/2020, la normativa tiene un triple objetivo: responder a la situación de vulnerabilidad en que incurran los arrendatarios de vivienda habitual como consecuencia de circunstancias sobrevenidas debidas a la crisis sanitaria del COVID-19, mantener el equilibrio que impida que, al resolver la situación de los arrendatarios, se traslade la vulnerabilidad a los pequeños propietarios, y movilizar recursos suficientes para conseguir los objetivos perseguidos y dar respuesta a las situaciones

teria de transportes; y el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, *de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.* Al margen de las citadas normas, también prevén medidas relativas al pago de la renta de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, en el ámbito estatal, tanto el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, *por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica*, que en su artículo 10 regula la posibilidad de que los arrendatarios cuyos arrendadores sean administradores de infraestructuras ferroviarias soliciten a estos una moratoria o reducción de renta, como el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, *de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo*, que permite que arrendatarios de inmuebles destinados a determinadas actividades turísticas puedan instar a sus arrendadores a solicitar la moratoria hipotecaria regulada en esta norma a los efectos de que tales arrendadores (deudores hipotecarios) les trasladen, como moratoria de renta, el 70 % de la moratoria hipotecaria obtenida de las entidades financiadoras; por otro lado, en Cataluña, el Decreto-ley 34/2020, de 20 de octubre, *de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendado*s, permite a los arrendatarios afectados por órdenes de suspensión de actividad o de restricción del aprovechamiento material del inmueble obtener reducciones parciales de renta y otros gastos asumidos bajo el contrato. Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, regula la compensación a que tienen derechos los propietarios como consecuencia de las medidas comprendidas en los artículos 1 y 1 bis del RDL 11/2020, y el Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, *de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo,* y, el RDL 16/2021, de 3 de agosto, *por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.*

de vulnerabilidad. Sus medidas se pueden agrupar en tres grandes apartados según su finalidad.

a. Suspensión con carácter extraordinario y temporal del procedimiento de desahucio y lanzamiento para hogares vulnerables sin alternativa habitacional

Esta medida, modificada posteriormente en tres ocasiones, por el RDL 37/2020 y por el RDL 1/2021, y el RDL 16/2021, permite que hasta el 31 de octubre de 2021, en los juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario o la expiración del plazo de duración de contratos , que pretendan recuperar la posesión de la finca, *la persona arrendataria podrá instar, de conformidad con lo previsto en este artículo, un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento* ante el Juzgado por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva.

Por tanto, los arrendatarios que puedan acreditar la situación de vulnerabilidad —art. 5 y 6 ambos del RDL 11/20— deberán notificarlo en el marco del procedimiento de desahucio para que el Letrado de Administración de *Justicia (en adelante LAJ) dé traslado de dicha acreditación al demandante, quien en el plazo máximo de diez días podrá acreditar ante el Juzgado, por los mismos medios, encontrarse igualmente en la situación de vulnerabilidad económica o en riesgo de situarse en ella, en caso de que se adopte la medida de suspensión del lanzamiento.* Presentados los escritos, el LAJ deberá trasladar inmediatamente a los servicios sociales toda la documentación y solicitará un informe, que deberá ser emitido en el plazo máximo de diez días, en el que se valore la situación de vulnerabilidad del arrendatario y, en su caso, del arrendador, y se identifiquen las medidas a aplicar por la administración competente. Por último, el Juez, a la vista de la documentación y del informe, dictará un auto en el que acordará la suspensión del lanzamiento si se considera acreditada la situación de vulnerabilidad y que no debe prevalecer la vulnerabilidad del arrendador. Si no se acreditara la vulnerabilidad por el arrendatario o si prevalece la situación de vulnerabilidad del arrendador acordará la continuación del procedimiento. Si se *acredita la vulnerabilidad, las Administraciones públicas competentes deberán adoptar las medidas indicadas en el informe de servicios sociales u otras que consideren adecuadas para satisfacer la necesidad habitacional de la persona en situación de vulnerabilidad, antes de la finalización del plazo de suspensión.*

Una vez aplicadas las medidas la Administración debe comunicarlo inmediatamente al Tribunal, y el LAJ deberá dictar en el plazo máximo de tres días un decreto acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento.

Esta medida, si bien ha ido mejorando desde un punto de vista técnico tras las sucesivas modificaciones[3]*, ha generado, no obstante, no poca inseguridad (*la medida de suspensión se ha ido prorrogando en las sucesivas modificaciones el día en que se producía la finalización del periodo previsto en la modificación anterior*), y ha generado críticas en cuanto que hace recaer en todos los arrendadores que no puedan acreditar encontrarse en situación de vulnerabilidad o en riego de situarse en ella* en caso de que se adopte la medida de suspensión del lanzamiento *(no sé dice cómo se debe acreditar esta circunstancia), una carga que no les corresponde y que debería ser asumida por las distintas administraciones.* Por otra parte, a pesar de efectuar una lectura pormenorizada de este precepto todavía quedan interrogantes por resolver como qué sucederá con el pago de las rentas en el tiempo pendiente o si existe la posibilidad de ejercer derechos arrendaticios entretanto (como, por ejemplo, reclamar que se realicen mejoras)[4]. *El legislador parece ser consciente de ello, de ahí la previsión de una compensación, prevista* a favor de los arrendadores por la Disp. Adic. 2.ª del RDL 37/2020, en diciembre de 2020, si bien, tal compensación sólo procede si en los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales, la administración competente no hubiera adoptado medidas para atender a la situación de vulnerabilidad[5].

Por otro lado, en el art. 1 bis del RDL 11/2020 (redactado por el apartado dos del artículo segundo del RDL 16/2021) , se dispone otra

[3] Hasta el 23 de diciembre de 2020 la facultad de decidir sobre la suspensión del lanzamiento correspondía al Letrado de la Administración; Con mejor criterio, a partir de esa fecha pasa a ser una decisión que corresponde tomar al Juez.

[4] DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L: "¿El Real Decreto-ley 37/2020 impide los desahucios durante el estado de alarma?", *Revista CESCO,* pág. 7.

[5] *La solicitud la debe formular el arrendador con una exposición razonada y justificada de la compensación que considere procedente y consistirá en el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento, más los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador, por el período que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por el Tribunal o hasta el 31 de octubre de 2021. No obstante, si dicho valor fuera superior a la renta que viniera percibiendo el arrendador, la compensación consistirá en renta dejada de percibir durante el mismo período señalado anteriormente más los gastos corrientes*.

medida por la que se prevé la posibilidad de que el juez decrete la suspensión en los procedimientos verbales y penales en los que se sustancie el lanzamiento para personas económicamente vulnerables y dependientes, *que habiten una vivienda sin título*, cuando se den una serie de circunstancias específicas y siempre que el titular de la vivienda sea persona jurídica o persona física propietaria de más de diez viviendas (art. 1 bis RDL 11/2020)[6]. Como en el apartado 1, se prevé el derecho del propietario a solicitar una compensación si durante los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada, tales medidas no se hubieran adoptado por la Administración competente y siempre que los propietarios acrediten que la suspensión del lanzamiento les haya ocasionado perjuicio económico al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble. (Disp. Adic. 2.ª del RDL 37/2020)

La novedad introducida en el artículo 1 bis ha suscitado una enorme polémica, máxime tras su modificación días después por el RDL 1/2021, de 19 de enero, que amplía su ámbito de protección, al excluir, ya no los supuestos de ocupación consecuencia de un delito, sino solamente la de aquellos en los que concurra *intimidación o violencia sobre las personas*, con lo que quedan igualmente protegidos los ocupantes que, aunque no hayan hecho uso de la violencia contra las personas, la hayan usado contra las propiedades aunque su actuación sea tipificada como delito[7]. Ello ha llevado a afirmar que más allá de la posible compensación, puede sostenerse que las dos medidas de suspensión adoptada por el Gobierno *suponen una limitación del derecho constitucional de propiedad privada que debe ser indemnizada*

[6] Hay que recordar que la Ley 5/2018, de 11 de junio, de reforma de la LECiv, introdujo una serie de especialidades procesales en el procedimiento de tutela sumaria de la posesión, al establecer que *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" (art. 250.1.4.º, apartado segundo), estableciendo igualmente el 441.1.bis que en este procedimiento, tras el requerimiento a los desconocidos ocupantes para que aporten título que justifique su situación posesoria, si no se aportare justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, auto que no sería recurrible*. Se pretendía de este modo agilizar la tramitación procesal de estos procedimientos de recuperación de la posesión.

[7] TORRES LÓPEZ, A: "Propietario vulnerable versus arrendatario u ocupante vulnerable", *OTROSÍ.: Revista del Colegio de Abogados de Madrid, pág. 46 y 47, pág. 47.*

conforme a lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio [8].

b. Prórroga extraordinaria del contrato de arrendamiento

Conforme al art. 2 del RDL 11/2020, (redactado en su versión actual por el apartado 2 del artículo 2 del RDL 16/2021) *en los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la LAU, en los que, dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley y hasta el 31 de octubre de 2021, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor.*

Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de la LAU, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial (excepción introducida mediante Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre). La prórroga, por tanto, *debe ser aceptada por el arrendador*, si bien dado que la normativa no establece las consecuencias de su no aceptación se ha considerado dudoso que el arrendador tenga la facultad de oponerse a la solicitud del arrendador. La Sentencia 60/2021 de la Audiencia Provincial de Gerona, de 26 de enero de 2021, resuelve en sentido positivo esta cuestión en un supuesto en el que la arrendadora había comunicado su voluntad de no renovar el contrato antes de la declaración del estado de alarma, basándose en que el RDL 11/2020 no contiene previsión expresa de *retroactividad por lo que, en el presente caso, cuando entró en vigor, ya constaba la negativa de la propiedad a nuevas prorrogas, por lo que, la arrendataria conocía y sabía perfectamente —con anterioridad a la declaración del estado de*

[8] *La norma no es fácil de asimilar jurídicamente, y su mayor riesgo es el "efecto llamada" que implica en un fenómeno tan grave como es el de la ocupación de viviendas, constituido por mafias perfectamente organizadas que aprovechan cualquier resquicio legal para prolongar sine die su ocupación.* Fuentes-Lojo Rius, A: "Diálogos para el futuro judicial XXI. Derecho de arrendamiento y COVID 19", *Diario La Ley, N.º 9811, LA LEY 2797/2021*

alarma a consecuencia del COVID (en fecha 14/03/2020)— que tenía que abandonar la vivienda a partir del día 01/06/2020. Subsiste la duda de si el arrendador puede oponerse en los casos en que la arrendadora no haya trasladado antes de la entrada en vigor del RDL 11/2020 su intención de no prorrogar el contrato. En todo caso, si el arrendador acepta la prórroga no estaríamos ante una prórroga legal (art. 9.1 LAU), ni ante una tácita reconducción (art. 10.1 LAU). Si se acepta por el arrendador, se podría calificar como prórroga convencional si bien con un contenido forzoso (deben mantenerse las condiciones del contrato). En todo caso, se permite también el acuerdo entre las partes que fije otros términos o condiciones. Tal acuerdo supondría una novación del contrato anterior de manera que pueden modificarse los términos y condiciones del primero.

No hay duda de que en el momento inicial de declaración del estado de alarma con la suspensión de todas las actividades que no fuesen esenciales, la actuación intervencionista del gobierno estaba justificada por la dificultad de encontrar una alternativa habitacional. En la situación actual, esa imposibilidad no existe por lo que esta medida debería haber sido objeto de revisión. Algo que parece haber realizado el legislador si bien, no abiertamente, generando con ello importantes dudas de interpretación. En efecto, coincidían los intérpretes en señalar que para la aplicación de esta medida no era necesario que el arrendatario se encontrara en situación de vulnerabilidad lo que era consecuente con el fundamento de la intervención legislativa. No obstante, la duda surge, como señala Jiménez Paris[9], de la redacción del apartado 3, de la disposición final duodécima del RDL 11/2020, (i*ntroducido por el apartado seis de la disposición final novena del RDL 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda), conforme al cual, los criterios para la definición de vulnerabilidad económica y la acreditación de condiciones subjetivas establecidos en los artículos 5 y 6 mantendrán su vigencia hasta los plazos establecidos en los artículos 2 y 4.1, a los efectos de las medidas incluidas en estos últimos.* Parece deducirse por tanto que solo pueden beneficiarse con la medida del artículo 2, los arrendatarios incluidos en la definición de situación de vulnerabilidad. Por otro lado, nada dice la norma sobre si la prórroga extraordinaria del contrato obliga a fiadores o avalistas

[9] JIMENEZ PARIS, TA: "Protección del arrendatario vulnerable; cláusula COVID y Real Decreto Ley 2/2021", *OTROSÍ.: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, ISSN-e 2479-7197, n.º . 8, 2021, págs. 44-45

 © UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 29, 2022

o si se extiende a la cobertura de los seguros de impago, ni si la misma puede oponerse en caso de enajenación de la vivienda[10]

c. Falta de liquidez e imposibilidad de hacer frente al pago de la renta: moratorias, condonaciones e instrumentos de financiación

En supuestos como el presente de disminución drástica de ingresos y de falta de liquidez, teóricamente cabe adoptar distintos tipos de medidas por parte de los legisladores: el traspaso directo de rentas a los ciudadanos para que estos puedan hacer frente a sus pagos[11], la intervención directa en los contratos imponiendo al arrendador la obligación de condonar parte de la deuda —quita—, o aceptar una moratoria en el pago de las rentas —espera—, o establecer mecanismos de financiación de los arrendadores bien a cargo de la administración (financiación pública o moratorias fiscales), o a cargo del sector privado de forma que los fondos provengan del sector financiero pero con garantías públicas de mayor o menor extensión, que facilitan su concesión a sujetos que no superen las normativa de evaluación de solvencia de las entidades financieras, y unos términos y condiciones más favorables para el solicitante que las que ofrece el mercado.

En España se han adoptado estos dos últimos tipos de medidas, tanto para los arrendamientos de vivienda como para arrendamientos de uso distinto al de vivienda o industria.

En relación con los primeros, los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad cuyo arrendador sea un gran

[10] Sobre el tema, JIMENEZ PARIS, TA: "Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda con arreglo al Real Decreto – ley 2/2021, de 26 de enero. El problema de la enajenación de la vivienda arrendada durante la prórroga extraordinaria", *RCDI*, núm 785, 2021. Págs.1886.1894,

[11] Algunos estados, como Dinamarca, han optado por políticas de inyección de liquidez a las familias que permitan que puedan seguir pagando todas sus obligaciones —a la vez que se aligera la situación de liquidez quienes debían cubrir esas rentas que, durante la emergencia, cubre el Estado. Además, Dinamarca ha aprobado un plan de compensación para ayudar a las empresas a hacer frente a gastos fijos a pagar entre el 9 de marzo y el 9 de junio de 2020 (incluida la renta arrendaticia). De este plan se podrían beneficiar sociedades dedicadas a cualquier sector de actividad que prevean una caída en la facturación superior al 40% como resultado del COVID-19 y cuyos gastos fijos totales entre el 9 de marzo y el 9 de junio excedan de un cierto límite, estableciéndose un máximo importe para la ayuda, así como que la proporción de gastos que podría cubrir la ayuda no excedería la de la reducción estimada de la facturación por el COVID-19, excepto para los negocios que se hayan visto obligados a cerrar.

tenedor de vivienda, tienen derecho, (salvo que en un acuerdo previo se hubiera pactado ya un aplazamiento o la condonación total o parcial de la renta), a elección del arrendador a una moratoria en el pago de la renta o a una quita del 50% de la deuda. La moratoria o la condonación de la deuda estarán vigentes mientras dure el estado de alarma o persista la situación de vulnerabilidad, con un máximo de cuatro meses. En caso de moratoria, la renta se aplazará mediante el fraccionamiento de las cuotas durante al menos tres años, que se contarán a partir del momento en el que concluya la moratoria o se supere la situación de vulnerabilidad y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento. El arrendatario no tiene penalización alguna y no tendrá que pagar intereses por el anticipo de liquidez que supone el aplazamiento y el fraccionamiento posterior del pago (art. 4 RDL 11/2020).

No hay duda de que este precepto genera grandes dudas de interpretación. En primer término, a tenor de este artículo, corresponde al arrendatario acreditar su situación de vulnerabilidad, pero no despeja la duda de lo que ocurre cuando el arrendatario no la acredita o no la acredita debidamente. Lo lógico sería que el arrendador se dirigiera al inquilino dentro de ese plazo de siete días laborables reclamando su aportación. De no acreditar éste su situación, cabe suponer que el arrendador podrá rechazar la aplicación de la moratoria o condonación puesto que la carga de la prueba recae sobre el que solicita la medida. *Tampoco resuelve el legislador cómo ha de actuar el arrendatario en el caso del arrendador no responda a su solicitud en el plazo de los siete días mencionados. Parece que, ante el silencio del legislador, debe entenderse trasladada la facultad de elección al arrendatario por lo que podría optar entre demorar el pago de la renta o pagar solo la mitad.*

Plantea dudas también, si la moratoria abarca únicamente la renta o también otros gastos que asuma contractualmente el arrendatario, pues lo cierto es que la norma únicamente menciona la renta, y el artículo 4.2 del Código Civil prohíbe la aplicación extensiva de las normas excepcionales. Nada dice tampoco, sobre si fiadores, avalistas o aseguradores se benefician también de la moratoria o compensación. No obstante, tal vez las mayores dudas de interpretación se refieren en relación con el pago fraccionado de la suma aplazada en caso de moratoria, pues, este debe *realizarse durante al menos tres años… y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento.* ¿Pero qué ocurre si el plazo de duración del contrato es inferior a tres años? Parece que el pago aplazado se fraccionará en función de lo que quede del contrato, y, en su caso, aunque no lo dice el artículo, de las prórrogas. Entiendo que tampo-

co cabría la posibilidad de fraccionar el pago si el arrendamiento se extingue a petición del arrendador por su desistimiento del contrato (art. 11 LAU), por lo que debe entenderse qué en tal caso, el arrendatario debería realizar en pago en su totalidad. De todas formas, es muy probable que llegado el momento del cumplimiento de la obligación del pago fraccionado el inquilino no pueda hacerlo (piénsese que debe pagar junto con la cantidad aplazada, la renta del mes en curso y demás gastos), y el arrendador se verá obligado a interponer dos demandas: la primera de resolución del contrato por falta de pago, y la segunda de reclamación de cantidad, con la duda de si en la demanda en la que reclame el pago fraccionado podrá incluir o no los intereses moratorios (art. 1101 y ss CC). La norma, como en el caso anterior, no dice nada al respecto.

Por otro lado, para el caso de que el arrendador no sea gran tenedor, el artículo 8, bajo la rúbrica, de "modificación excepcional y transitoria de las condiciones contractuales de arrendamiento", dispone que el arrendatario que se encuentre en situación de vulnerabilidad, podrá solicitar de la persona arrendadora, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del RDL, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera acordado previamente entre ambas partes con carácter voluntario. Una vez recibida la solicitud, la persona arrendadora comunicará a la arrendataria, en el plazo máximo de 7 días laborables, las condiciones de aplazamiento o de fraccionamiento aplazado de la deuda que acepta o, en su defecto, las posibles alternativas que plantea en relación con las mismas. Si la persona física arrendadora no aceptare ningún acuerdo sobre el aplazamiento y, en cualquier caso, cuando la persona arrendataria se encuentre en la situación de vulnerabilidad sobrevenida, esta podrá tener acceso al programa de ayudas transitorias de financiación.

Para los arrendamientos de uso distinto del de vivienda, el RDL 15/2020, prevé en beneficio de autónomos y pymes arrendatarios que se encuentran en situación de dificultad financiera para hacer frente al pago de las rentas como consecuencia de que la actividad que desarrollen y que hubiera quedado suspendida oficialmente o que, aun sin haberlo sido, hayan visto una caída de facturación de un 75% o más, una quita o espera de sus obligaciones de pago (art. 3 RDL 15/2020). En estos casos, si el arrendador es una empresa o entidad pública de vivienda, o un gran tenedor de inmuebles, los arrendatarios tendrán derecho a aplicar una moratoria en el pago de la renta (siempre que no se hubiera acordado ya una moratoria o reducción de la renta),

por el período de tiempo que permanezca el estado de alarma y, si perdura la dificultad, los meses siguientes, con un máximo de cuatro meses. La moratoria se aplica de forma automática y la renta aplazada debe pagarse al concluir la moratoria mediante su fraccionamiento durante, al menos, los dos años siguientes de vigencia del contrato (siempre dentro de la vigencia del mismo) y sin que puedan cargarse sobre los arrendatarios penalizaciones o intereses por el aplazamiento. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre en los arrendamientos de vivienda, no existe posibilidad de elección del arrendador pues la moratoria opera de forma automática. Subsisten las dudas de interpretación sobre el pago fraccionado como en el caso de las moratorias en el arrendamiento de vivienda. Para otros arrendadores, se prevé, un mecanismo de renegociación de la renta a fin de obtenerse un aplazamiento temporal y extraordinario en el pago, pero del texto legal parece desprenderse que no será obligatorio para el arrendador, pues se limita a afirmar que el *arrendatario podrá solicitar de la persona arrendadora, en el plazo de un mes, desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta siempre que dicho aplazamiento o una rebaja de la renta no se hubiera acordado por ambas partes con carácter voluntario* (art. 2 RDL 15/2020). Para facilitar el acuerdo voluntario de aplazamiento, se prevé que se pueda usar la fianza arrendaticia al fin de sufragar alguno de los períodos de renta aplazada. En caso de que se disponga total o parcialmente de la misma, el arrendatario deberá reponer el importe de la fianza dispuesta en el plazo de un año desde la celebración del acuerdo o en el plazo que reste de vigencia del contrato, en caso de que este plazo fuera inferior a un año[12].

Por último, el Real Decreto-Ley 35/2020, de 22 de diciembre, *de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio*

[12] *Si el arrendatario no procediera a la reposición de la fianza, en nuestra opinión habría argumentos para considerar que se trata del incumplimiento de una obligación esencial por parte del arrendatario. Igualmente, entendemos que para que el arrendador pueda proceder a recabar el importe de la fianza del organismo autonómico competente, bastaría que, o bien se aportara una solicitud firmada por ambas partes, o bien el arrendador aportara copia de la novación contractual*. Lloria Abad, I; Castillo Echeverría: "Las medidas de moratoria y reducción de renta aprobadas a resultas del COVID-19." *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, 2021. pp. 126-150. Como novedad, y para mayor incentivo de los "pequeños tenedores" al otorgamiento de moratorias o reducciones de renta, el RD-L 35/2020 contempla que estos arrendadores podrán computar en 2021 para el cálculo del rendimiento del capital inmobiliario como gasto deducible la cuantía de la rebaja de la renta que voluntariamente hubiesen acordado a partir del 14 de marzo de 2020 correspondiente a las mensualidades devengadas en los meses de enero, febrero y marzo de 2021, siempre que el inmueble se dedique a determinadas actividades, y con algunas limitaciones.

y en materia tributaria., dispone, al igual que en el RDL 11/2020, que el arrendador gran tenedor puede elegir entre otorgar la moratoria o la reducción del 50% de la renta durante el mismo período temporal. Eso sí, explicita que para poder elegir el arrendador deberá contestar en el plazo de siete días hábiles a dicha solicitud, de no hacerlo, se aplicará automáticamente la medida solicitada por el arrendatario, *a partir del mes siguiente al momento en que se haya adoptado la medida* (at. 1,3 RDL 35/2020). Se trata de una mejora respecto del texto del RDL 15/2020, que no concretaba este aspecto. Es otra mejora, y como tal debe destacarse, la exclusión de la aplicación de estas medidas legales a los arrendadores incursos en concurso de acreedores o, cuando, como consecuencia de la aplicación de estas medidas legales, el arrendador se encuentre en probabilidad de insolvencia o ante una insolvencia inminente o actual, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (art. 6 del RDL 35/2020).

Para terminar este apartado, hay que recordar que, para solventar los problemas de liquidez de los arrendatarios se han aprobados distintas líneas de avales para la cobertura total por cuenta del Estado y de financiación bancaria a arrendatarios en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la pandemia (art. 9 y ss RDL 11/2020, Cap. 2 RDL 15/2020 y Cap. 3, RDL 35/2020).

III. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA NORMATIVA EXCEPCIONAL

Son muchas las dudas y objeciones que estas medidas suscitan tanto en lo que se refiere a su interpretación y aplicación como a su idoneidad para alcanzar algunos de los objetivos señalados en la Exposición de Motivos: proteger a arrendatarios que se encuentren en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la pandemia y mantener el equilibrio entre las partes contratantes.

1. Ámbito objetivo y subjetivo de la normativa excepcional: contratos y sujetos excluidos de la legislación extraordinaria

El RDL 11/2020, el RDL 15/2020 y el RDL 35/2020, establecen su ámbito objetivo de aplicación partiendo de la distinción de la LAU entre arrendamiento de vivienda (aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario., art. 2 LAU) y de uso distinto del vivienda (art. 3 LAU, lo que incluye a arrendamientos

que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto, esto es, *arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren*).

Parece, por tanto, que hay que entender que los arrendamientos excluidos de la regulación de la LAU están también excluidos del ámbito de aplicación de la normativa excepcional. Pero hay que tener presente que existen supuestos de arrendamiento de inmuebles destinados a satisfacer las necesidades de vivienda del arrendatario excluidos de la regulación de la LAU y que se rigen por las disposiciones del Código Civil (art. 1544 y ss). Nos referimos a la figura muy extendida del alquiler de una habitación en pisos compartidos: fórmula empleada por una buena parte de la población que, por sus circunstancias económicas y la dificultad de acceder al mercado de alquiler residencial, optan por esta solución más económica. Parece claro que estos arrendadores no pueden optar en principio a la solicitud de las medidas pese a que muchos de ellos, a buen seguro, se encuentren en situación de vulnerabilidad. La solución pasa por intentar una aplicación analógica de las medias contenidas en el RDL 11/2020, siempre que ello sea posible. Parece difícil que puedan, por ejemplo, solicitar la prórroga forzosa de su contrato pues el CC no contempla la prórroga para los arrendamientos sujetos a su regulación. De igual manera, en caso de enajenación de la vivienda arrendada sería aplicable el art. 1571 del CC que establece el derecho del comprador a la extinción del arriendo y la posibilidad del arrendatario de exigir una indemnización de daños y perjuicios al arrendador-vendedor.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de las medidas de la normativa de excepción, éste aparece claramente determinado en el RDL 11/2020: el arrendador y el arrendatario del inmueble destinado a la vivienda habitual del arrendatario. No parece que esté tan claro el ámbito subjetivo de aplicación del RDL15/2020, pues éste parece referirse solo a una parte de los posibles arrendatarios de inmuebles para uso distinto de la vivienda: autónomos y empresarios propietarios de pequeñas u medias empresas, como determina claramente el título del Capítulo Primero del Real Decreto, "Medidas para reducir los costes de pymes y autónomos" y, sobre todo, el enunciado y el contenido del artículo 3, que determina que *podrán acceder a las medidas…los autónomos y pymes arrendatarios cuando cumplan los siguientes requisitos...* Es cierto que los artículos 1 y 2 del RDL 15/2020 contiene una formulación distinta pues se refieren a *la*

persona física o jurídica arrendataria de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, o de industria. Pero ello puede interpretarse como la intención del legislador de dejar claro que pueden solicitar tales medidas todo tipo de empresarios, individuales o sociales, titulares de una PYME.

No parece adecuada esta decisión pues dada la amplitud de los términos del artículo 3 de la LAU está claro que no todos los arrendatarios de un inmueble de uso distinto a la vivienda son empresarios. No hay que olvidar que en su ámbito de aplicación se incluyen los arrendamientos de temporada que pueden ser concluidos entre particulares, como en el caso de arrendamiento de pisos de estudiantes durante el curso académico, y que la amplitud del número de actividades mencionadas en el art. 3 LAU permite que también puedan concluir estos arrendamientos personas jurídicas (asociaciones de interés público o fundaciones) que en ningún caso pueden considerarse empresarios. Si tales personas jurídicas ejercen en la finca urbana *una actividad recreativa, asistencial, cultural o docente,* su contrato está sujeto a la normativa de LAU pues, como dice el mismo artículo 3 in fine, tal circunstancia se produce *cualesquiera que sean las personas que los celebren.* Partiendo de que tales personas jurídicas pueden incluirse en el concepto de arrendatario y de que pueden afrontar dificultades para el pago de la renta y el cumplimiento del resto de sus obligaciones (pago de empleados, cumplir de su labor asistencial, etc.), entiendo que las mismas deberían estar en posición de solicitar las medidas previstas en el RDL 15/2020.

2. El criterio del legislador para determinar las medidas que pueden solicitar los arrendatarios

Para determinar las medidas que un arrendador puede solicitar, el RDL 11/2020 y el RDL 15/2020 distingue entre los que son *empresa o entidad pública de vivienda, o un gran tenedor, entendiendo por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 metros cuadrados,* y los que no lo son. Diferencia también entre arrendadores que están en situación de vulnerabilidad y el resto de ellos.

a. ¿Qué es un gran tenedor de vivienda en alquiler?

La primera cuestión que se plantea es determinar si estamos ante tres tipos de sujetos distintos: empresas, entidades públicas y grandes

tenedores. La cuestión es de suma importancia porque si entendemos que se trata de conceptos distintos, los arrendadores que pueden encuadrarse en la noción de empresario, individual o social, deben soportar siempre la imposición de las medidas con independencia de su consideración o no como gran tenedor. Nos encontraríamos con la injusta situación de que un empresario social, solo por ser una sociedad, quedaría sujeto al cumplimiento de todas las medidas dispuestas en el RDL 11/2020 y en el RDL 15/2020 con independencia del número de inmuebles o de la superficie de la que sea titular. En este sentido, la referencia a empresas debe entenderse referida exclusivamente a empresas del sector público, de modo que la noción de gran tenedor se determina no por el carácter de empresario o particular del arrendador sino por el volumen de su cartera de activos[13].

Entre **las empresas o entidades públicas** deben incluirse a las titulares de vivienda protegida y cedida en régimen de alquiler social, que se suelen gestionar en la mayoría de los casos por las propias Administraciones Públicas autonómicas o locales, a través de diferentes formas jurídicas como agencias, empresas públicas y empresas municipales.

Gran tenedor *es la persona física o jurídica que sea titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 metros cuadrados.*

No se entiende muy bien el porqué de la exclusión de los garajes y trasteros del cómputo de los metros cuadrados de superficie construida, y la falta de mención a locales de negocio plantea la duda de si tales locales deben incluirse o no para el computo del número de inmuebles titularidad del arrendador, aunque la respuesta afirmativa puede deducirse del hecho de que son inmuebles urbanos y no están expresamente excluidos. Tampoco se exige que los inmuebles estén destinados a alquiler (lo que excluiría la vivienda del particular o establecimiento de la persona jurídica del cómputo), ni se especifica

[13] *Cuando en el apartado 1 del artículo 4 se cita "empresa o entidad pública de vivienda, "empresa" hace relación a las empresas del sector público, no a toda empresa del sector privado. Por ejemplo, la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid o la Empresa Pública de Suelo y Vivienda de Puerto Real. Como ejemplo de otros entes o entidades públicos de vivienda podemos citar el Institut Balear de l'Habitatge, IBAVI, o el Etxebide, Servicio Vasco de Vivienda. En cuanto al sector privado, afecta a las personas física o jurídicas a las que se considera grandes tenedores en los términos recogidos en el proyecto: titulares de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1500 metros cuadrados*. Pacheco Cifuentes, A: "COVID-19. Dudas sobre la moratoria de deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores", en Diario La Ley, N.º 9619, Sección Tribuna, 23 de abril de 2020, LA LEY *4117/2020*

lo que ocurre cuando el arrendador no es el único propietario del inmueble[14] o arrienda en virtud de un título distinto al de propiedad, en orden a determinar si en tal caso los inmuebles (o su superficie) deben incluirse en el cómputo. En todo caso, es discutible que sea el número de inmuebles o de metros cuadrados el que determine el concepto de "gran tenedor", pues el fundamento para hacer recaer sobre estos arrendatarios las medidas de la normativa excepcional parece encontrarse en su mejor situación patrimonial. Por ello, el criterio de referencia debería ser el valor en el mercado de alquiler de esos inmuebles (recordemos que la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler* establece la creación del "Sistema estatal de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda"), o, al menos, su valor catastral. El valor de un inmueble en el mercado de alquiler depende de múltiples factores como la localidad en la que está situado el inmueble, su ubicación (recordemos las llamadas "zonas tensionadas" en las grandes ciudades o zonas turísticas), o su antigüedad y el estado de la vivienda entre otros factores.

Entre las personas jurídicas arrendadoras debe incluirse a las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliarias (en adelante ICCI), que *son aquellas instituciones de inversión colectiva de carácter no financiero que tengan por objeto principal la inversión en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento* (art. 35 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, *de Instituciones de Inversión Colectiva*, en adelante LIIC) y que pueden revestir la forma de Fondo de Inversión o de Sociedad de Inversión. De igual manera, deben incluirse las SOCIMI, creadas por la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan *las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario*[15]. Por otro lado, junto a las ICCI y las SOCIMI conviven

[14] Sobre el tema, SALAS CARCELLER, A; ECHEVERRÍA SUMMERS, FM; MUÑOZ NAVARRO, AJ, SALAS CARCELLER, MEDINA ORTIZ, J: ¿Cómo computa la titularidad de una cuota indivisa de una vivienda en la calificación legal de gran tenedor?, coord Alejandro Fuentes-Lojo Rius, *Actualidad Civil, N.º 6, Sección Derecho de los contratos / Debate jurídico,junio 2020, La Ley 8721/2020*

[15] Conforme a la Ley 11/2009 Con la Ley 11/2020, el legislador español pretendió establecer el marco jurídico necesario para configurar un nuevo instrumento de inversión destinado al mercado inmobiliario, con un doble objetivo. Trata, por un lado, de *adoptar medidas que permitan dinamizar y favorecer en la medida de lo posible el mercado inmobiliario*. Para ello se crea un modelo de inversión dirigido a pequeños y medianos accionistas que pretende asegurar una rentabilidad estable —a través de un régimen de distribución obligatoria de los beneficios— y la liquidez de la inversión, con la exigencia de que estas sociedades coticen en mercados regulados. Pero la Ley 11/2009, persigue, asimismo, *fomentar el mercado de alquiler en España, elevando su profesionalización y facilitando el acceso de los ciudadanos a la propiedad inmobiliaria.* El 80% del valor de sus activos debe estar invertido en bienes

en España Sociedades ordinarias, normalmente de responsabilidad limitada, que tienen como actividad principal el arrendamiento de viviendas y que pueden optar por un régimen fiscal especial cuya regulación está contenida en la actualidad en los artículos 48 y siguientes de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del *Impuesto sobre Sociedades*. Su principal objeto social es el arrendamiento de viviendas situadas en territorio español como claramente determina el último párrafo del art. 48 LIS.

Por último, deben incluirse las cooperativas de viviendas en régimen de alquiler, aun cuando no realicen propiamente una actividad constitutiva de empresa, ya que la nota característica de una cooperativa de vivienda, y de toda cooperativa, es la ausencia de ánimo de lucro mercantil, pues su finalidad principal es la adquisición por sus socios de una vivienda por debajo del precio del mercado, no produciéndose entre el socio y la cooperativa un negocio jurídico de compraventa sino un negocio de adjudicación de vivienda en propiedad, o de cesión de uso, por cualquier título, incluido su arrendamiento[16]. Del mismo modo, deberían incluirse como personas jurídicas arrendadoras a aquellas organizaciones no gubernamentales que entre los ámbitos de actuación social también se ocupan de promover programas de alojamiento e integración residencial. Estas adoptan

inmuebles urbanos destinados al arrendamiento, En concreto, pueden integrarse en su patrimonio edificaciones finalizadas con independencia de su destino (viviendas de uso habitual o uso distinto de vivienda locales comerciales, oficinas, residencias, hoteles…). terrenos para la promoción de bienes inmuebles que vayan a destinarse a tal finalidad (siempre que la promoción se inicie dentro de los tres años siguientes a su adquisición), edificaciones en proyecto o en construcción y edificaciones ya construidas para su rehabilitación.

[16] La cooperativa de viviendas es una sociedad y, al mismo tiempo, la empresa promotora de la edificación de viviendas para sus socios. El cooperativista, por lo tanto, es socio de la sociedad cooperativa, y, por otra parte, será adjudicatario si la promoción es de viviendas construidas para ser adjudicadas en propiedad; o usuario de una vivienda, si la cooperativa tiene por objeto la cesión de su uso al socio, reteniendo la cooperativa la propiedad. Las primeras, de adjudicación en propiedad, han sido la fórmula utilizada en España de forma casi exclusiva, y en ellas cada socio accede a la propiedad de su vivienda. No obstante, también es posible, la cesión de uso por cualquier título admitido en derecho (uso, habitación, usufructo) lo que incluye una fórmula contractual que se concrete en el arrendamiento de las viviendas, o incluso, en el acceso diferido a la propiedad a partir del arrendamiento (arrendamiento con opción de compra) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2019, Sentencia núm. 337/2019, se refiere a uno de estos supuestos. Por otro lado, la Ley Asturiana 4/2010, de 29 de junio, de *Cooperativas,* en su art. 153.3 admite también expresamente la posibilidad *de viviendas de protección pública en la modalidad de alquiler con opción de compra.*

diferentes formas jurídicas como fundaciones, entidades religiosas, y asociaciones[17].

Pequeño propietario, es la persona física o jurídica que "solo" sea titular de nueve viviendas o de una superficie de 1499 metros cuadrados.

En todo caso, es muy delgada la línea que separa a un pequeño propietario de un gran tenedor, y, por tanto, es muy fácil cambiar de situación; basta la enajenación de inmuebles para dejar de ser señalado como "gran tenedor". También es delgada e injusta la línea que separa a un arrendatario en situación de vulnerabilidad económica del que, desgraciadamente, no ostenta tal condición.

b. ¿Qué es un arrendatario en situación de vulnerabilidad?

La definición de la situación de vulnerabilidad económica a consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 aparece para los arrendamientos de vivienda en el art. 5 del RDL 11/2020, que requiere la concurrencia conjunta de dos requisitos. El primero que la persona que esté obligada a pagar la renta de alquiler pase a estar en situación de desempleo, ERTE, *o haya reducido su jornada por motivo de cuidados, en caso de ser empresario, u otras circunstancias similares* que supongan una pérdida sustancial de ingresos, no alcanzando por ello el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar,

[17] Las asociaciones de viviendas son entidades sin ánimo de lucro que tienen como objeto la unión de sus socios con carácter permanente para el cumplimiento de una finalidad concreta de carácter social y no económico que consiste principalmente en promover la satisfacción del derecho a una vivienda digna, favoreciendo el desarrollo de programas de alojamiento, ofreciendo viviendas asequibles, y/o acompañar a los colectivos con mayor vulnerabilidad facilitando su inclusión residencial. Para cumplir esta finalidad han adoptado la forma jurídica de la asociación regulada en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, *reguladora del Derecho de Asociación*. En la actualidad hay asociaciones como Provivienda, la Plataforma para una vivienda digna, y AVP Asociación de vivienda, Red Acoge, entre otras. La actividad de las entidades sin ánimo que se dedican al arredramiento de vivienda es reconocida en el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, que las reconoce como entidades colaboradoras (Artículo 8.2. del Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, lo que les faculta para gestionar las ayudas directas al alquiler (Artículo18 del Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021). También las reconoce como beneficiarios de las ayudas de programa del fomento del parque de vivienda en alquiler regulado en el Capítulo V En el artículo 26 del Real Decreto 106/2018, según el cual podrán ser beneficiarios de estas ayudas *c) Las fundaciones, las empresas de economía social y sus asociaciones, cooperativas de autoconstrucción, las organizaciones no gubernamentales y las asociaciones declaradas de utilidad pública, y aquéllas a las que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.*

en el mes anterior a la solicitud de la moratoria, con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM), límite que se incrementa según el número de hijos y por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar[18]. El segundo requisito es que la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar[19]. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 5 se acreditará por la persona arrendataria ante la persona arrendadora mediante la presentación de los documentos mencionados en el *artículo 6* del RDL 11/2020. No se entiende la razón de qué en el ámbito de los arrendamientos de vivienda habitual, a los empresarios solo se les incluya si han reducido sus ingresos por *motivos de cuidados, u otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos*. ¿A qué cuidados y a qué circunstancias se refiere? El empresario que durante el confinamiento no tenía ingresos teniendo que cubrir múltiples gastos ¿no se encuentra en la misma situación de vulnerabilidad que el resto de los arrendatarios para hacer frente al pago del alquiler de su vivienda habitual?

En el caso de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, si el arrendatario es un autónomo los requisitos son el estar afiliado y en situación de alta, en la fecha de la declaración del estado de alarma, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores

[18] En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cuatro veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo **v.** En el caso de que la persona obligada a pagar la renta arrendaticia sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cinco veces el IPREM.

[19] No se entenderá que concurren los supuestos de vulnerabilidad económica cuando la persona arrendataria o cualquiera de las personas que componen la unidad familiar que habita aquella, sea propietaria o usufructuaria de alguna vivienda en España. Del mismo modo se considerará que no concurren estas circunstancias cuando el derecho recaiga únicamente sobre una parte alícuota de la misma y se haya obtenido por herencia o mediante transmisión mortis causa sin testamento, si bien esta regla tiene algunas excepciones. Se exceptuará de este requisito también a quienes, siendo titulares de una vivienda, acrediten la no disponibilidad de la misma por causa de separación o divorcio, por cualquier otra causa ajena a su voluntad o cuando la vivienda resulte inaccesible por razón de discapacidad de su titular o de alguna de las personas que conforman la unidad de convivencia (art. 5.2. RDL 11/2020)

por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar o, en su caso, en una de las Mutualidades sustitutorias del RETA, que su actividad haya quedado suspendida o en el supuesto de que su actividad no se vea directamente suspendida que se acredite la reducción de la facturación del mes natural anterior al que se solicita el aplazamiento en, al menos, un 75 por ciento, en relación con la facturación media mensual del trimestre al que pertenece dicho mes referido al año anterior. Si es una PYME debe acreditar además de la suspensión de la actividad o la disminución de la facturación, que no se superen los límites establecidos en el artículo 257.1, de la Ley de Sociedades de Capital.

Como decíamos es delgada la línea que separa al arrendatario en situación de vulnerabilidad de aquél que no lo está, pero las consecuencias son importantes: tener protección o estar absolutamente desprotegido. *Era preferible, dada la urgencia, hacer llegar la medida que se juzga necesaria a ciertos sujetos que no la precisan en realidad, que dejar fuera a un número apreciable de aquellos que de veras lo requieren para hacer frente a la emergencia*[20]. No ha sido éste el camino seguido pues se ha limitado el número de arrendatarios que pueden solicitar las medidas, y, yendo más allá, como hemos señalado, se ha limitado el acceso a algunas de las medidas a arrendatarios en situación de vulnerabilidad con el único criterio de las circunstancias concurrentes en la persona del arrendador.

c. La protección de la normativa excepcional no depende en realidad de la situación de la vulnerabilidad del arrendatario sino de las circunstancias del arrendador. La ruptura del equilibrio contractual

El Gobierno ha desoído las propuestas de la doctrina, y las medidas que se han implementado en países vecinos como Alemania,

[20] GAMUZA, J.; GÓMEZ POMAR, F: "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *INDRET*, 2, 2020, pág.562. *El Gobierno ha desoído las propuestas de la doctrina, y las medidas que se han implementado en países vecinos como Alemania o Austria, qué si bien también han optado por la vía de otorgar moratorias, no han cometido el grave error de discriminar entre arrendatarios en función de si la contraparte es un gran tenedor, una empresa pública o un pequeño propietario. Más aún si tenemos en cuenta que en el mercado arrendaticio español los grandes tenedores representan tan solo el 3% de los arrendadores. Ello evidencia que el ámbito subjetivo de la norma es excesivamente limitado.* Fuentes Lojo, Últimas novedades legales en arrendamientos de uso distinto de vivienda e industria en tiempos de pandemia. Comentarios al RDL 35/2020, Diario La Ley, N.º 9769, Sección Tribuna, 13 de enero de 2021, La Ley *82/2021*.

Austria, Italia o Portugal, qué, si bien también han optado por la vía de otorgar moratorias, no han cometido el grave error de discriminar entre arrendatarios en función de si la contraparte es un gran tenedor, una empresa pública o un pequeño propietario[21]. *Más aún si tenemos en cuenta que en el mercado arrendaticio español los grandes tenedores representan tan solo el 3% de los arrendadores*[22].

Si el arrendador es un gran tenedor, el arrendatario en situación de vulnerabilidad puede solicitar la aplicación de la moratoria de la deuda arrendaticia. Dado que la normativa no establece lo contrario parece que las medidas pueden acumularse con la consecuencia de que si además de aceptar la moratoria automática (o la condonación del 50% de la renta), *dentro del periodo comprendido desde el 2 abril del 2020 y el 31 de octubre de 2021, finaliza el periodo de prórroga obligatoria o el periodo de prórroga tácita del contrato, deberá soportar una prórroga extraordinaria por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Además, si el arrendatario deja de pagar la renta o cantidades debidas sabe que los juicios verbales que entable para recuperar la posesión de su inmueble entre el 2 de abril de 2020 y el 31 de octubre de 2021, serán suspendidos* (art.1 RDL 11/2020). Si el arrendador es un particular o empresario con suficiente liquidez, o acceso

[21] De entre los países de nuestro entorno solo en Portugal se han adoptado medidas semejantes a las españolas en materia de arrendamientos residenciales y comerciales. La protección del arrendamiento habitacional pretendida por la Ley n.º 4-C/2020, de 6 de abril, se aplica cuando se cumplan acumulativamente dos requisitos: (i) que exista una quiebra superior al 20% de los rendimientos de la unidad familiar del arrendatario frente (a) los rendimientos del mes anterior, o (b) los rendimientos del período homólogo del año anterior; y (ii) que la tasa de esfuerzo de la unidad familiar del arrendatario, calculada como un porcentaje de los rendimientos de todos los miembros de esa unidad, destinada al pago de la renta, sea o pase a ser superior al 35% , En cuanto a las medidas de protección de los arrendatarios, la medida principal es el acceso a un préstamo sin intereses (art. 5). Ente las medidas complementarias, se establece una moratoria en el pago de las rentas (art.4) En un esfuerzo por compensar de alguna manera las medidas de protección de los arrendatarios, la Ley n.º 4-C/2020 prevé que los arrendadores puedan requerir al Estado a través de la IHRU I. P., la concesión de un préstamo sin intereses para compensar el valor de la renta mensual, debida y no pagada, "siempre que el rendimiento disponible restante de la unidad (familiar) descienda, por tal razón, por debajo del índice de apoyos sociales (es decir, por debajo de 438.81 euros). En Portugal, por tanto, no se ha hecho distinción alguna por la condición de gran tenedor o no del arrendador. PINTO OLIVEIRA, M: "COVID-2019, Contratos de crédito, contratos de arrendamiento y contratos de viaje de sector turístico en Portugal", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, especial.

[22] Fuentes Lojo, Últimas novedades legales en arrendamientos de uso distinto de vivienda e industria en tiempos de pandemia. Comentarios al RDL 35/2020, Diario La Ley, n.º 9769, Sección Tribuna, 13 de enero de 2021, LA LEY *82/2021*.

a financiación, podrá efectivamente proporcionar a sus arrendatarios la liquidez de urgencia y el tiempo que estos precisan. Pero no cabe asumir que necesariamente esta condición se puede predicar de todos los arrendadores, ni siquiera de los "grandes tenedores", especialmente si consideramos que el número de inmuebles que convierten a un arrendador en un gran tenedor no garantiza necesariamente una elevada capacidad para financiar a corto plazo a sus arrendatarios. Ello puede implicar la insolvencia del arrendador y su concurso, y supone una clara ruptura del equilibrio contractual. Esta ruptura del precario equilibrio contractual en las relaciones arrendaticias puede afectar a corto y medio plazo al mercado de alquiler si los grandes tenedores de vivienda retiran parte de sus inmuebles del mercado. Incide también de forma muy desfavorable en la intención de profesionalizar nuestro mercado de alquiler pues penaliza a las personas jurídicas arrendadoras que ya lo fueron anteriormente por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*[23]

Solo cabía esperar que la situación sanitaria y la crisis económica y social evolucionarían de forma favorable en nuestro país. Lamentablemente, no ha sido así

IV. LA PROLONGACIÓN EN EL TIEMPO DE LA CRISIS SANITARIA SOCIAL Y ECONÓMICA

Con la prolongación de la crisis y a pocos días del 31 de octubre, fecha en la que finaliza la vigencia de la normativa excepcional, el gobierno se encuentra ante la disyuntiva de prorrogar las mismas medidas o seguir otro camino.

[23] Tras la reforma, el arrendatario se verá beneficiado tanto en los costes como en el contenido de su contrato, si concierta el arrendamiento con una persona jurídica. Muy resumidamente, tras la reforma, si el arrendador es una persona jurídica el arrendatario ve aminorado el coste del contrato pues no tiene que pagar los gastos de gestión inmobiliaria ni de formalización incluso si los servicios han sido contratados por iniciativa directa del arrendatario, ve aumentada la duración mínima del contrato hasta siete años (dos más que si contrata con una persona física), además durante esos siete años, su contrato es oponible frente a terceros (en caso de venta de la vivienda, el adquirente debe subrogarse en la posición del arrendador y respetar sus siete años de contrato , aunque el arrendamiento no inscrito en el registro de la propiedad),no se ve afectado en caso de resolución del derecho del arrendador o si el arrendamiento lo es de vivienda ajena, no se le puede elevar la renta en caso de realización de obras de mejora, ni solicitar la actualización de la fianza inicial .Por otro lado, al ser arrendador una persona jurídica al arrendatario no le afecta la posible rescisión del contrato por necesidades personales del arrendador (artículo 9,2) y, por último, puede solicitar la suspensión temporal durante tres meses del desahucio por falta de pago en caso de situación de vulnerabilidad (dos meses más que si contrata con un particular).

No parece adecuada la prórroga de las medidas vigentes por los importantes problemas de interpretación y aplicación que plantean, y porque no han resuelto los problemas de los arrendatarios en situación de vulnerabilidad (como mucho los han aplazado unos meses), ni los de los arrendatarios que, de momento, no se encuentran en esta situación pero que necesitan una renegociación urgente de los términos de su contrato. En efecto, una nueva prórroga de las medidas no parece adecuada a la vista del aumento de la litigiosidad en los últimos meses, sobre todo en materia de arrendamientos de uso distintos de vivienda y de industria, que está colapsando nuestros Tribunales. De hecho, en algunas de las resoluciones dictadas se pone de manifiesto la dificultad de interpretación y aplicación de las medidas de la normativa excepcional y su ineficacia para restablecer el equilibrio de las prestaciones en el seno de estos contratos, declarando que el acogimiento a estas medidas no impide que se pueda acudir a los tribunales para exigir una revisión del contrato que permita garantizar su conservación mediante expedientes como el de la "cláusula *rebus sic stantibus*"[24]. *Si el legislador opta por la prórroga de las medidas haría bien en estudiar el contenido de las resoluciones dictadas hasta la fecha, y en escuchar las alegaciones y críticas formuladas sobre el contenido o la vigencia de algunas de ellas. A título de ejemplo, debería descontextualizar las peticiones de moratorias de un espacio temporal limitado de modo que los arrendatarios pudieran solicitarla en el momento en que exista la dificultad de pago de la renta*[25]. No obstante, parece preferible una actuación legislativa encaminada a incorporar a nuestro ordenamiento una regulación de instrumentos que permitan afrontar a corto plazo, y en el futuro, situaciones excepcionales como la presente y que, en el ámbito de las relaciones arrendaticias, proteja a todos los arrendatarios y sea aplicable a todo tipo de contratos de arrendamiento, preferiblemente al margen de los tribunales.

[24] Sentencia 94/2020, de 11 de agosto, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Cáceres; Auto n.º 295/2020, de 28 de julio, del Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona; Auto n.º 447/2020, de 25 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia n.º 81 de Madrid; y Auto n.º 256/2020, de 25 de julio, del Juzgado de Primera Instancia de Valencia n.º 1.

[25] PERERA CARRASCO, A: "Un modelo contractual para COVID-19: las moratorias como bonos a la vista", Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha Fecha de publicación: 02 de mayo de 2020

V. ALTERNATIVAS A LA NORMATIVA EXCEPCIONAL. LA NECESIDAD DE IMPLANTAR MECANISMOS QUE RESTABLEZCAN EL EQUILIBRRIO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN SITUACIONES COMO LA ACTUAL

En efecto, en la respuesta del gobierno a la crisis planteada por la pandemia, se echa en falta la referencia a mecanismos que permitan la renegociación o modificación de las condiciones adaptando el contrato a la nueva situación o que, en su caso, facilite su resolución sin coste para la parte afectada por la situación de emergencia. Los Reales Decretos aprobados hasta la fecha tienen, como hemos visto, un alcance bastante reducido, por lo que, si el arrendatario considera que no son adecuados, la única solución que tiene es intentar negociar con su arrendador o acudir a un procedimiento ordinario para tratar de conseguir la modificación o resolución del contrato, haciendo uso del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva que le garantiza el artículo 24 de nuestra Constitución.

En materia de arrendamiento de vivienda se ha buscado la solución invocando la aplicación por analogía de algunos artículos del Código Civil[26], como el artículo 1575 del CC referente a predios rústicos que califica la peste como *caso fortuito extraordinario* que permite al arrendatario exigir la rebaja de la renta pagada. También se ha alegado la posible aplicación del art. 26 LAU que establece para los arrendamientos de vivienda el derecho del arrendatario a suspender el contrato mientras duren las obras que hayan sido decretadas por la autoridad competente para que la vivienda sea habitable y que sería aplicable a los a arrendamientos para uso distinto a vivienda, en virtud del art. 30 LAU[27]. Y, también, se ha recordado lo dispuesto en el art. 1560 del CC[28]. En los arrendamientos para uso distinto del de vi-

[26] En línea con las modernas regulaciones europeas de derecho de contratos (art. III.-3:401 del DCFR y art. 9:201 de los PECL) que prevén la suspensión parcial de la obligación atendiendo al alcance del incumplimiento prestacional

[27] En este sentido se pronuncian la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, núm. 148/2006, de 11 julio, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra n.º 375/2016, de 30 de junio.

[28] Conforme al cual *"el arrendador no está obligado a responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador. No existe perturbación de hecho cuando el tercero, ya sea la Administración, ya un particular, ha obrado en virtud de un derecho que le corresponde."* De este segundo párrafo puede deducirse que, a sensu contrario, el arrendador sí deberá responder de las perturbaciones de derecho causadas por la Administración *"en virtud de un derecho que le corresponde* Sobre el tema, RIBATALLADA, M: "Creatividad y buena fe en tiempo de coronavirus: contra-

vienda, los sujetos afectados se han decantado por reclamar la aplicación de la tradicional "cláusula rebus sic stantibus", fórmula que, de momento, ha prosperado, pese a que, hasta ahora, la aplicación de la cláusula en nuestra jurisprudencia venía siendo prácticamente excepcional, pese a haber sido ampliamente alegada como consecuencia de la crisis financiera de 2008. Sin embargo, desde hace unos meses, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado a favor de su aplicación, primero en la adopción de medidas cautelares (en aplicación de los artículos 730 y siguientes de la LECiv y, a través el procedimiento de medidas cautelares previas a la demanda reservado para cuando se precise su adopción inmediata por *razones de urgencia o necesidad* del artículo 730.2 de la LEC)[29] y, posteriormente, en las primeras resoluciones de fondo se han ido dictando.

---

tos de arrendamiento de local de negocio, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.6/2020, que destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 332/2019 de 5 septiembre , que, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, se expresa en los siguientes términos: *"Por su relación con el caso ,otra acción posible es la de del* art. 1560 *del CC la respecto de la el STS de 24-1-92 , señala :"... si bien es conforme a Derecho que el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (art. 1554.3 del Código Civil), esta obligación no alcanza a responder de las perturbaciones de mero hecho que los terceros causen en el uso de la finca arrendada (* art. 1560 *del Código Civil), esto es, que el arrendador sólo responde de las perturbaciones causadas por el mismo tanto de hecho como de derecho y de las perturbaciones de derecho, causadas por terceros; de aquí, que el Código Civil (art. 1560 párrafo primero), confiera acción directa al arrendatario para hacer frente a las perturbaciones de las que no responde el arrendador; esta posición no prejuzga, desde luego, las responsabilidades de los terceros o de los sujetos que deban responder, por ellos, respecto de los perjuicios causados..."*.

[29] En la práctica, quiénes han instado la adopción de medidas cautelares suelen fundamentar sus alegaciones en la aplicación de la cláusula *"rebus sic stantibus"* y tienen por objeto contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda y permiten reducir temporalmente el importe de la renta a pagar por el arrendatario en un determinado porcentaje, que oscila entre el 25 y el 50%. (Auto n.º 447/2020 el Juzgado de Primera Instancia n.º 81 de Madrid de 25 de septiembre de 2020). Por su parte, el Auto n.º 162/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Benidorm, de 7 de julio de 2020, no solo estimó la pretensión del arrendatario de reducir el importe de la renta, sino que acordó asimismo la prohibición cautelar del arrendador de presentar una demanda de desahucio para el desalojo del arrendatario del local. En contra, debe mencionarse el Auto n.º 348/2020, Juzgado de Primera Instancia n.º 31 de Barcelona en fecha 21 de septiembre de 2020 que desestimó la solicitud de medidas cautelares instada por el arrendatario de un local en el que se explota un negocio de venta de calzado y en el que, a pesar de declarar probada la alteración de las circunstancias contractuales debido a la pandemia originada por la Covid-19, el Juzgado denegó las medidas cautelares solicitadas por no haberse probado debidamente el *"periculum in mora", pues* la actora *"ni alega ni prueba riesgo de insolvencia de la parte demandada"*, por lo que *"no se ha acreditado el peligro que se pretende"*. Por otro lado, merece destacarse otras resoluciones que analizan la posibilidad de suspender cautelarmente el derecho del arrendador de ejecutar las garantías asociadas al contrato (Auto n.º 299/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid, de 13 de agosto) en

No es el momento, ni disponemos del espacio suficiente, para recordar las distintas construcciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los requisitos necesarios para la aplicación de esta cláusula, ni cómo está tratada en la legislación de países de nuestro entorno[30]. Se debe, no obstante, insistir en la necesidad de su regulación para su incorporación a nuestro derecho de contratos[31], pues el gran problema que tiene la utilización de esta cláusula es la falta unos parámetros concretos de aplicación y unas consecuencias jurídicas determinadas. Por ello, la plasmación en una norma de una doctrina unificada sobre sus requisitos y consecuencias ayudaría a dar seguridad jurídica a los arrendamientos y al mercado arrendaticio en general. En tal regulación deberían tenerse en cuenta, a nuestro juicio, la posibilidad de ampliar su ámbito de aplicación a todo tipo de contratos de tracto

---

la que el Juzgado acordó la suspensión de la facultad de la demandada de reclamar judicial o extrajudicialmente las garantías del contrato de arrendamiento y, para el caso de que ya se hubiere ejecutado el aval, la suspensión cautelar de la obligación del arrendador de otorgar nuevo aval para mantener garantizado el importe correspondiente. Asimismo, el Juzgado acordó imponer a la arrendadora la obligación de abstenerse de incluir a la arrendataria en ficheros de morosos. En parecidos términos se pronuncian el Auto n.º 262/2020 del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, de 6 de octubre de 2020 y el Auto n.º55/2020 del Juzgado de Primera Instancia de El Prat de Llobregat de 15 de julio de 2020.

[30] Se contempla en el derecho alemán (geshfätsgrundlage —§ 313 BGB-), el derecho italiano (eccesiva onerosità sopravenuta en el Código civil italiano —LEG 1889, 27-) y en el derecho anglosajon;(frustration o hardship), y también en la normativa internacional que pretende establecer una cierta armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, en especial en el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT, en el artículo 6.111 de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (de ahora en adelante PEDC). En España ha habido un intento de sistematizar la cláusula rebus por el legislador catalán con ocasión del Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre. La exposición de motivos de la referida norma señala que: *El contenido del presente Decreto-ley propone un criterio distributivo de las consecuencias negativas que se derivan de las prohibiciones, suspensiones y restricciones impuestas para evitar la propagación de la pandemia de la COVID-19 respecto del aprovechamiento material de bienes inmuebles arrendados para el uso de actividades industriales y comerciales, entendidas en el sentido ya mencionado (…).Teniendo en cuenta, por lo tanto, la excesiva onerosidad de algunas de las prestaciones, el carácter imprevisible e inevitable del riesgo de donde deriva y la necesidad de restablecer el equilibrio contractual, partiendo del principio de conservación del contrato y de acuerdo con las reglas de la buena fe y de la honradez de los tratos, se opta por preservar e incentivar la autonomía de la voluntad y se establecen las reglas legales que se tienen que aplicar si las partes no llegan a un acuerdo. De esta forma se adopta una solución expeditiva en sintonía con el fundamento de la cláusula rebus sic stantibus y se evita, al mismo tiempo, el incremento indeseable de la litigiosidad*. MORENO TRAPIELLA, P: Diálogos para el futuro judicial…", op. cit, pág. 17.

[31] Se apuntaba a esta posibilidad en el Preámbulo del RD-L 15/2020 mencionado de que *procede prever una regulación específica en línea con la cláusula rebus sic stantibus,* mención de la que ha prescindido el preámbulo del RD-L 35/2020.

sucesivo, y, sobre todo, la necesidad de incluir con carácter previo la necesidad de acudir a mecanismos de resolución previos.

En efecto, conforme con la construcción jurisprudencial de la "cláusula rebus sic stantibus", cuya traducción liberal es "mientras duren las cosas", resulta de aplicación en aquellos supuestos en los que concurre una alteración extraordinaria sobrevenida e imprevista de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento de la celebración del contrato, siendo dicha alteración de tal magnitud que produce un importante desequilibro en el sinalagma negocial, vulnerando el principio de equivalencia de las prestaciones y los principios de conmutatividad y de buena fe que deben regir en materia contractual (art. 1258 CC). En un contrato bilateral y sinalagmático, como lo es el de arrendamiento, las obligaciones y prestaciones de las partes son recíprocas e interdependientes entre sí, por lo que la imposibilidad de cumplimiento de una de ellas debe conllevar necesariamente la inexigibilidad de la que le es recíproca. Así, desde la perspectiva de la causa, si el arrendatario ve frustrado lo que para él constituye la causa del contrato (la posibilidad de utilizar y explotar el inmueble arrendado como consecuencia del estado de alarma), o habiendo desaparecido de forma temporal tal causa, no debería serle exigible el pago de la renta. Y, de forma análoga, desde la perspectiva de la equivalencia de las prestaciones, si no se cumple la prestación del arrendador (cesión del inmueble para su efectivo uso y explotación), no debería poder exigirse contraprestación alguna.

La aplicación de la "cláusula rebus sic stantibus" requiere, por tanto, de un elemento esencial, esto es, un acontecimiento o cambio de las circunstancias, que más allá de la posibilidad de realización de la prestación, lleve consigo una alteración de la razón o causa económica que informó el equilibrio prestacional del contrato que determine una injustificada mayor onerosidad para una de las partes. Por tanto, lo importante no es la capacidad de pago del arrendatario, sino la pérdida del valor de mercado del inmueble arrendado respecto del que tenía cuando se perfeccionó el contrato[32]. Por esta razón, no resulta

[32] *La doctrina rebus no ha sido nunca un remedio de quien simplemente y sin su culpa ha dejado de poder pagar, acaso porque le asalta una turba de malas contingencias. Una ejecución no se hace "excesivamente onerosa" cuando el deudor no puede pagarla. De otra forma, todo deudor concursado estaría sujeto a deudas "excesivamente onerosas". Lo oneroso es calidad del sinalagma, no del bolsillo del deudor. Se requiere que el coste de procuración del medio de pago o del objeto de cumplimiento se haya hecho más caro por circunstancias sobrevenidas y que el valor de la contraprestación recibida haya disminuido excesivamente, o que ocurra una de estas dos cosas y además y correlativamente el acreedor esté recibiendo en virtud del contrato excesivamente más de lo que estaría recibiendo del mercado o esté ahorrándose excesivamente los costes*

adecuada en los arrendamientos de vivienda y debe circunscribirse al ámbito de los arrendamientos para uso distinto de la vivienda[33], en los que se podría acreditar que el valor de la prestación que recibe el arrendatario —el uso del local—, ha disminuido a consecuencia de la pandemia y no de cualquier manera, sino de un modo exorbitante. Por los mismos argumentos, su aplicación requiere, en todo caso, su apreciación judicial, pues debe verificarse la concurrencia de los requisitos en el caso concreto. Este es uno de los mayores problemas que presenta la aplicación de la cláusula en las circunstancias actuales, que demandan celeridad en la resolución de los conflictos. Pero ello dependerá de cómo se configure. Puede hacerse en torno a la noción de "*excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación*".

Nuestro Código civil no contempla expresamente ni la modificación ni la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación. De la combinación de los arts. 1091, 1255 y 1258 CC resulta que sólo las partes contratantes pueden, por mutuo acuerdo, modificar o terminar el contrato por ellas celebrado. Pero pese a que es indudable que el principio de la autonomía de la voluntad es una conquista jurídica del pasado, no es un dogma absoluto que impida cualquier mecanismo de intervención en el contrato, cuanto éste sea, de forma sobrevenida, manifiestamente perjudicial e injusto para una de las partes. Es comprensible que ciertos mecanismos de intervención en el acuerdo contractual estén permitidos cuando éste choca frontalmente contra la buena fe, la reciprocidad de las prestaciones y la justicia. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 23 de noviembre, de 2000 (JUR 2001, 52108), afirma que *Como regla general, y por exigencias de la*

---

de procuración que le corresponden conforme al contrato. No basta que las ventas del arrendatario se hundan y deje de poder hacer caja para pagar la renta. Es preciso (aparte de la exigencia de que el hundimiento sea excesivo) que el arrendador esté cobrando (o quiera cobrar) conforme al contrato una renta que estén muy por encima de lo que ahora pagaría el mercado. Recuerdo que la cláusula 6.2.2 (Hardship) de los Principio Unidroit se expresan con auténtica precisión cuando declara alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished. CARRASCO PERERA, A: "Al fin la madre de todas las batallas del COVID-19: "Rebus sic stantibus" con ocasión de la reciente propuesta institucional", Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha, fecha de publicación: 22 de mayo de 2020

[33] Se muestra partidario de aplicar la cláusula rebus a los arrendamientos de estudiantes, FUENTES-LOJO RIUS, A: Efectos jurídicos del Coronavirus en los contratos de arrendamiento de vivienda para estudiantes, *Diario La Ley*, n.º 9625, Sección Tribuna, 5 de mayo de 2020, WOLTERS KLUWER, La Ley 4142/2020, pág. 2. En contra, GÓNZALEZ CARRASCO, M.ª C: "La duración de los contratos de arrendamientos de pisos de estudiantes ante la interrupción de la actividad docente presencial derivada del estado de alarma, *Revista CESCO,* abril de 2020

seguridad jurídica, ese principio de inalterabilidad del contrato opera aun cuando la vida, en su continuo fluir, traiga consigo una alteración de las circunstancias, ajena a la actuación y a la voluntad de las partes. Mas a veces, y sobre todo en momentos de crisis económica, o cuando se trata de contratos de ejecución sucesiva y larga duración, ese cambio de circunstancias puede hacer excesivamente onerosa para una de las partes la ejecución de lo convenido o puede convertir el contrato en objetivamente injusto. En tales supuestos el Derecho puede reaccionar frente a esos eventos con tres tipos de soluciones: a) Las de naturaleza contractual, en las cuales las propias partes prevén la posible alteración de las circunstancias y toman medidas cautelares contra ella b) Las de tipo legal en que es el propio Estado el que en un determinado momento dicta leyes de aplicación general para atender a las circunstancias especiales c) Las de tipo judicial, por las que se confía a los tribunales la facultad de fallar contra la fuerza vinculante de las convenciones, previo al ejercicio de la correspondiente acción por una de las partes.

Es evidente que un evento imprevisible e inevitable como el COVID 19 es un supuesto de hecho de la excesiva onerosidad sobrevenida (hardship), alternativa que entra bajo la doctrina de la rebus sic stantibus, y que permite revisar o resolver el contrato ante la aparición de circunstancias imprevisibles que afectan al equilibrio del contrato y le tornan injusto. Está prevista para situaciones en las que, por circunstancias sobrevenidas, se hace excesivamente gravosa la prestación de una de las partes, destruyendo, de este modo, la relación de equivalencia entre las prestaciones. Se aplica en los casos en los que la prestación se ha hecho muy onerosa para el deudor, pero es posible su cumplimiento, y en contratos de tracto sucesivo, o de tracto único, pero con ejecución diferida en el tiempo, e implica la facultad de pedir una modificación contractual que restaure el equilibrio inicial de las contraprestaciones a la parte perjudicada, siempre que ello sea posible, o pedir la extinción de dicho contrato.

Pero es imprescindible que establezca como solución prioritaria la renegociación del contrato entre las partes con arreglo a la buena fe [34],

[34] Coincidimos en que es, *ciertamente, deseable que las partes lleguen a un acuerdo renegociado libremente. Y hasta podemos imaginar que, si todos los contratos vigentes, afectados por la alteración de las circunstancias, fueran satisfactoriamente renegociados, en condiciones razonables (suponiendo en las partes el mismo poder de negociación), el resultado sería "ideal". Los contratos renegociados reflejarían la valoración que hacen los contratantes de la nueva situación. Pero una cosa es tomar en cuenta los acuerdos que puedan alcanzar las partes, en cada caso, y otra distinta imponer la negociación para alcanzar acuerdos. Imponer la negociación crea dilaciones, permite al contratante no afectado por el cambio de circunstancias operar con una estrategia oportunista. Prolonga la situación de incertidumbre. Tiene el riesgo de la asimetría en el*

y solo si no se alcanza un acuerdo, se debe permitir al juez revisar el contenido del contrato o resolverlo[35]. En esta línea merece destacarse la regulación de la *excesiva onerosidad* en el art. 1213 de la "Propuesta para la modernización del Derecho de las obligaciones y contratos", preparada por la Comisión General de Codificación[36] , el artículo 562-5 de la "Propuesta de Código Civil", elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil[37] y, en el artículo 416.2 del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil* [38]. Aunque pueden existir variantes en

---

poder de negociación, lo que no siempre garantiza la corrección del resultado alcanzado. Y si imponer la renegociación tiene estos inconvenientes, es aún menos oportuno, en las actuales circunstancias, hacer entrar al juez, tras el fracaso, en la valoración de las conductas de los contratantes para decretar una posible indemnización. Esto implicaría una sobrecarga de esfuerzo para los tribunales. GAMUZA, Jj; GÓMEZ POMAR, F: "Los instrumentos para intervenir en los contratos…, op. cit., pág.565

[35] El legislador catalán con ocasión del Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre que ya hemos mencionado opta por preservar e incentivar la autonomía de la voluntad y establece las reglas legales que se tienen que aplicar si las partes no llegan a un acuerdo. Entiendo preferible, para los casos en que no sea posible la renegociación, una intervención judicial, que modificará el contenido del contrato valorando las circunstancias concretas del caso. Sobre el tema, CARRASCO PERERA, A: "Alquileres catalanes anti-Covid. Una antología de derecho malo", *Centro de Estudios de Consumo-UCLM*, octubre 2020.

[36] Bajo la rúbrica "De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato" determina que, *si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no lo sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La petición de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.*

[37] Artículo 526-5. *Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato.*

1. *Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución.*
2. *Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando: a) El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; b) No es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y c) El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.*
3. *El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución.*

[38] Bajo la rúbrica, "Excesiva onerosidad del contrato" determina que, e*n caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumpli-*

la concreción de la cláusula hay, no obstante, directrices coincidentes. El papel del juez puede ser, bien adaptar el contrato bajo ciertas pautas para restablecer el equilibrio (dictar un contrato modificado) o bien declararlo resuelto (determinando el momento al que se retrotraen los efectos de la resolución por él decretada). En esta línea de apreciación de la cláusula rebus merecen destacarse las recientes resoluciones judiciales, en especial, la construcción realizada en la Sentencia núm. 1/2021 del JPI de Barcelona, de 8 enero, (ROJ: SJPI 1/2021). Recuerda la sentencia (22) que la posibilidad de alterar la regla "pacta sunt servanda " ante una modificación excepcional de las circunstancies es admitida en el 6.111 del Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante, PECL)[39] y que, aunque tales principios no tengan carácter vinculante se utilizan como criterios interpretativos de nuestro ordenamiento, tal y como ha declarado el TS en muchas ocasiones, (entre otras en la STS 5/2019, de 9 de enero de 2019 (ROJ: STS 13/2019). Recuerda también que la jurisprudencia ha determinado sus requisitos[40], y que la normativa excepcional no impi-

miento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde. Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale (art. 416. *2. 1). Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos."*

[39] El artículo 6:111 de los PECL, bajo la rúbrica "Cambio de circunstancias" determina que (*1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias. (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura*

[40] Estos requisitos son los siguientes: 1.—Que se haya producido una alteración extraordinaria e imprevisible de los elementos tenidos en cuenta al firmar el contrato de manea que la nueva situación haya implicado una alteración de la base del ne-

de que atendiendo a las circunstancias del caso se puede solicitar otra consecuencia diferente pues la medida de establecer una moratoria en el contrato *puede ser suficiente en determinados contratos para conseguir el equilibrio en las prestaciones, pero puede no serlo en otros*[41].

VIII. CONCLUSIONES

1.—La normativa excepcional, cuya redacción, como hemos visto, contiene muchos puntos abiertos que suscita dudas razonables en su interpretación, ha generado, además de incertidumbre, rechazo tanto en el colectivo de los arrendatarios como en el de arrendadores. Respecto de los primeros, porque únicamente pueden beneficiarse de la totalidad de las medidas determinados arrendatarios (fundamentalmente arrendatarios vulnerables, pymes o autónomos) y estas, que consisten básicamente en moratorias o reducción del 50 % de la renta, son obligatorias en el primer caso únicamente si los arrendadores son empresas o entidades públicas o grandes tenedores, un tipo de arrendador claramente minoritario. Y, en cuanto a los arrendadores, porque se les está obligando a asumir las citadas medidas sin compensación alguna por parte de las Administraciones públicas lo que supone una ruptura del equilibrio de derechos y deberes de las obligaciones de ambos contratantes. Tampoco parece que la aprobación de estas normas esté contribuyendo a evitar la litigiosidad, lo cual, junto con la mitigación de algunos de los efectos indeseables de la crisis

---

gocio. Por ello se excluye la aplicación de esta cláusula cuando el contrato ya prevé una consecuencia ante una futura alteración o cuando el propio contrato ya lleva inherente la asunción del riesgo como puede ser un contrato de inversión.2.—Que esa alteración de la base del negocio produzca o bien la frustración de la propia finalidad del contrato o un perjuicio grave y excesivamente oneroso a una de las partes, lo que implica que no sea conforme a los criterios de buena fe y de equidad que esta excesiva onerosidad sea soportada exclusivamente por una de las partes contratantes.3.—Que las partes hayan intentado negociar la modificación del contrato y no se haya llegado a un acuerdo sobre la cuestión. 4.—Que la solución que se persiga sea poner fin al contrato o modificarlo de manera que las pérdidas y ganancias que se deriven del cambio se distribuya entre las partes de forma equitativa y justa (STS 64/2015, de 24 de febrero de 2015 (ROJ: STS 1698/2015); la STS 5/2019 de 9 de enero de 2019(ROJ: STS 13/2019); STS 455/2019, de 18 de julio de 2019 ROJ: STS 2831/2019) o la STS 156/2020, de 6 de marzo de 2020 (ROJ: STS 791/2020).

[41] Ver también, SJPI de Burgos (ROJ:1425/2021), de 22 de julio de 2021; SJPI de Pamplona 894/2021) de 22 de julio de 2021; SJPI de Madrid (ROJ 1410/2021) de 28 de julio de 2021.

económica y social, debería ser una de las finalidades primordiales de la normativa excepcional.

2.—Es previsible, a la vista de la evolución de la pandemia, un aumento de impagos, lo que requiere la búsqueda de soluciones que eviten declaraciones de concurso en cadena: concurso de arrendatarios (persona natural o jurídica) y posteriores concursos de arrendadores (persona natural o jurídica).

3.—Es de destacar el contenido de algunas de las primeras resoluciones de juzgados de primera instancia, en las que se ha reconocido, de forma cautelar y en alguna sentencia, la posibilidad de acudir a figuras como la "cláusula rebus sic stantibus" para reequilibrar las prestaciones contractuales.

4.—Se impone una actuación legislativa encaminada a incorporar a nuestro ordenamiento una regulación detallada de instrumentos, que permitan afrontar a corto plazo, y en el futuro, situaciones excepcionales como la presente, y que, en el ámbito de las relaciones arrendaticias protejan a todos los arrendatarios y se aplicable a todo tipo de contratos de arrendamiento sin penalizar la posición del arrendador.

5.—Tal actuación legislativa debería centrarse en incorporar a nuestra ordenamiento jurídico la figura de la "excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación" en línea con lo dispuesto tanto en los dispuesto en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, como en los art. 1213 de la *Propuesta para la modernización del Derecho de las obligaciones* y 562-5 de la *Propuesta de Código Civil*, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y 416.2 del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*

IX. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, A: "Un modelo contractual para COVID-19: las moratorias como bonos a la vista", *Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha* Fecha de publicación: 02 de mayo de 2020

— "Alquileres catalanes anti-Covid. Una antología de derecho malo", *Centro de Estudios de Consumo-Universidad de Castilla-La Mancha*, fecha de publicación, 8 octubre 2020

— "Al fin la madre de todas las batallas del COVID-19: "Rebus sic stantibus" con ocasión de la reciente propuesta institucional",

Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha, fecha de publicación: 22 de mayo de 2020

FUENTES LOJO, Últimas novedades legales en arrendamientos de uso distinto de vivienda e industria en tiempos de pandemia. Comentarios al RDL 35/2020", *Diario La Ley*, n.º 9769, Sección Tribuna, 13 de enero de 2021, LA LEY *82/2021*

FUENTES-LOJO RIUS, A: "Diálogos para el futuro judicial XXI. Derecho de arrendamiento y COVID 19", *Diario La Ley*, n.º 9811, LA LEY 2797/2021

GÓNZALEZ CARRASCO, M C: "La duración de los contratos de arrendamientos de pisos de estudiantes ante la interrupción de la actividad docente presencial derivada del estado de alarma, *Revista CESCO,* abril de 2020

JIMENEZ PARIS, TA: "Protección del arrendatario vulnerable; cláusula COVID y Real Decreto Ley 2/2021", *OTROSÍ.: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*,, n.º. 8, 2021, págs. 44-45.

— "Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda con arreglo al Real Decreto – ley 2/2021, de 26 de enero. El problema de la enajenación de la vivienda arrendada durante la prórroga extraordinaria", *RCDI*, núm 785, 2021. Págs.1886-1894.

GAMUZA, JJ; GÓMEZ POMAR, F: "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *Revista de Derecho, INDRET*, 2, 2020, pág.562 y ss.

MORENO TRAPIELLA, P: "Diálogos para el futuro judicial XXI. Derecho de arrendamiento y COVID 19", *Diario La Ley*, n.º 9811, LA LEY 2797/2021

PACHECO CIFUENTES, A: "COVID-19. Dudas sobre la moratoria de deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores", *Diario La Ley*, n.º 9619, Sección Tribuna, 23 de abril de 2020, LA LEY *4117/2020*

PINTO OLIVEIRA, M: "COVID-2019, Contratos de crédito, contratos de arrendamiento y contratos de viaje de sector turístico en Portugal", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) Ensayos, pp. 89-102

SALAS CARCELLER, A; ECHEVERRÍA SUMMERS, FM; MUÑOZ NAVARRO, AJ; MEDINA ORTIZ, J: "¿Cómo computa la titularidad de una cuota indivisa de una vivienda en la calificación legal de gran tenedor?"(coord Alejandro Fuentes-Lojo Rius), *Actualidad Civil,* n.º 6, Sección Derecho de los contratos / Debate jurídico, Junio 2020, La Ley 8721/2020

TORRES LÓPEZ, A: "Propietario vulnerable versus arrendatario u ocupante vulnerable", *OTROSÍ.: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, pág. 46 y 47.

Revista de Derecho UNED, NÚM. 29, 2022

SEGUNDO ACCÉSIT

JUSTICIA TRIBUTARIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA: EL INCENTIVO FISCAL PARA FOMENTAR LA REBAJA DE LA RENTA ARRENDATICIA

TAX JUSTICE IN TIMES OF PANDEMIC: THE TAX INCENTIVE TO ENCOURAGE THE REDUCTION OF RENTAL INCOME

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ DONA

Doctorando en Derecho Financiero y Tributario
en la Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: *I. Introducción II. Ámbito de aplicación del incentivo fiscal. A. Ámbito material. B. Ámbito temporal. C. Ámbito espacial III. La repercusión práctica del incentivo fiscal. A. El beneficio en la estructura del IRPF. B. El beneficio fiscal en el funcionamiento comercial del arrendatario. C. Pérdida del derecho. IV. La problemática del incentivo a la luz del principio de no discriminación fiscal. A. Planteamiento general. B. No discriminación en el Derecho de la Unión Europea. C. No discriminación en los Convenios de Doble Imposición. D. No discriminación en el Derecho interno V. Conclusiones VI. Bibliografía empleada.*

Resumen: La pandemia por la propagación del SARS-CoV-2 ha supuesto un elevadísimo coste en vidas humanas. El establecimiento por las diferentes autoridades gubernativas de medidas restrictivas para intentar evitar los contagios ha conducido, además, a una notoria reducción en el crecimiento económico y a que múltiples empresas se hayan visto obligadas a cesar en su actividad. Para ayudar a paliar esta adversa situación en los sectores más desfavorecidos con la crisis sanitaria, las potestades del Estado han adoptado medidas de carácter económico y social como el establecimiento del incentivo fiscal para fomentar la rebaja o moratoria de la renta arrendaticia a ciertos sectores de negocio. En el presente trabajo se realizará un exa-

men de esta medida de justicia tributaria, abordando en un primer lugar el contexto en el que se ha instaurado, sus diferentes ámbitos de aplicación, la relevancia práctica de su reconocimiento y, finalmente, los problemas que acarrea desde la perspectiva de la igualdad de trato y no discriminación fiscal. Todas estas cuestiones serán tratadas desde una perspectiva crítica para invitar a la reflexión y mejora de este incentivo, que hace destacar el elemento de justicia que preside e inspira nuestro sistema fiscal.

Palabras clave: Pandemia por COVID-19, renta arrendaticia, acuerdo, deducción, discriminación fiscal.

Abstract: The pandemic due to the spread of the SARS-CoV-2 has meant a very high cost in human lives. The establishment by the different government authorities of restrictive measures to try to avoid contagion has also led to a marked reduction in economic growth and that multiple companies being forced to cease their activity. To help alleviate this adverse situation in the most disadvantaged sectors with the health crisis, the Powers of the State have adopted measures of an economic and social nature such as the establishment of the tax incentive to promote the reduction or moratorium of rental income to certain business sectors. In this work, we will do an examination of this tax justice measure, addresing in the first place the context in which it has been established, its different areas of application, the practical relevance of its recognition and, finally, the problems it entails from the perspective of equal treatment and non-discrimination in taxation. All these issues will be treated from a critical perspective to invite reflection and improvement of this incentive, which highlights the element of justice that presides over and inspires our tax system.

Keywords: COVID-19 pandemic, rental income, agreement, tax deduction, tax discrimination.

Recepción original: 9/09/2021

Aceptación original: 18/11/2021

I. INTRODUCCIÓN

Los convulsos tiempos que en la actualidad se halla viviendo toda la ciudadanía del planeta, derivados de la pandemia provocada por la expansión del SARS-CoV-2, hacen evocar fundadamente la celebérrima locución empleada por Marco Tulio Cicerón en su primera Catilinaria: *o tempora, o mores*, para referirnos a la vida cotidiana, en este

sentido apacible, que se desarrollaba con anterioridad a la expansión de la COVID-19.

El avance del virus por todo el mundo ha generado, de manera irremediable y lamentable, que millones de personas de toda clase y condición social hayan perdido la vida, así como un elevadísimo número de damnificados por las secuelas persistentes derivadas de la enfermedad que nos asola. No sería, por ello, excusable comenzar el presente trabajo sin tener presentes a todas estas personas en la memoria, dedicando con el desarrollo del mismo un humilde, escueto y más que merecido homenaje a las mismas y a los facultativos que han velado de manera incansable, con esfuerzo y tesón, por la salud pública.

No obstante, no todos los daños han sido de carácter humano. El desarrollo de la pandemia ha generado que las distintas autoridades gubernativas de los Estados adoptasen medidas de diversa índole para intentar contener la expansión del virus, lo cual se ha traducido en una serie de efectos de carácter económico, perniciosos, pero necesarios para salvaguardar la vida e integridad física humana.

Con la adopción de estas medidas, limitativas de derechos fundamentales tales como la libre circulación nacional e internacional, resulta innegable aseverar con rotundidad que se ha producido también una ralentización del proceso de globalización en el que nos hallamos inmersos, al producirse una apreciable reducción de los capitales transferidos y de la movilidad de trabajadores, entre otros factores.

En el concreto caso de España, el desarrollo de la pandemia ha obligado a adoptar una serie de medidas que pretendían en un primer momento evadir la restricción (o, al menos, que la misma fuese mínima) de derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, *verbi gratia* con la prohibición de entrada de aeronaves y buques procedentes de la República Italiana[1], que por entonces era el país europeo con una mayor incidencia vírica; el refuerzo de la protección

[1] Véanse, respectivamente, la Orden PCM/205/2020, de 10 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2020, por el que se establecen medidas excepcionales para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19, mediante la prohibición de los vuelos directos entre la República Italiana y los aeropuertos españoles (*BOE* núm. 61, de 10 de marzo de 2020); y la Orden PCM/216/2020, de 12 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de marzo de 2020, por el que se establecen medidas excepcionales para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19, mediante la prohibición de entrada de buques de pasaje procedentes de la República Italiana y de cruceros de cualquier origen con destino a puertos españoles (*BOE* núm. 64, de 12 de marzo de 2020).

de los deudores hipotecarios; el establecimiento de medidas específicas para el correcto abastecimiento de fármacos y otros productos sanitarios; y la consideración de los períodos de aislamiento o contagio por el virus en que los trabajadores no podían cumplir con sus responsabilidades como accidente laboral[2]; entre otras.

A pesar de todo, el exponencial crecimiento de los casos de contagio en nuestro país propició que el 14 de marzo de 2020 se declarase el primer estado de alarma en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo[3]. En él se establecieron medidas diversas para la contención del avance de la enfermedad que implicaron pérdidas económicas cuantiosas para múltiples sectores. Entre las mismas se debe destacar, para los fines del presente trabajo, la limitación de la libertad de circulación de las personas establecida en el art. 7, y las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración contenidas en el art. 10, que implicaron la suspensión de su apertura al público excepto en lo que se refería a los establecimientos comerciales minoristas de bienes de primera necesidad y entregas de pedidos a domicilio.

La finalización de este estado de alarma se produciría el 21 de junio de 2020, sin perjuicio de que ya con anterioridad se produjese una relajación de las antedichas restricciones que permitieron, por una parte, una mayor movilidad; y, por la otra, la paulatina apertura de establecimientos comerciales y hosteleros a los que se dirige la medida tributaria que examinaremos *a posteriori* de manera prolija. Sobre estos últimos se debe destacar que el reinicio de su actividad económica se ha hallado en todo caso condicionada por medidas de prevención tales como diferentes controles de aforo que, siendo necesarios para el control de la transmisión vírica, han supuesto una reducción de los ingresos de estos sectores durante su vigencia. Estas medidas, imbricadas junto con muchas otras procedentes tanto de los poderes del Estado como de las Comunidades Autónomas formando una vasta y compleja red de normas jurídicas, conforman la denominada "nueva normalidad"[4].

---

[2] Todas estas medidas fueron establecidas en virtud del Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. *BOE* núm. 62, de 11 de marzo de 2020.

[3] *BOE* núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

[4] Debe destacarse en este punto el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (*BOE* núm. 163, de 10 de junio de 2020), tácitamente derogado por la aprobación de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medi-

A pesar de estos esfuerzos, el incremento en la incidencia vírica condujo irremediablemente a la declaración de nuevos estados de alarma. El primero, exclusivamente para ciertos municipios de la Comunidad de Madrid[5] y, pocos días más tarde, para todo el territorio nacional[6]. Mediante su adopción se establecieron medidas tales como la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno y el cierre perimetral de las Comunidades Autónomas, las cuales han tenido también consecuencias perniciosas sobre la economía de los sectores hostelero y comercial. A ello se deben sumar, además, los controles de aforo y cierres establecidos por los órganos ejecutivos autonómicos.

Este estado de alarma finalizó el 9 de mayo de 2021, por los beneficios derivados del proceso de vacunación, no declarándose hasta la fecha ningún otro, si bien es cierto que todavía se mantienen las medidas de prevención establecidas en virtud de la citada Ley 2/2021, de 29 de marzo[7].

Durante la vigencia de todas estas situaciones excepcionales múltiples negocios —en general— han tenido tan severas dificultades que se han visto avocadas a padecer una inestabilidad financiera a medio y largo plazo, en ocasiones tan insostenible que ha conducido irremediablemente al cese de su actividad. De acuerdo con los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), el PIB a precios de mercado sufrió una fuerte caída durante el segundo trimestre del año 2020. Así, si se atiende al primer trimestre del año 2020 se aprecia una caída del 5,4% respecto al resultado del cuarto trimestre del año 2019. Por su parte, en el segundo trimestre de 2020 la caída ha sido de un 17,8% respecto al trimestre anterior. Ese descenso se ha ido recuperando en períodos posteriores, ante la relajación de las medidas restrictivas, si bien el crecimiento económi-

---

das urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (*BOE* núm. 76, de 30 de marzo de 2021).

[5] Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre. *BOE* núm. 268, de 9 de octubre de 2020.

[6] Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. *BOE* núm. 282, de 25 de octubre de 2020.

[7] Por lo que al presente trabajo interesa, las Administraciones se encuentran facultadas, en virtud de los artículos 11 a 14 del instrumento normativo, a asegurar el cumplimiento por los responsables de los establecimientos comerciales, turísticos, hosteleros y recreativos, de las medidas de prevención de la transmisión del SARS-CoV-2 como son el porte de mascarillas, la tenencia de sustancias desinfectantes, el cumplimiento de protocolos de prevención y, especialmente, el control de aforos.

co experimentado antes de la crisis del coronavirus todavía no se ha recuperado en la actualidad[8].

Del mismo modo, desde la declaración del estado de alarma del mes de marzo hasta el fin del año 2020 la cantidad de deudores concursados ha experimentado una notable crecida, tanto de empresas personas físicas[9] o jurídicas como de personas físicas sin actividad empresarial. Si se aprecian los últimos datos que expone el INE, si bien el segundo trimestre del 2020 tuvo la menor cantidad de concursos desde el segundo semestre de 2018, bien cierto es que a medida que la crisis sanitaria se ha ido extendiendo en el tiempo el número de concursos ha ido creciendo, pasando a ser 1.609 voluntarios y 69 necesarios en el tercer trimestre de 2020 y a ser 2.344 voluntarios (la cifra más alta de al menos los últimos dos años) y 84 necesarios en el cuarto trimestre de 2020[10]. Ello contribuye a la extinción de puestos de trabajo y al incremento de la pobreza y desequilibrios en la distribución correcta de la renta.

Examinados estos datos genéricos, conviene detenernos de un modo más concreto en la incidencia de la crisis sobre los negocios en cuyo beneficio va dirigida la medida fiscal a examinar. En primer lugar, por lo que respecta al comercio minorista, señala el INE que durante los meses de marzo y abril del año 2020 es cuando se produce su mayor caída en el volumen de ventas, experimentando a partir de mayo, coincidiendo con el alivio de las restricciones, una mejoría de su situación pero que denota un bajo nivel de ventas con respecto a los tiempos anteriores a la pandemia. En el marco de ese lapso temporal, se debe destacar que durante los meses de enero y febrero de 2021 el nivel de ventas ha sido todavía menor que en meses anteriores, recuperándose el volumen de manera especial en abril de 2021, aunque experimentando de nuevo caídas en los meses posteriores[11].

---

[8] *Cfr.* Instituto Nacional de Estadística, Nota de prensa sobre la Contabilidad Nacional trimestral de España, publicada el 30 de julio de 2021. Puede ser consultada en su integridad para cotejo de sus datos en el *link* https://www.ine.es/daco/daco42/daco4214/cntr0221a.pdf

[9] Pueden, asimismo, tenerse en cuenta los datos estadísticos publicados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social referentes a las personas físicas trabajadoras por cuenta propia afiliadas a la Seguridad Social. La referida información se halla disponible en los informes periódicos publicados en el *link*: https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/autonomos/estadistica/index.htm

[10] *Cfr.* Instituto Nacional de Estadística, Nota de prensa sobre estadística del procedimiento concursal sobre el cuarto trimestre del año 2020 y resumen general de dicho año, publicada el 5 de febrero de 2021. La información puede ser consultada en su integridad en el *link* https://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0420.pdf

[11] *Cfr.* Instituto Nacional de Estadística, Nota de prensa sobre evolución de los Índices de Comercio al por menor (ICM), publicada el 30 de agosto de 2021. Puede

En cuanto al gasto turístico, como uno de los motores esenciales del funcionamiento del sector del hospedaje, de la hostelería y de otros servicios (*verbi gratia,* las agencias de viaje o, en menor medida, los salones de belleza y espacios recreativos), el desplome del turismo extranjero producido a partir de los cierres perimetrales de los Estados desde marzo de 2020 y las posteriores recomendaciones de no viajar a nuestro país por la alta incidencia vírica han generado que, aún a pesar de un discreto crecimiento en el verano de 2020 ralentizado en la temporada invernal, todavía no se hayan recuperado, ni siquiera por una ligera aproximación, los altos niveles de gasto de épocas anteriores a la pandemia[12], lo cual recrudece las expectativas de recuperación de los negocios a los que la actividad turística arrastra[13]. A ello se deben sumar los cierres perimetrales de Comunidades Autónomas y municipios anteriormente referidos como consecuencia de las declaraciones de los estados de alarma y las medidas regionales adoptadas, lo cual ha supuesto también una significativa merma de ingresos para estos sectores comerciales.

Pues bien, para paliar estos efectos en el ámbito económico, los diferentes poderes públicos han adoptado una serie de medidas en ejecución de sus políticas de recuperación económica postcovid. Teniendo en cuenta cuál es el objeto del presente trabajo, obviaremos muchas de interesante calado e interés jurídico para centrarnos en algunas estatales establecidas en virtud del Real Decreto-Ley 35/2020, de 22 de diciembre[14].

Si se realiza un examen superficial del instrumento normativo, se puede observar cómo el legislador pretende establecer medidas para facilitar la continuidad de las actividades económicas analizadas mediante la protección de los arrendatarios de locales de negocios, apoyo de los profesionales independientes en el ámbito laboral y de Seguridad Social y medidas de índole tributaria tales como aplaza-

---

ser consultada en su integridad para cotejo de sus datos en el *link* https://www.ine.es/daco/daco42/daco4215/ccm0721.pdf

[12] *Cfr.* Instituto Nacional de Estadística, Nota de prensa sobre encuesta de gasto turístico (EGATUR), publicada el 3 de agosto de 2021. Puede ser consultada en su integridad para cotejo de sus datos en el *link* https://www.ine.es/daco/daco42/egatur/egatur0621.pdf

[13] Adviértase, por ejemplo, cómo el nivel de pernoctaciones en establecimientos hoteleros es significativamente inferior durante el desarrollo de la pandemia, lo cual también ha implicado innegablemente pérdidas también para el sector de la restauración. *Cfr.* Instituto Nacional de Estadística, Nota de prensa sobre coyuntura turística hotelera, publicada el 24 de agosto de 2021. Puede ser consultada en su integridad para cotejo de sus datos en el *link:* https://www.ine.es/daco/daco42/prechote/cth0721.pdf

[14] *BOE* núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

mientos y reducciones cuantitativas de sus obligaciones para con el Erario Público. De estas últimas interesa al presente trabajo tratar el incentivo fiscal para fomentar la rebaja de la renta arrendaticia, establecido en el art. 13 de la norma, en virtud del cual se establece en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[15] una nueva Disposición Adicional 49.

Esta reforma, implantada de forma indubitada por motivos de justicia fiscal, será analizada desde varios puntos de vista. Así, en un primer momento examinaremos los ámbitos de aplicación de la misma. Posteriormente, se procederá al análisis más prolijo de su contenido y repercusión, tanto para el beneficiario de la medida tributaria como para el arrendatario. No obstante, en este análisis podremos observar cómo existe un colectivo de contribuyentes, el de los no residentes, que no se ha visto beneficiado por el incentivo, motivo por el cual procede examinar la disposición establecida a la luz del principio de no discriminación fiscal. Una vez expuestos todos estos extremos, se expondrán las conclusiones obtenidas del presente estudio.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL INCENTIVO FISCAL

La lógica de trabajo con la que los juristas bizantinos llevaron a cabo la recopilación justinianea del Derecho Romano a través del *Digesto* resulta, una vez más, de enorme utilidad para el análisis y comentario científico de las normas jurídicas vigentes en la actualidad.

Así, la recogida aseveración de GAYO en sus comentarios sobre la Ley Decenviral (*Digesta,* 1.2.1), señalaba que para interpretar las leyes de un modo perfecto es preciso hacerlo en todas sus partes, y el principio es la parte más importante de cualquier cosa. Si bien esta expresión era referida, en su obra, a los comienzos de la civilización romana, en justo paralelismo podríamos referirnos aquí, como comienzo del análisis, al ámbito de aplicación de la norma tributaria que es objeto del presente estudio.

De este modo, comenzaremos haciendo un examen del ámbito material de aplicación, para posteriormente centrarnos en el temporal y en el espacial. De todos ellos no nos centraremos exclusivamente en señalar cuestiones superficiales y carentes de juicio cognitivo, sino que procuraremos realizar un estudio crítico que pretenda proponer una mejor solución para la medida decretada con la manifestación

[15] *BOE* núm. 285, de 29 de noviembre de 2006.

de posibles incorrecciones jurídicas latentes ya desde estos primeros momentos.

A. Ámbito de aplicación material

En este punto el estudio debe realizarse desde dos puntos de vista. Así, en un primer momento expondremos las operaciones que permiten la aplicación del beneficio fiscal y, en segundo lugar, nos referiremos a la figura impositiva a la que se refiere la reforma establecida por el legislador.

Para poder estudiar la operación generadora del derecho a deducir debemos tener en consideración *prima facie* que entre las medidas insertadas por el Real Decreto-Ley 35/2020 se encuentra la posibilidad de solicitar, en los términos que la norma establece, una serie de modificaciones del derecho de crédito que ostentan los arrendadores de locales de negocio contra los arrendatarios.

Si bien es cierto que existen supuestos en los que los titulares de negocios que han visto completamente mermada su cuantía de ingresos durante estos tiempos de pandemia se han podido acoger a la aplicación de cláusulas *rebus sic stantibus* o de consensuadas novaciones modificativas del objeto de la obligación *ex* art. 1203.1.º del Código Civil[16], también ha existido una cuantiosa cantidad de supuestos en que ello no ha podido tener lugar.

Para combatir esta situación, el Real Decreto-Ley 35/2020, a semejanza de normas anteriores[17], estableció una serie de cuestiones en aras a beneficiar a los pequeños empresarios. Así, con arreglo al art. 1, a falta de acuerdo, los arrendatarios tuvieron derecho a exigir al arrendador una reducción del 50% en el importe de la renta o una moratoria en su pago. Ahora bien, el precepto deja en manos del arrendador la elección concreta de la medida a aplicar.

Para todo ello, el precepto exigía una serie de requisitos específicos al arrendador como ser una empresa o entidad pública o un gran

[16] *Gaceta de Madrid,* núm. 206, de 25 de julio de 1889.

[17] Ya en el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (*BOE* núm. 112, de 22 de abril de 2020) se establecían estas medidas en relación con el tiempo de duración del primer estado de alarma provocado por la crisis del coronavirus, con las mismas exigencias para arrendadores y arrendatarios que las que se expondrán a continuación. A pesar de esta similitud, para estos casos no se había previsto un incentivo fiscal de ninguna naturaleza para propiciar los acuerdos entre partes.

tenedor (persona física o jurídica que fuese titular[18] de más de 10 inmuebles urbanos, a excepción de garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 metros cuadrados). Además, la medida no podría exigirse a los arrendadores en concurso de acreedores o en situación de insolvencia.

Por otra parte, el art. 2 del Real Decreto-Ley 35/2020 permitió, para los supuestos en que los arrendadores sean distintos de los referidos en el párrafo anterior, que a falta de acuerdo el arrendatario pudiese pedir el aplazamiento temporal y extraordinario del pago de la renta, sin existir un marco temporal definido como sí acaecía en el caso anterior.

En ambos casos, los autónomos y PYMES arrendatarios debían cumplir los requisitos exigidos en el art. 3 de la norma, entre los cuales se halla la suspensión de su actividad comercial a consecuencia de la declaración del estado de alarma del mes de octubre o, en el caso de que la actividad no esté directamente suspendida, se haya producido una reducción de su facturación de al menos un 75% en relación con la facturación media mensual del trimestre al que pertenece dicho mes referido al año anterior. Tal es el caso de múltiples profesionales de los ámbitos hostelero, turístico y de comercio minorista, a los cuales ya tiene en cuenta el legislador en la Exposición de Motivos de la norma al señalar lo siguiente:

> *"las medidas de distanciamiento físico y limitaciones a la movilidad, necesarias y efectivas para controlar la transmisión del virus, tienen un enorme impacto en la actividad productiva y el bienestar de la ciudadanía. Estos efectos se han dejado notar tanto en la oferta, con severas dificultades para las cadenas de suministros y el cierre temporal de negocios, como en la demanda doméstica y externa, con una importante repercusión sobre algunos sectores como el turismo o el comercio, esenciales para la economía española".*

Por estos mismos motivos de depauperación económica de estos sectores productivos se ha creado en virtud del art. 13 del Real Decreto-Ley 35/2020 el incentivo fiscal que vamos a proceder a analizar.

[18] Debe incidirse en este punto, a juicio del que suscribe, que el término *titular* empleado por el precepto implica que sólo puedan verse acogidos a esta norma los arrendadores que ostenten el dominio, excluyéndose por ende los sujetos activos de otros derechos con posibilidades de obtener frutos civiles tales como los usufructuarios y los arrendatarios que hagan uso de las facultades de subarrendamiento. Tal aseveración se fundamenta en el carácter excepcional de esta norma frente a la regla general que supone el pago regular de la cantidad estipulada *ex contractu* en los términos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (*BOE* núm. 282, de 25 de noviembre de 1994), con lo cual se hallaría proscrita la aplicación analógica del supuesto (art. 4.2 CC).

Mediante el precepto, se inserta en la Disposición Adicional 49 de la LIRPF el siguiente tenor literal:

> *"Los arrendadores distintos de los previstos en el apartado 1 del artículo 1 del Real Decreto-Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, que hubieran suscrito un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, o de industria, con un arrendatario que destine el inmueble al desarrollo de una actividad económica clasificada en la división 6 o en los grupos 755, 969, 972 y 973 de la Sección primera de las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, podrán computar en 2021 para el cálculo del rendimiento del capital inmobiliario como gasto deducible la cuantía de la rebaja en la renta arrendaticia que voluntariamente hubieran acordado a partir de 14 de marzo de 2020 correspondientes a las mensualidades devengadas en los meses de enero, febrero y marzo de 2021.*
>
> *El arrendador deberá informar separadamente en su declaración del Impuesto del importe del gasto deducible a que se refiere el párrafo anterior por este incentivo, consignando asimismo el número de identificación fiscal del arrendatario cuya renta se hubiese rebajado*
>
> *No será aplicable lo establecido en esta disposición, cuando la rebaja en la renta arrendaticia se compense con posterioridad por el arrendatario mediante incrementos en las rentas posteriores u otras prestaciones o cuando los arrendatarios sean una persona o entidad vinculada con el arrendador en el sentido del artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades o estén unidos con aquel por vínculos de parentesco, incluido el cónyuge, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el segundo grado inclusive".*

Realizando una lectura del precepto una de las primeras cuestiones que se debe señalar es referente al lenguaje empleado para una medida fiscal de tanto alcance y relevancia como la que nos ocupa. Así, como ya señalaba Bobbio, la parte crítica común e indispensable de toda ciencia es el llamado análisis del lenguaje[19], y el examen de esta norma no puede ser una excepción a esta premisa, máxime cuando está contrariando la necesidad de que el lenguaje de las normas dictadas por el Ejecutivo deben seguir una serie de patrones establecidos en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005[20] en aras a lograr un lenguaje jurídico más accesible para la ciudadanía.

---

[19] *Cfr.* BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho,* traducción realizada por A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pág. 184.

[20] *BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2005.

Dejando ya al margen esta breve reflexión sobre los aspectos formales del precepto debemos atender a continuación al estudio del mismo desde una perspectiva material que atenderá tanto a los aspectos subjetivos como a los objetivos.

Por lo que se refiere a los sujetos, para que se genere el derecho a deducir el contribuyente-arrendador no puede estar incurso en uno de los supuestos anteriormente referidos del art. 1 del Real Decreto. Ello conduce, en primer lugar, a que no exista un incentivo fiscal para las personas físicas que sean grandes tenedores en la autoliquidación del impuesto, motivo por el cual no se favorece una consensuada rebaja o moratoria en el pago de la renta, debiendo ser por ello forzada por el arrendatario en aplicación de la referida norma jurídica.

Por otra parte, en el caso de empresas públicas arrendadoras es racional que no exista la deducción al no estar sujetas al IRPF. Ahora bien, por lo que respecta a empresas y a personas jurídicas que sean grandes tenedores, carece de sentido que no se haya establecido un incentivo fiscal en la estructura del Impuesto sobre Sociedades que permita una solución consensuada en aras a tutelar la paz social entre las partes de estos contratos de arrendamiento, tal y como es su fin[21].

En lo que se refiere a requisitos objetivos, de acuerdo con la D.A. 49 LIRPF, debemos estar ante un arrendamiento urbano para uso distinto del de vivienda, o de industria, en el que el arrendatario destine el inmueble al desarrollo de una actividad económica clasificada en la división 6 (actividades de comercio, restaurantes, hospedaje y reparaciones) o en los grupos 755 (agencias de viajes), 969 (servicios recreativos como salas de baile, discotecas, casinos, bingos, salones recreativos…), 972 (salones de peluquería e institutos de belleza) y 973 (servicios fotográficos) de la Sección primera de las tarifas del IAE aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre[22].

Una primera cuestión a señalar es que los arrendatarios del inmueble o de la industria no tienen que reunir condiciones específicas más allá que las de dedicarse a estas actividades referidas en el precepto. Por tanto, el incentivo será aplicable exactamente igual aunque el arrendatario reuniese las condiciones exigidas para los arrenda-

[21] No cabe esperar otra cosa si se atiende al propio art. 1.1 del instrumento, en donde se da preferencia al acuerdo alcanzado entre las partes sobre las soluciones legales que el arrendatario puede reclamar, sin determinarse siquiera que el referido pacto novatorio puede tener condiciones peores que las establecidas en la propia norma, al no indicarse nada en este aspecto.

[22] *BOE* núm. 234, de 29 de septiembre de 1990.

dores en el art. 1.1 del Real Decreto 35/2020. Del mismo modo, no resultaría necesario que los arrendatarios cumpliesen las condiciones exigidas por el art. 3 de la norma antes examinadas. Eso sí, para evitar la producción de novaciones modificativas simuladas que pretendan eludir el cumplimiento de la obligación tributaria, quedan proscritas las que se produzcan en el seno de contratos de arrendamiento con personas o entidades vinculadas con el arrendador en los términos del art. 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades[23] o que estén unidos con vínculos de parentesco, cuestión que en un momento posterior examinaremos de forma más minuciosa.

En otro orden de ideas, sobre este punto se debe destacar especialmente que, al tratarse de una norma excepcional, no admite la aplicación analógica para arrendamientos cuyos locales se destinen a actividades similares (art. 4.2 CC). Debido a esta regla de aplicación de las normas jurídicas, otros negocios igual de perjudicados por la crisis no se verán beneficiados por el establecimiento del incentivo fiscal, lo que va a provocar que su arrendador no tenga un aliciente tributario para generar una reducción o moratoria voluntaria de la renta. Piénsese a tal efecto, a título meramente ejemplificativo, en negocios tales como las agencias de transporte, las salas de espectáculos o servicios de enmarcación.

Por lo que atañe a la figura impositiva, de acuerdo con la D.A. 49 LIRPF, ésta se refiere, de manera evidente, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no hallándose previsto el beneficio creado por la reforma a otros gravámenes como el Impuesto sobre Sociedades o el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, cuestión que se podría calificar ya desde este primer momento como de escasa eficiencia, teniendo en cuenta que si se pretende una rebaja voluntaria de la renta arrendaticia, podría haberse realizado el incentivo también en estas otras dos figuras.

Así, por lo que se refiere al IS, debemos tener en cuenta que los contribuyentes del mismo, con arreglo al art. 7.1, epígrafe a), de su ley reguladora, son las personas jurídicas, con exclusión de las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil, siempre y cuando reúnan los requisitos de residencia fiscal en España (art. 8 del mismo cuerpo legal).

Al no haberse previsto una bonificación por este concepto en su impuesto, bien sea mediante algún ajuste en la determinación de la

[23] Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. *BOE* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

renta fiscal, mediante reducción del tipo de gravamen en lo que se refiere a la percepción de este tipo de rendimientos, separándolos del resto, o mediante la inserción de algún tipo de deducción a cuota, no se está propiciando por el legislador una rebaja voluntaria por parte de las personas jurídicas arrendadoras.

Consecuentemente, la omisión por el legislador de insertar alguna medida de este tipo al no incentivar los pactos sobre el pago de la renta, supone que el arrendatario tendrá que hacer uso de la facultad del art. 1.1 del Real Decreto y que, en el caso de no ser aceptada o existir controversias con el arrendador, se pueda tener que llegar a la práctica de reclamaciones, extrajudiciales o incluso jurisdiccionales para lograr estas rebajas o moratorias tan necesarias para las pequeñas empresas, lo que incrementará los costes económicos y psicológicos para estos arrendatarios.

Adicionalmente, la referida omisión resulta criticable porque su inserción resultaría también una excelente ayuda para el tejido empresarial de nuestro Estado, notoriamente dañado por los adversos efectos de la crisis sanitaria y el empobrecimiento de la población, que por ello ha perdido poder adquisitivo. Ademas, no debe olvidarse que la producción de lanzamientos anteriores a la aplicación del precepto y los referidos ceses de negocio por comerciales arrendatarios estudiados en la introducción han provocado para estas empresas una merma de sus fuentes de ingresos.

Por otra parte, el hecho de que no se haya insertado un beneficio fiscal similar en el IRNR supone que las personas, físicas o jurídicas, contribuyentes de esta figura por no tener su residencia fiscal en territorio español que hayan suscrito contratos de arrendamiento distinto al de vivienda, no podrán deducirse posibles reducciones voluntarias que hayan realizado, lo cual debe ser estudiado con una mayor exhaustividad en un momento posterior. Por tanto, procede solamente dejar apuntado en este momento que, al no obtenerse esta utilidad, resultará dudoso que los no residentes apliquen la medida de manera voluntaria (y, si se piensa en personas físicas arrendadoras que no sean grandes tenedores, es dudoso incluso, a la luz del art. 1.1 del Real Decreto, que se pueda obtener incluso jurisdiccionalmente la rebaja de la renta por no estar vinculadas a ella de acuerdo con ese precepto).

B. Ámbito de aplicación temporal

Si bien es cierto que todo el texto articulado del Real Decreto-Ley 35/2020 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín*

Oficial del Estado, con arreglo a su Disposición Final décima, el art. 13 de la referida norma jurídica estableció que el texto de la Disposición Adicional 49 insertada en la ley reguladora del IRPF tendría efectos desde el 1 de enero de 2021.

Esta medida supone que la aplicación de la deducción establecida tendrá eficacia práctica en la declaración de rendimientos del ejercicio del año 2021 para el contribuyente, debiendo aplicarse en la práctica de autoliquidaciones en el período voluntario que se desarrolla en el año 2022, al ser una bonificación contemplada para el ejercicio fiscal del año en curso.

Si se atiende a la Disposición Adicional 49, para que se genere el derecho a deducir, el acuerdo entre arrendador y arrendatario ha de haber tenido lugar a partir del 14 de marzo de 2020 (fecha de la declaración del primer estado de alarma por COVID-19). Resulta criticable que no se establezca el derecho a obtener el incentivo cuando se haya podido realizar la rebaja con anterioridad a esa fecha en previsión del oscuro devenir de los acontecimientos futuros a consecuencia del coronavirus, máxime teniendo en cuenta que la propia Exposición de Motivos del Real Decreto recuerda que la OMS declaró la situación de emergencia de salud pública de importancia internacional el 30 de enero de 2020 y que declaró la situación de pandemia internacional el 11 de marzo de 2020. Por ello, el establecimiento de este límite temporal penaliza de manera indirecta a todos aquellos arrendadores que, de buena fe y de manera diligente, procedieron a consensuar moratorias y reducciones de la renta arrendaticia con los arrendatarios a que hace referencia el precepto para largos o indefinidos períodos, mientras la situación sanitaria no se estabilizase.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que las cuantías de rebaja de la renta arrendaticia que se considerarán para la deducción son las referentes a las devengadas en los meses de enero, febrero y marzo de 2021, y no las anteriores ni tampoco otras posteriores. Sobre esta cuestión se debe volver a hacer una crítica, ya que habría sido de interés que el incentivo se aplicase también a las moratorias y rebajas consensuadas que se llevaron a la práctica en el ejercicio del año 2020 a consecuencia del problema de salud pública que nos asola. No obstante, el que suscribe entiende que ello podría generar grandes problemas de seguridad jurídica y que por la picaresca de ciertos contribuyentes insolidarios se intentaría, incluso con pactos fraudulentos con la parte arrendataria, obtener indebidamente el derecho a deducir.

Para paliar esto último, consideramos que el legislador podría haber optado por insertar algún otro tipo de beneficio fiscal en los rendi-

mientos para el ejercicio siguiente siempre y cuando hubiesen rebajado la renta en los períodos anteriores de 2020, que es cuando se declararon los estados de alarma y se sufrieron más acusados efectos perniciosos.

Esta cuestión debe ponerse en conexión con un problema de relevancia práctica, subyacente en las normas sobre imputación temporal de los rendimientos obtenidos. Así, el arrendador que hubiese pactado una moratoria con el profesional arrendatario durante el ejercicio fiscal del año 2020 y perciba tales rendimientos en el ejercicio 2021 deberá imputarlos a éste ya que el art. 14.1, epígrafe a), de la ley del impuesto establece que los rendimientos del capital se imputarán al período impositivo en que sean exigibles por su perceptor. En los supuestos de moratoria se produce, en el seno del contrato de arrendamiento, un pacto de espera que genera que el *accipiens* de esa obligación pecuniaria no pueda reclamar contra el arrendatario hasta que haya transcurrido el tiempo de duración estipulado.

Como consecuencia de esto, los arrendadores que hayan pactado esas moratorias de buena fe durante el año 2020 y hayan aplicado la rebaja de la renta o un nuevo pacto de espera durante el primer trimestre del ejercicio 2021 van a ver que la aplicación del incentivo fiscal establecido por el Real Decreto-Ley 35/2020 no les va a reportar un gran beneficio en su liquidación del impuesto. Por este motivo, habría resultado interesante la aplicación de una deducción adicional u otro beneficio fiscal en la declaración del tributo del año 2021 para favorecer a los arrrendadores que hubiesen adoptado estas moratorias en el ejercicio del año 2020.

C. Ámbito de aplicación espacial

El Real Decreto-Ley 35/2020 no contiene ninguna disposición que limite espacialmente su aplicación, por lo que debe entenderse que las normas contenidas en él rigen para todo el territorio nacional.

Desde el punto de vista subjetivo, la medida fiscal instaurada en el art. 13 debe aplicarse en general para todo contribuyente que sea residente fiscal en España, sin distinción en este sentido por razón de nacionalidad, la cual no hace tampoco el texto de la ley reguladora del tributo al aplicarse el principio de personalidad por residencia[24],

[24] De acuerdo con Serrano Antón, el principio de personalidad es aquel mediante el cual, en el ámbito de la fiscalidad directa internacional, un Estado puede someter a gravamen toda la renta mundial percibida por un sujeto, con independencia del Estado de la fuente, atendiendo a criterios tales como la nacionalidad o la residencia fiscal. *Cfr.* Serrano Antón, F., "Los principios básicos de la Fiscalidad Internacional

frente al de territorialidad[25], cuestión que acaece en prácticamente todos los sistemas fiscales del mundo[26].

Por su parte, desde el punto de vista objetivo, no se hace en ningún momento alusión a si los bienes inmuebles objeto del arrendamiento deben hallarse en territorio español o no, cuestión que perturba la seguridad jurídica de la medida instaurada. No obstante, si se acude a la interpretación auténtica del Real Decreto se podrá observar cómo en su Exposición de Motivos el Ejecutivo establece que lo que se pretende con estas normas es proteger a los negocios de los sectores turístico, hostelero y comercial, que resultan clave en la economía española.

A la vista de esto, teleológicamente no se puede aseverar que esta medida tributaria de naturaleza extrafiscal[27] se deba aplicar a los residentes en España que ayuden, en otros países, con reducciones de la renta arrendaticia de sus inmuebles en otros Estados a negocios semejantes, aún a pesar de que, con seguridad, su situación económica también será perniciosa al haberse establecido en otros países medidas restrictivas para la contención del SARS-CoV-2.

Sobre este punto bien cierto es que, más allá de la antedicha finalidad protectora pretendida por el Real Decreto-Ley 35/2020, se podría argumentar a favor del contenido de la medida la dificultad que supondría el control del establecimiento práctico real de estos pactos de reducción de renta arrendaticia o de moratoria. No obstante, ello no resultaría un motivo suficiente para que no se hubiese establecido una medida de este tipo.

Así, si atendemos en un primer momento al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, entre sus diferentes normas de Derecho

---

y los Convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación", en Serrano Antón, F. (dir.) y AAVV., *Fiscalidad Internacional*, vol. 1, 7.ª edición, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2019, pág. 288.

[25] Siguiendo a Rubio Guerrero, el principio de territorialidad (también denominado "principio de la fuente" o "principio del origen de la renta") es aquel que fundamenta el derecho de gravamen de un Estado en la localización de fuentes de renta dentro de su territorio nacional. *Cfr.* Rubio Guerrero, J.J., "Los principios básicos de la Fiscalidad Internacional y la doble imposición internacional", en AAVV., *Manual de Fiscalidad Internacional,* Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, pág. 79.

[26] Un ejemplo de nuestro entorno jurídico lo podemos apreciar en el art. 13 del *Código do Imposto sobre o Rendimento das pessoas singulares da República de Portugal.* Fuera de nuestro entorno podemos citar los arts. 9 y 10 del Estatuto Tributario Nacional de Colombia.

[27] La naturaleza extrafiscal de los tributos se concibe por el Tribunal Constitucional en la STC 37/1987, de 26 de marzo (Identificador ECLI:ES:TC:1987:37) como figuras impositivas que sirven como instrumentos de política económica general y para atender a las exigencias de estabilidad y progreso social, tal y como es el caso de la deducción que nos ocupa.

Derivado para evitar la elusión y la mala *praxis* fiscal, se encuentra la Directiva 2011/16/UE, del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad[28], en cuyo art. 8, se establece que la autoridad competente de cada Estado miembro comunicará al otro la información de que disponga relativa a los períodos impositivos a partir del 1 de enero de 2014 en relación con las personas con domicilio en ese Estado miembro sobre una serie de categorías específicas de renta y patrimonio incluyéndose, en su apartado e), los rendimientos inmobiliarios.

Por otra parte, para el caso de que el residente fiscal en España obtenga los rendimientos de un inmueble que no esté situado en el territorio de la Unión Europea pero sí en un Estado con el que se tiene suscrito un Convenio de Doble Imposición, el art. 26 MC OCDE[29] establece una cláusula de intercambio de información entre los Estados contratantes que les obliga a remitirse recíprocamente la información previsiblemente pertinente para exigir los tributos en la forma dispuesta en la legislación nacional de cada país. A ello se debe sumar, además, la obligación de prestación de asistencia en la recaudación de impuestos entre los Estados establecida en virtud del art. 27 del Modelo.

En último lugar, de forma residual para los casos en que la percepción de rentas derive de un inmueble ubicado en un Estado ajeno a la UE y con el que no se ha suscrito un CDI, el art. 29 LGT, así como el art. 104 de la Ley reguladora del Impuesto, establecen para los sujetos pasivos, en concepto de obligaciones formales, la obligación de expedir y entregar facturas y la de conservar y aportar a la Administración cuantos documentos o información deba conservarse en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias o cualquier dato o informe con trascendencia tributaria que deban constar en las declaraciones. Por tanto, la no acreditación documental de las exigencias de la deducción para estos contribuyentes generaría el derecho de la Administración Tributaria a incoar un procedimiento de gestión o de inspección que concluyese resolviendo la inexistencia del derecho a deducir, en su caso.

---

[28] *DOUE L* 64, de 11 de marzo de 2011.

[29] Se ha acudido a este Modelo de Convenio por ser el más significativo en la práctica española, así como en la de múltiples Estados, motivo por el cual se afirma que la Organización ha tenido un papel protagonista en la formulación del Derecho Fiscal Internacional, sin perjuicio de otros Modelos como el de la ONU, que han dejado de ser tan operativos en la práctica. *Cfr.* SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., "Cooperación transfronteriza, convenios multilaterales, eficiencia y equidad fiscal", en Gutiérrez Bengoechea, M., y Sánchez-Archidona Hidalgo, G., *Cuestiones actuales de la Fiscalidad Internacional*, editorial Comares, Granada, 2018, pág. 60.

Finalmente, siguiendo la estructura de liquidación del Impuesto, bien cierto es que las cantidades obtenidas en el extranjero que hayan estado sometidas de manera efectiva a imposición en el otro Estado[30] pueden ser objeto de la deducción por doble imposición establecida en el art. 80 de la ley reguladora del tributo. No obstante, tampoco se ha previsto ningún tipo de medida en este punto que permita aplicar el aliciente fiscal instaurado para estos arrendamientos ajenos al territorio español, motivo por el cual, aunque se hubiese establecido, el arrendador no tendrá derecho a ningún tipo de beneficio fiscal en su liquidación a cuenta del tributo en España. Que sí lo tenga en el impuesto a abonar en el otro país en virtud de su legislación relativa a la imposición de no residentes será una cuestión que se deberá analizar caso por caso.

III. LA REPERCUSIÓN PRÁCTICA DEL INCENTIVO FISCAL

Una vez analizados los ámbitos de aplicación de la deducción insertada en beneficio de los intereses de los sectores hostelero, turístico y comercial minorista, conviene detenernos de manera más prolija en la repercusión que tiene su reconocimiento. Al efecto, se atenderá en primer lugar a su incidencia en la estructura de liquidación del IRPF del arrendador. En segundo lugar, se examinarán los beneficios que implica tal reducción como *conditio sine qua non* para obtener el beneficio fiscal para el arrendatario, tal y como es la finalidad del legislador. Finalmente, se procederá a la realización de una reflexión respecto a la pérdida del derecho por el contribuyente-arrendador al beneficio fiscal, de acuerdo con lo establecido en el precepto.

A. El beneficio en la estructura de liquidación del IRPF

De acuerdo con lo establecido en el art. 1 de la Ley reguladora del IRPF, este tributo es de carácter personal y directo, y se destina a gra-

[30] De acuerdo con la Consulta de 16 de febrero de 2009 de la Dirección General de Tributos, la aplicación de la deducción está condicionada a que el tributo extranjero sea satisfecho de una manera efectiva, por lo que no procederá si no ha cumplido la obligación fiscal en el Estado de la fuente. Por su parte, la Consulta Vinculante de 8 de octubre de 2013 ha señalado que en ningún caso procede la aplicación de la deducción si no existe cuota tributaria en el otro Estado. Para los casos de territorios que sean considerados como paraísos fiscales, la Dirección General de Tributos ha determinado, en sus Consultas Vinculantes de 2 de diciembre de 2010 y de 22 de septiembre de 2016 que aunque el Estado de la fuente sea un territorio de nula tributación, la deducción procede siempre que la cuantía de deuda tributaria extranjera haya sido abonada.

var la renta de las personas físicas de acuerdo con su naturaleza y sus circunstancias personales y familiares. En línea con ello, el art. 2 del instrumento normativo establece que el objeto del tributo es la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, con independencia del lugar donde se hubiera producido y cualquiera que sea la residencia del pagador.

Esa renta, constitutiva consecuentemente del hecho imponible, se encuentra integrada por diferentes conceptos descritos en el art. 6.2 LIRPF, entre los cuales se incluyen, en su epígrafe b), los rendimientos del capital. Dentro de estos, a su vez, los importes percibidos por el arrendador en concepto de pago de la deuda derivada del arrendamiento merecen la calificación de rendimientos del capital inmobiliario. Así, el art. 22 LIRPF señala que se consideran como tales los rendimientos procedentes de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre ellos, todos los que se deriven del arrendamiento o de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso.

El importe satisfecho por el arrendatario, en bruto, supone el rendimiento íntegro percibido por el arrendador. No obstante, la referida cuantía no tiene por qué suponer la cantidad a computarse en la determinación de la base imponible, dado que el art. 23 de la ley reguladora del impuesto permite la práctica de una serie de deducciones, tal y como es el caso de gastos necesarios para obtener los rendimientos y las cantidades en concepto de amortización del inmueble.

Pues bien, mediante la Disposición Adicional 49 creada por el Real Decreto-Ley 35/2020, se incluye aquí un nuevo concepto de gasto deducible, que computa para el cálculo del rendimiento la cuantía de la rebaja en la renta arrendaticia durante esas mensualidades que componen el primer trimestre del año 2021.

Para poder cuantificar de manera solvente estas cantidades para las que existe el derecho a deducir, debemos recordar que la misma Disposición establece que el arrendador debe informar de manera separada en su declaración del referido importe, consignando asimismo el NIF del arrendatario cuya renta se hubiese rebajado. Ello debe ser puesto, además, en relación con las normas referentes a las obligaciones formales del sujeto pasivo que hemos tenido ocasión de aludir con anterioridad.

En este punto conviene reflexionar sobre un supuesto que se ha dado en la casuística en relación con la posibilidad de que se genere o no el derecho a deducir como es el desalojo temporal del inmueble. En este caso, dada la novedad de la norma y la inoperatividad prác-

tica de la misma (recordemos que su aplicación se hará por los contribuyentes en el período voluntario para la autoliquidación y pago en el año 2022, como regla general) no existe todavía jurisprudencia ni doctrina administrativa como para fundar estos supuestos, por lo que debemos remontarnos a criterios anteriormente establecidos en relación con este tipo de rendimientos.

El desalojo temporal del inmueble urbano con uso diferente al de vivienda durante ese período trimestral al que alude la Disposición Adicional 49 LIRPF que haya sido pactado entre las partes y haya generado derecho a una indemnización para el profesional-arrendatario (bien sea con la entrega en metálico de una cantidad, de la fianza o por la compensación con mensualidades impagadas), debe entenderse que no dará lugar a que se genere el derecho a deducir para el contribuyente, dada la finalidad de la norma —que es favorecer a los profesionales descritos en el precepto en su actividad comercial, pero no la de producir un cese temporal de la misma— y que no se está cumpliendo el supuesto de hecho que genera el derecho a deducir.

No obstante esto, la cantidad de indemnización pactada y efectivamente revertida en el patrimonio del arrendatario, siempre que esté debidamente justificada, puede suponer una cantidad a deducir de los rendimientos íntegros obtenidos, interpretando la doctrina derivada de la Dirección General de Tributos en su Consulta General 1749/2003, de 29 de octubre.

Mención aparte merece el caso de la resolución contractual, que difiere del anteriormente examinado en que en el presente el contrato deja de producir efectos al disolverse el vínculo obligatorio entre arrendador y arrendatario, cuando en el caso anterior se hallaba meramente suspendido durante el tiempo estipulado. En estos supuestos resulta también obvio que no se va a producir un derecho a deducir de ningún tipo, al haber privado al comerciante del local en el que desempeñar su actividad, aún cuando existiese un pacto de mutuo disenso.

B. El beneficio fiscal en relación con el funcionamiento comercial del arrendatario

La ya mencionada naturaleza extrafiscal del de la norma tributaria instaurada por el art. 13 del Real Decreto-Ley 35/2020 resulta evidente, puesto que se pretende, primero por el Ejecutivo y después por el legislativo por vía de convalidación *ex* art. 86.2 CE, que se generen en la mayor cantidad de contratos de arrendamiento para uso distinto

del de vivienda posible la reducción de la renta o las moratorias de manera consensuada entre las partes.

Entrando en el ámbito de estudio de la teoría económica de la empresa, la producción de toda clase de bienes o servicios exige sufragar una serie de costes, algunos serán más acusados en el inicio de la actividad, siendo constitutivos de las denominadas "barreras de entrada al mercado"[31], mientras que otros se extenderán a lo largo de toda la vida de la actividad hasta su cese.

Estos costes, en función del hecho que genere que se sufraguen, se suelen clasificar como costes variables o costes fijos[32].

Los sectores comercial minorista, hostelero, turístico y los demás referidos en el precepto no suponen una excepción a estas premisas. Así, uno de los costes fijos que estos trabajadores autónomos han de asumir es el derivado del pago de la renta por el inmueble en el que desempeñan su actividad profesional.

Como ya hemos tenido ocasión de apreciar en la introducción, el importe de la cifra de negocios del tejido empresarial español, entre los cuales están estos profesionales, se ha visto reducido desde el inicio de la crisis sanitaria y la aplicación de las correspondientes restricciones. Tomando en consideración que, con mayor o menor complejidad, todos los negocios determinan su cifra de beneficio deduciendo a los importes de ingreso las cuantías de gasto, el legislador ha optado por varias medidas para paliar los adversos efectos de las restricciones sobre las cuantías de ingreso.

Algunas de esas medidas han pretendido incidir positivamente en el beneficio mediante el incremento de la cifra de ingreso en los negocios. Así, en virtud del art. 17 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19[33], se creó la prestación extraordinaria por cese de actividad para los trabajadores autónomos afectados por la declaración del estado de alarma.

---

[31] *Cfr.* PENALONGA SWEERS, A., *Economía,* McGrawHill, Madrid, 2012, págs. 108-109.

[32] Según Mochón Morcillo, el proceso de producción genera la utilización de *inputs,* los cuales generan un coste para el desarrollo de la actividad, siendo unos de ellos (fijos) independientes de los *outputs* de la actividad desarrollada y derivados de obligaciones, por lo general previas, cuya exigencia de cumplimiento se mantiene estable. Por su parte, los variables dependen del proceso de producción de la empresa, incrementándose de manera proporcional a esta actividad. *Cfr.* MOCHÓN MORCILLO, F., *Economía, teoría y política,* 6.ª edición, McGrawHill, Madrid, 2009, págs. 123-124.

[33] *BOE* núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

Del mismo modo, por el Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19[34], se establecieron una serie de ayudas directas a autónomos y empresas, medidas de apoyo público a la solvencia y se procedió a la creación del Fondo de recapitalización de empresas afectadas por COVID.

No obstante esto, no todas estas medidas se hallan al alcance de la generalidad de autónomos como sí lo están las estudiadas posibilidades de petición de rebaja de la renta o las moratorias en defecto de pacto establecidas por los arts. 1 y 2 del Real Decreto-Ley 35/2020.

Aún a pesar de ello, el legislador ha mostrado un especial interés para tutelar el funcionamiento económico de los negocios de los sectores mencionados en la Disposición Adicional 49 LIRPF al incentivar sólo para ellos el pacto voluntario de moratoria o de reducción de la renta arrendaticia. Con estas pretensiones de pacificación social, evitando la imposición de las medidas de los anteriormente referidos arts. 1 y 2, se evitan por una parte gastos en profesionales —*verbi gratia,* asesores, letrados u otras costas procesales en caso de litigio— para los arrendatarios y, asimismo, supuestos de lanzamiento en el caso de llegar a un acuerdo[35], puesto que la producción de esta última consecuencia implicaría mayores dificultades para el pequeño empresario al tener que sufragar nuevos gastos adicionales para relocalizar su negocio.

En otro orden de ideas, para la declaración en concepto de IRPF[36] del arrendatario-profesional beneficiado por el pacto incentivado por la medida fiscal objeto de estudio no se prevén medidas tributarias especiales en relación con la rebaja o moratoria practicada, por lo que deben seguirse las previsiones establecidas con carácter general en la ley reguladora del tributo.

---

[34] *BOE* núm. 62, de 13 de marzo de 2021.

[35] Debe tenerse en cuenta que no se han observado medidas para evitar el lanzamiento de estos arrendatarios de inmuebles urbanos para fines distintos al uso de vivienda, a diferencia de lo que sí ocurre para el de vivienda de personas en situación de vulnerabilidad sin alternativa habitacional en virtud del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (*BOE* núm. 91 de 1 de abril de 2020).

[36] Lo que se va a exponer a continuación resulta igualmente aplicable, con sus pertinentes adaptaciones, a los arrendatarios que sean personas jurídicas contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades, al no haberse establecido en la Disposición Adicional 49 LIRPF que los arrendatarios deberían ser sólo personas físicas ni al haberse previsto cuestión específica al efecto en la LIS.

Así, de acuerdo con lo establecido por el art. 28.1 LIRPF, el rendimiento neto de las actividades económicas se determinará según las normas del Impuesto sobre Sociedades. De acuerdo con el art. 10.1 de la ley reguladora de este último tributo, la base imponible estará constituida por el importe de la renta obtenida en el período impositivo. Por su parte, el art. 11 de este instrumento normativo —al que remite también la regla de imputación temporal establecida en el art. 14.1 b) LIRPF— establece que los gastos derivados de los hechos económicos se imputarán al período impositivo en que se produzca su devengo, con independencia de la fecha de su pago. A la vista de estos preceptos, la moratoria pactada no tendrá efectos sobre la liquidación de los rendimientos de actividades económicas, pero sí la reducción en el pago de la renta que se haya realizado durante el primer trimestre del ejercicio 2021.

Ahora bien, debemos tener en consideración que la ley reguladora del IRPF permite que su Reglamento ejecutivo[37] establezca excepciones a esta regla de imputación temporal, cuestión que tiene lugar en su art. 7.2, al señalar que los contribuyentes pueden optar por el criterio de cobros y pagos para imputar temporalmente los ingresos y gastos de todas sus actividades económicas (cuando sólo declararían los importes pagados por las moratorias en el momento en que efectivamente hubiesen pagado las rentas debidas al arrendador) siempre que deban cumplimentar sus obligaciones contables y registrales con arreglo a los apartados 3 a 6 del art. 68 del mismo instrumento normativo.

C. Pérdida del derecho al beneficio fiscal

Expuestas las anteriores cuestiones, procede concluir la presente parte del trabajo con el supuesto que genera la pérdida del derecho a la deducción examinada.

Como ya hemos tenido ocasión de observar con anterioridad, de acuerdo con lo establecido en el último párrafo de la Disposición Adicional 49 LIRPF, no resulta de aplicación el derecho a la deducción cuando la rebaja de la renta arrendaticia se compense posteriormente por el arrendatario con incrementos de rentas posteriores u otras prestaciones o cuando los arrendatarios sean una persona o entidad

[37] Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo. *BOE* núm. 78, de 31 de marzo de 2007.

vinculada en el sentido descrito en el art. 18 LIS[38] o estén unidos con aquel por vínculos de parentesco, incluyéndose al cónyuge, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado, inclusive.

Con respecto a esta parte del precepto debemos proceder a estudiar tres cuestiones de problemática práctica que tendrán una intrínseca relación con las normas relativas a la gestión del tributo.

Así pues, la primera cuestión estriba en la aplicación por el contribuyente de la deducción en el ejercicio de manera indebida, puesto que en un momento posterior ha procedido a compensar esa moratoria o reducción trimestral de la renta arrendaticia con pagos superiores u otro tipo de prestaciones. En tal caso, el sujeto pasivo debe presentar una autoliquidación complementaria en los términos que establece el art. 122 LGT corrigiendo este dato y procediendo con el ingreso, en su caso, de la diferencia en la deuda tributaria que proceda. Como en la práctica ello no siempre tiene lugar, la Administración, dentro del plazo de prescripción de la deuda tributaria determinado por el art. 66 LGT, tendrá derecho a incoar los procedimientos de gestión pertinentes para proceder con la liquidación correcta de la deuda, exigiendo el importe de diferencia que se deba satisfacer.

Por otra parte, la segunda cuestión a analizar tiene como supuesto fáctico un error del sujeto pasivo a la hora de presentar su autoliquidación, no aplicando el derecho a deducir los rendimientos del capital inmobiliario cuando sí tenía derecho a hacerlo. En tal caso debe solicitar una rectificación de la declaración presentada para computar de nuevo los rendimientos, en los términos que establecen los arts. 120.3 LGT, el art. 67 *bis* del Reglamento del Impuesto y el art. 126.2 del 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 tributarias[39].

Finalmente, resulta interesante realizar un breve examen en lo tocante a los pactos con personas y entidades vinculadas. Sobre ello se

[38] Tomando en consideración que las entidades a las que alude este precepto serían personas jurídicas, excluidas del ámbito de aplicación del impuesto y del derecho a deducir, la única forma en que cobraría operatividad el precepto está en que la entidad fuese la arrendataria y los socios, partícipes, administradores, etc. sean los arrendadores de aquella. En todo caso sí quedarían fuera ciertos apartados como los referentes a entidades pertenecientes al mismo grupo o entidades participadas. También deben excluirse, añadiéndose adicionalmente los motivos anteriormente expuestos, las entidades residentes en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.

[39] *BOE* núm. 213, de 5 de septiembre de 2007.

puede destacar *prima facie* que la pérdida del derecho a deducir se produce sólo en relación con el segundo grado de parentesco y no se sigue la *ratio legis* que sí se manifiesta en la LIS a la que se refiere la propia Disposición, en donde la vinculación se extiende hasta el tercer grado, tomando en consideración que la proximidad de parentesco puede suponer en la práctica una evidente vinculación entre los sujetos del contrato de arrendamiento. No obstante, es posible que esta restricción en el alcance de grados se haya establecido por el legislador para favorecer el hecho que genera la existencia del derecho a deducir, abarcando sólo los casos más flagrantes en los que, con bastante seguridad, la picaresca de los sujetos pasivos conduciría a una simulación en el pacto establecido en aras a obtener el derecho al incentivo fiscal.

En lo que respecta a la aplicación de la deducción por haber suscrito (o, con mayor probabilidad, simulado) un pacto con estas personas o entidades vinculadas, lo procedente es corregir el error mediante un procedimiento de gestión o de inspección, si tal situación no se subsana por el propio contribuyente en la manera descrita con anterioridad.

Esta corrección, de oficio o a instancia del sujeto pasivo, se practicará sin perjuicio de que en algunos supuestos el obligado haya podido incurrir en una infracción tributaria tipificada en el art. 194 LGT. De acuerdo con este precepto, resulta sancionable la conducta consistente en la solicitud indebida de devoluciones, beneficios o incentivos fiscales mediante la omisión de datos relevantes o la inclusión de datos falsos en autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes, sin que las devoluciones hayan sido obtenidas.

Así, para incurrir en la infracción descrita, el sujeto que ha aplicado indebidamente el incentivo ha tenido que falsear u omitir los datos del arrendatario con el que ha llegado al pacto, siendo tales datos, entre otros, el NIF de los vinculados a los que obliga referirse la Disposición Adicional 49 LIRPF. Debemos en este punto recordar, por otra parte, que es el dato falso el que genera la infracción, pero no el dato que no se halle suficientemente justificado, y que los mismos no deben, de ninguna manera, equipararse (confróntese, a tal efecto, la doctrina derivada de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central 00/1723/2007, de 23 de octubre de 2008).

IV. LA PROBLEMÁTICA DEL INCENTIVO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN FISCAL

Ya en un momento anterior procedimos a apuntar la problemática que presentaba el incentivo fiscal insertado por el art. 13 del Real De-

creto-Ley 35/2020 en relación con el principio de no discriminación fiscal, al no generar ningún derecho a los arrendadores no residentes a practicar la deducción establecida en el IRNR, aún cuando se haya llegado a un pacto de espera o a la reducción de la renta arrendaticia con los profesionales en territorio español a los que alude el precepto.

Esta cuestión debe ser analizada de un modo más pormenorizado en la presente sección del trabajo, para lo cual partiremos en un primer momento de un planteamiento general expuesto sucintamente que versará sobre la igualdad y no discriminación fiscal. En un momento posterior entraremos a valorar esta discriminación tributaria desde tres puntos de vista: el del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el del Derecho Internacional convencional establecido por los Convenios de Doble Imposición y, finalmente, desde la óptica del Derecho interno español.

A. Planteamiento general

Si se sigue a Laporta San Miguel, todo principio moral o jurídico trata de proyectarse o de enfrentarse con la realidad, en el sentido de que trata de superponerse a ella para modularla, consagrándola o modificándola. La realidad con la que se enfrenta el principio de igualdad es, precisamente, la de la enorme multiplicidad de rasgos, caracteres y circunstancias de los seres humanos[40].

Para hacer a todas las personas, sin distinción de sus peculiaridades, iguales ante la ley y en la aplicación de la ley, por nuestro ordenamiento interno en el texto constitucional se ha consagrado la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE)[41], como una realidad que han de lograr los poderes públicos en sus atribuciones (art. 9.2 CE) y como un derecho constitucional de significativa relevancia (art. 14 CE), si bien es cierto que este último sólo resulta predicable de los españoles, lo cual podría valer para un grupo de no residentes fiscales (recuérdese la distinción entre residencia fiscal y nacionalidad) pero no para todos ellos.

En el ámbito de la fiscalidad, de acuerdo con lo establecido en el art. 31.1 de la Ley Fundamental, la contribución de todos para el sos-

[40] *Cfr.* LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", publicado en *Sistema: revista de Ciencias Sociales,* núm. 67, 1985, pág. 13.

[41] De acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la transgresión por las normas jurídicas de estos valores superiores sería un elemento bastante para suscitar la inconstitucionalidad (Fundamento jurídico sexto de la STC 116/1987, de 7 de julio. Identificador ECLI:ES:TC:1987:116).

tenimiento de los gastos públicos debe hacerse mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad. Según ha declarado el Tribunal Constitucional en su Auto de 22 de febrero de 1993, y en jurisprudencia posterior[42], la igualdad del art. 31.1 de la Carta Magna es un reflejo del valor superior del art. 1.1, pero no tiene la misma eficacia que el derecho a la igualdad del art. 14 al no tener las mismas garantías por sus diferencias en el reconocimiento constitiucional (*verbi gratia,* la inexistencia del recurso de amparo para aquel).

En todo caso, lo que sí resulta claro es que la igualdad del sistema tributario, entendido en los términos que examinaremos en su momento, va a suponer un principio que no va a poder ser transgredido ni por la legislación interna, en tanto que la Constitución es la norma suprema del sistema jurídico, ni por la normativa internacional, en cuanto el art. 95.1 de la Carta Magna establece que la celebración de Tratados Internacionales contrarios a la Constitución exigirá en todo caso la previa revisión de nuestra Ley Fundamental. Por ello, esta igualdad operará en la celebración de todas estas normas jurídicas y servirá como fundamento para defender los argumentos que a continuación se expondrán.

B. No discriminación fiscal en el Derecho de la Unión Europea

La no discriminación, en el seno del ordenamiento jurídico comunitario, se reconoce en diferentes instrumentos normativos con rangos jerárquicos diferenciados. Sin embargo, en este momento haremos alusión de manera especial a un sólo precepto, como es el primer párrafo del art. 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[43], a cuyo tenor,

> "En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad".

Si bien es cierto que este principio de no discriminación está reconocido en el Derecho Originario con carácter general para todas las materias competencia de la Unión Europea, la jurisprudencia y la doctrina lo han incluido en la regulación fiscal tanto comunitaria

[42] Pueden confrontarse, a título meramente ejemplificativo, la STC 46/2000, de 17 de febrero (ECLI:ES:TC:2000:46); o la STC 154/2005, de 20 de junio (ECLI:ES:TC:2005:154).

[43] *DOUE C* 83, de 30 de marzo de 2010.

como interna de los Estados Miembros, conformando el denominado por algunos autores como "Derecho Fiscal europeo"[44].

Con respecto a este principio y a su aplicación en el Derecho fiscal de los Estados resultan de notorio interés las aseveraciones realizadas por el Abogado General F. G. Jacobs en el apartado 11 de sus Conclusiones sobre el asunto C-92/92, caso *Phil Collins*[45], que posteriormente fueron acogidas en la Sentencia del TJUE de 20 de octubre de 1993. En ellas se exponía que la Unión Europea no consistía en un mero acuerdo comercial como podría ocurrir en el seno de una organización internacional de cooperación, sino que consiste en una empresa común en la que todos los nacionales de Europa pueden participar como personas, teniendo derecho a trabajar, vivir y ejercer sus actividades en otros Estados Miembros en las mismas condiciones que su población nacional.

Tomando en consideración estas cuestiones debemos analizar si el hecho de que el legislador sólo haya insertado el derecho a deducir en el IRPF y no en el IRNR supone un supuesto de discriminación proscrito por el Derecho europeo, aún cuando los no residentes en España hayan llegado a un acuerdo de moratoria o rebaja de la renta arrendaticia con los oferentes españoles.

Para ello se debe tomar en consideración en línea de principio que si bien tanto IRPF como IRNR son tributos de naturaleza directa y la Unión no goza de competencias en esta materia, según reiterada jurisprudencia del TJUE los Estados deben ejercer su competencia interna respetando siempre el ordenamiento jurídico europeo, absteniéndose de toda discriminación manifiesta o encubierta basada en la nacionalidad (véanse, por ejemplo, resoluciones tales como la Sentencia de 11 de agosto de 1995, caso *Wielockx,* asunto C-80/94[46]; la Sentencia de 29 de abril de 1999, caso *Royal Bank of Scotland,* asunto C-311/97[47]; la Sentencia de 12 de diciembre de 2002, caso *Lankhorst-Hohorst GmbH,* asunto C-324/00[48], entre otras).

Si bien es cierto que la discriminación en este caso no se produce en términos de nacionalidad, sino de residencia fiscal, bien cierto es

---

[44] *Cfr.* FALCÓN Y TELLA, R. y ALMUDI CID, J., "El Derecho Fiscal Europeo", en Cordón Ezquerro, T. (dir.) y AAVV., *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, pp. 163-164

[45] Identificador ECLI:EU:C:1993:276

[46] Identificador ECLI:EU:C:1995:271

[47] Identificador ECLI:EU:C:1999:216

[48] Identificador ECLI:EU:C:2002:749

que la mayoría de supuestos en que esta residencia tendrá lugar en el extranjero será en casos de ciudadanos de otros Estados.

No obstante, atendiendo de nuevo a la jurisprudencia comunitaria, la situación de los residentes y la de los no residentes no son objetivamente comparables, por lo general, ya que presentan diferencias tanto desde el punto de vista de la fuente de los rendimientos como de la capacidad contributiva personal o de la situación personal y familiar, por lo que la diferencia de trato entre estas dos categorías de sujetos pasivos no puede calificarse por sí misma como discriminación contraria al Tratado (*vid.* la Sentencia de 14 de febrero de 1995, *Schumacker,* asunto C-279/93[49]; y la Sentencia de 11 de agosto de 1995, caso *Wielockx,* antes citada).

Además, se debe indicar que según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben discriminaciones basadas en la nacionalidad, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que aplicando otros criterios de distinción conduzca de hecho al mismo resultado (pueden consultarse, a tales efectos, la Sentencia de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu,* asunto C-152/73[50]; o la Sentencia de 8 de mayo de 1990, *Biehl,* asunto C-175/88[51]).

En el presente caso la no previsión de la deducción en la legislación del Impuesto sobre la renta de los no residentes debería ser calificada como contraria al ordenamiento jurídico comunitario al establecer una diferencia de trato fiscal entre estos dos grupos de sujetos pasivos, dado que nos encontramos ante una situación objetivamente comparable.

Así, no se aprecian diferencias en el supuesto fáctico que conduce al incentivo fiscal más que el criterio de la residencia, puesto que si un no residente arrendador llega a un acuerdo con el arrendatario, comercial en territorio español, sobre un inmueble radicado en nuestro Estado y que se destina a alguno de los sectores económicos que se pretenden tutelar, este arrendador no tendrá derecho a ningún tipo de reducción de la base imponible como sí lo tiene el arrendador que sea residente fiscal en España. Por tanto, con esta inacción del legislador nos hallamos ante una discriminación fiscal directa, no aparente ni encubierta, que conculca los derechos tributarios de los no residentes, y que en un futuro no muy lejano podrá conducir a la presenta-

[49] Identificador ECLI:EU:C:1995:31
[50] Identificador ECLI:EU:C:1974:13
[51] Identificador ECLI:EU:C:1990:186

ción de un recurso por incumplimiento o de cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

C. No discriminación en los Convenios de Doble Imposición

Las cuestiones examinadas en el apartado anterior benefician sólo a los intereses de los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea, dado el ámbito de aplicación personal del art. 18 TFUE. Sin embargo, la diferencia de trato con los no residentes también se produce respecto a aquellos cuya residencia fiscal se halla en territorio extracomunitario, por lo que merece estudiarse el supuesto también desde la óptica de estos sujetos pasivos. Para ello debemos fijarnos en el presente punto a la situación de los residentes en Estados con los que España ha suscrito un Convenio de Doble Imposición para atender, en un momento posterior, a la situación residual en que se encontrarán los residentes fiscales en territorio extracomunitario con el que no se haya celebrado un CDI.

El Modelo de Convenio desarrollado por la OCDE incluye, en su art. 24, una cláusula de no discriminación que se ha plasmado igualmente en todos los textos sobre esta materia ratificados hasta el momento actual.

De todos los apartados que el precepto incluye interesa para este análisis lo dispuesto en el primero, conforme al cual los nacionales de un Estado contratante no será sometidos en el otro Estado a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a su residencia[52].

En el presente caso, la discriminación por razón de residencia es evidente, dado que no se concede al no residente fiscal en España ningún beneficio fiscal por el pacto al que se haya llegado en cuanto al pago de la renta arrendaticia. Ahora bien, se debe tener en cuenta

[52] Sobre ello la OCDE ha manifestado que se necesita reciprocidad. Por tanto, si el otro Estado sí concede un beneficio fiscal semejante en su imposición sobre no residentes, España debe conceder la ventaja también. Por el contrario, si en el otro Estado parte no se ha establecido ese beneficio, no se conculcaría el precepto. El término "en las mismas condiciones" que se utiliza en el Modelo debe interpretarse como que los contribuyentes se encuentren en condiciones de hecho y de derecho sustancialmente similares en relación con la aplicación del Derecho Fiscal. *Cfr.* OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la renta y sobre el patrimonio. Versión abreviada,* París, 2010, pág. 346.

ese principio de reciprocidad tan acusado por la propia Organización, puesto que en caso de que no existiese un tratamiento similar en su legislación de no residentes, la cláusula no se estaría transgrediendo.

Por tanto, será en función de los casos particulares en donde se tendrá que examinar si nos hallamos ante un supuesto de discriminación proscrito por los Convenios de Doble Imposición, cuya prohibición se ha instaurado, según la propia OCDE, para eliminar la discriminación tributaria injustificada, sin perjuicio de que sí puedan existir ciertas diferencias legítimas de trato (como la examinada por falta de reciprocidad) entre los sistemas fiscales de los Estados parte[53].

D. No discriminación fiscal en el Derecho interno

En el ordenamiento jurídico interno existen también disposiciones que resultarían de aplicación a todos los supuestos anteriormente examinados y, como ya hemos expuesto, también de manera residual a los residentes en otro Estado con el que no se haya celebrado un Convenio de Doble Imposición.

En principio se debe destacar que la diferenciación de trato fiscal en el Derecho interno en función de la residencia está perfectamente aceptada, tanto legal como jurisprudencialmente, puesto que las situaciones de residentes y no residentes no suelen ser objetivamente comparables. No obstante, sí existirá discriminación cuando se genere tal objetividad y aún así se establezca una diferencia de trato fiscal injustificada, la cual se encuentra proscrita tanto constitucional como legalmente.

Volviendo en este punto al análisis de la Carta Magna en su art. 31.1, el Tribunal Constitucional ha señalado en resoluciones tales como la STC 167/2016, de 6 de octubre[54], que el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, siendo iguales dos supuestos fácticos cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores carezca de fundamento racional, algo que tiene lugar con la omisión respecto al IRNR, dado que el objetivo de incentivar la moratoria o rebaja de la renta sería la misma pero la diferencia de trato fiscal del supuesto es significativa, basándose solamente en una diferencia de residencia fiscal.

Además, debemos tener en cuenta que si nos hallamos ante un español residente fiscal en el extranjero que debe tributar en España

[53] *Cfr.* OCDE, *op cit.*, pág. 345.
[54] Identificador ECLI:ES:TC:2016:167.

por los rendimientos percibidos en nuestro país por IRNR se estará produciendo una discriminación proscrita de modo adicional por el art. 14 de la norma constitucional, conforme al cual no pueden establecerse supuestos de discriminación por cualquier circunstancia personal o social como es la residencia en el extranjero, la cual puede venir motivada por circunstancias tales como el trabajo exterior o incluso por el nacimiento en ese otro Estado (piénsese en hijos de emigrantes con raíces en España, lo que implicaría también una discriminación por razón de nacimiento).

V. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos podido apreciar, con mayor o menor acierto, tanto la perniciosa situación económica y social derivada de la propagación del SARS-CoV-2 en nuestro país como las medidas establecidas por las autoridades para intentar paliar tan adversas complicaciones en los sectores más perjudicados, atendiendo de manera específica a la deducción creada en el funcionamiento del IRPF para incentivar la rebaja o moratoria de la renta arrendaticia. De todas estas cuestiones examinadas, considero que se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera.—Tomando como base las graves consecuencias económicas derivadas de la pandemia, los poderes públicos han procedido a adoptar múltiples medidas de diversa índole para paliar estos efectos sobre estas empresas – por lo general PYMES –, tanto mediante el acceso a ayudas para obtener liquidez como mediante la reducción de costes con el fin de intentar un incremento del beneficio o una reducción de las severas pérdidas experimentadas.

Segunda.—Una de las antedichas medidas ha sido insertada en virtud del art. 13 del Real Decreto-Ley 35/2020, la cual consiste en un incentivo fiscal a favor de los arrendadores para fomentar el pacto de rebajas o moratorias temporales en el pago de la renta debida en los arrendamientos de inmuebles urbanos de uso distinto al de vivienda cuando se reúnan las examinadas condiciones en las partes del contrato. Tal incentivo, consistente en la reducción de las cuantías no satisfechas en los rendimientos del capital inmobiliario, se pretende establecer en aras a lograr una mejoría de la perniciosa situación económica de estos negocios al eliminar un coste fijo periódico de su actividad, con lo cual presenta un acusado carácter extrafiscal. Además, la medida pretende tener, en el seno de esos negocios concretos, un alcance general para todos aquellos sujetos que, por sus condiciones,

no pudieran acceder a subvenciones o a las líneas de crédito COVID creadas, así como lograr un estado de mayor pacificidad entre los contratantes al incentivar acuerdos al respecto que satisfagan las pretensiones mutuas.

Tercera.—Tomando en consideración que no se ha establecido una deducción o beneficio fiscal análogo en la legislación sobre tributación de las rentas de no residentes, la medida insertada tiene un acusado carácter discriminatorio, dado que no resulta comprensible, ni desde la perspectiva del ordenamiento jurídico comunitario, ni desde la óptica del Derecho Internacional Público a través de los CDI ni con arreglo a las previsiones de nuestra Carta Magna interpretadas por el Tribunal Consitucional, que un no residente fiscal en España, por el hecho de serlo, no tenga derecho a practicar la misma deducción en los rendimientos de su impuesto cuando haya llegado a un pacto con el arrendatario que sí se halla en España ejerciendo su actividad. El no-establecimiento de este incentivo no sólo perjudica al sujeto pasivo obligado por el IRNR, sino también al propio profesional independiente, puesto que al no existir ese incentivo es posible que no se llegue tan fácilmente a un acuerdo tan necesario y que, consecuentemente, tenga que acudirse a una de las exigencias establecidas por el Real Decreto-Ley 35/2020 para satisfacer su pretensión, con los consecuentes costes económicos derivados de gastos en profesionales, realización de gestiones que ralentizan el proceso en el tiempo y, sin duda, costes psicológicos superiores a los que estos profesionales ya están viviendo.

Un suceso similar tiene lugar al no insertarse una deducción semejante para los grandes tenedores o empresas en el Impuesto sobre Sociedades.

Cuarta.—A la vista de todo ello, la solución al problema jurídico planteado pasaría por insertar una análoga medida en la estructura de liquidación del IRNR, y, además, en el propio Impuesto sobre Sociedades en relación con sus arrendamientos respectivos.

El desarrollo de estas medidas generará que esta medida de justicia fiscal se extienda, de manera más equitativa, a todos los ciudadanos, nacionales o extranjeros, que de buena fe hayan llevado a cabo estas ayudas, en ejercicio de la solidaridad humana que todos deberían tener en tiempos tan aciagos como los actualmente vividos. Hacerlo o no dependerá de la política fiscal del legislador, pero en todo caso, a juicio del que suscribe, debería estar orientada hacia estos fines, intentando favorecer la vida social y económica de la mayor cantidad de intervinientes en el mercado posible.

VI. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, traducción realizada por A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990.

BUSTOS GISBERT, A., *Lecciones de Hacienda Pública,* 5.ª edición, Colex, Madrid, 2010.

FALCÓN Y TELLA, R. y ALMUDI CID, J., "El Derecho Fiscal Europeo", en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.) y AAVV., *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Nota de prensa sobre estadística del procedimiento concursal sobre el cuarto trimestre del año 2020 y resumen general de dicho año, publicada el 5 de febrero de 2021.

— Nota de prensa sobre la Contabilidad Nacional trimestral de España, publicada el 30 de julio de 2021.

— Nota de prensa sobre encuesta de gasto turístico (EGATUR), publicada el 3 de agosto de 2021.

— Nota de prensa sobre coyuntura turística hotelera, publicada el 24 de agosto de 2021.

— Nota de prensa sobre evolución de los Índices de Comercio al por menor (ICM), publicada el 30 de agosto de 2021.

LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", publicado en *Sistema: revista de Ciencias Sociales*, núm. 67, 1985.

MOCHÓN MORCILLO, F., *Economía, teoría y política,* 6.ª edición, McGrawHill, Madrid, 2009.

OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la renta y sobre el patrimonio. Versión abreviada,* París, 2010.

MARTÍN JIMÉNEZ, A., CARRASCO GONZÁLEZ, F.M. (dirs.) y AAVV., *Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

PENALONGA SWEERS, A., *Economía*, McGrawHill, Madrid, 2012.

PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General,* 26.ª edición, Civitas, Navarra, 2016.

RUBIO GUERRERO, J.J., "Los principios básicos de la Fiscalidad Internacional y la doble imposición internacional", en AAVV., *Manual*

de Fiscalidad Internacional, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., "Cooperación transfronteriza, convenios multilaterales, eficiencia y equidad fiscal", en GUTIÉRREZ BENGOECHEA, M., y SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., *Cuestiones actuales de la Fiscalidad Internacional*, editorial Comares, Granada, 2018.

SERRANO ANTÓN, F., "Los principios básicos de la Fiscalidad Internacional y los Convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación", en SERRANO ANTÓN, F. (dir.) y AAVV., *Fiscalidad Internacional*, vol. 1, 7.ª edición, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2019.

ESTUDIOS

Revista de Derecho UNED, NÚM. 29, 2022

LA JUSTICIA GRATUITA: NATURALEZA JURÍDICA Y FINANCIACION DE LOS PRESTADORES DEL SERVICIO

FREE JUSTICE: LEGAL NATURA AND FUNDING OF SERVICE PROVIDERS

ANA MARÍA ÁLVAREZ MURIAS

Profesora-Tutora de Derecho Penal y Política Criminal.
C.A. UNED en Cantabria

Sumario: *I. Introducción. II. Marco Legal. III. La Administración de Justicia como contexto del derecho a la AJG. IV. Contenido del derecho a la AJG. V. Características de los profesionales prestadores del servicio. VI. Naturaleza jurídica de los servicios de AJG prestados por los Consejos y Colegios de Abogados y Procuradores. VII. Naturaleza jurídica del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita. VIII. Sistema de financiación de la AJG. VIII. a) Financiación pública del servicio de AJG prestado por los abogados. VIII. b) Financiación pública del servicio de AJG prestado por los procuradores de los tribunales. IX. Novedades del Real Decreto 141/2021 de 9 de marzo. X. Conclusiones. XI Bibliografía*

Resumen: La asistencia jurídica gratuita se configura como un derecho de carácter prestacional, cuyas condiciones de obtención se establecen legalmente. Existe una estrecha vinculación entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pudiéndose predicar el carácter instrumental del primero respecto al segundo. Estamos, pues, ante un derecho del ciudadano, a obtener una prestación por parte del Estado que, *sensu contrario*, genera la obligación del estado de financiarla adecuadamente con cargo a los fondos públicos. Abordaremos el actual sistema de financiación de los profesionales designados por los respecti-

vos colegios profesionales para la prestación de este servicio (centrado en los abogados y los procuradores de los tribunales), así como su adecuación al mandato constitucional de financiación con cargo a los fondos públicos.

Palabras clave: Tutela Judicial efectiva. Asistencia jurídica gratuita. Derecho prestacional. Financiación pública. Profesionales que prestan el servicio.

Summary: Free legal assistance is set as an assistance right whose conditions to obtain it are legally established. There is a close link between the right to a free legal assistance and the right to an effective judicial protection, for which the former is instrumental. Thus, this is a citizen right to obtain assistance provided by the state which, *sensu contrario*, creates an obligation to the state to properly fund the provision of this right using public funds. We shall address the current funding system for the professional appointed to the corresponding association services for the provision of this service (focusing on attorneys and solicitors of the courts), along with its adaptation to the constitutional funding mandate using public funds.

Keywords: Effective judicial protection. Free legal assistance. Assistance right. Public funding. Service provider professionals.

Recepción original: 15/10/2021

Aceptación original: 30/03/2022

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar el carácter de *derecho prestacional de financiación legal*, con el que nuestro Tribunal Constitucional define la asistencia jurídica gratuita. Para ello abordaremos la materia desde una triple perspectiva:

a) Resaltaremos el carácter público de todos los intervinientes en su reconocimiento y gestión, como sustento de la obligación de financiación por parte del estado. Para ello nos referiremos a la naturaleza jurídica de la administración de justicia, de las entidades profesionales en las que recae la prestación del servicio y, finalmente, a la del propio derecho a la asistencia jurídica gratuita.

b) Analizaremos algunas de las partidas previstas en los módulos y bases de compensación económica para abogados y procuradores de los tribunales, recogidas en el Anexo II del Real De-

creto de Asistencia Jurídica Gratuita, y realizaremos comparativas con los ingresos percibidos por los mismos profesionales cuando actúan mediante libre designación. Para ello, respecto de los abogados llevaremos a cabo un cálculo estimativo, dado que no disponemos de un dato objetivo con el que realizar la comparativa. En el caso de los procuradores de los tribunales, se pondrán en relación con sus aranceles profesionales.

c) Finalmente intentaremos extraer algunas conclusiones sobre si la actual financiación del derecho a la asistencia jurídica gratuita, se ajusta a los principios de adecuación y dignidad que le ley prevé en esta materia.

II. MARCO LEGAL.

El reconocimiento del derecho a un proceso justo, ha sido reiteradamente reconocido en los textos internacionales. Su origen se sitúa en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948[1], en cuyo artículo 8 reconoce *"el derecho al recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley"*.

En el proceso de evolución hacia el reconocimiento del derecho al acceso gratuito a la justicia, es preciso mencionar la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). A este respecto cabe destacar la sentencia dictada en el caso Airey contra Irlanda[2]. En ella se sienta un doble y relevante precedente, de una parte, se reconoce la dimensión económica y social de los derechos civiles y, de otra, se fija la obligación de los estados, en determinados supuestos y circunstancias, de establecer sistemas de financiación para garantizar el ejercicio de esos derechos. Así el tri-

[1] Declaración universal de derechos humanos. (Boletín oficial de la Asamblea General de las Naciones del 10 de diciembre de 1948, resolución 217.A.III), artículo 47-3º: *"Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia"*.

[2] STEDH. Caso of Airey contra Irlanda. 9 de octubre de 1979. La sentencia estima el recurso de la Sra. Airey que, tras un largo historial de maltrato físico y psicológico por parte de su marido, alega la imposibilidad de acudir a un procedimiento de separación, por carecer de recursos económicos para hacer frente a los gastos del proceso. Consideraba que se le había denegado el derecho de acceso a los tribunales, vulnerando lo previsto en los artículos 6, 8, 13 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

bunal concluye que el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos *"en ocasiones puede obligar al Estado a que proporcione la asistencia de un abogado cuando dicha asistencia resulte indispensable en el acceso efectivo a los tribunales"*. Destaca también el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada en el ámbito de los derechos humanos.

La jurisprudencia del TEDH tuvo reflejo normativo en el apartado tercero del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea (en adelante CDFUE), que establece la obligación de prestar un servicio de asistencia jurídica gratuita, cuando la persona carezca de recursos suficientes y se considere necesario para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de todos los ciudadanos a la tutela efectiva de jueces y tribunales aparece recogido en los artículos 24 y 25 de la Constitución Española de 1978[3] (en adelante CE). Por su parte, y como forma concreta de garantizar que ese acceso sea universal, el artículo 119 de la CE, reconoce la gratuidad de la justicia en los supuestos en los que legalmente se prevea y, en todo caso, para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

El artículo 20.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial[4] (en adelante LOPJ) prevé la regulación mediante ley ordinaria del sistema de justicia gratuita que garantice la efectividad de ese derecho, en los casos de insuficiencia de recursos. Esa regulación se efectuó mediante la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita[5], (en adelante LAJG).

El desarrollo reglamentario se llevó a cabo por el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita[6] (en adelante RAJG), aprobado el mismo año que la LAJG y que estuvo vigente hasta el año 2003, fecha en que se aprobó el nuevo texto por Real Decreto 996/2003, de 25 de julio[7]. Esta última redacción, tras una vigencia de casi dieciocho años, ha sido finalmente derogada, por la entrada en vigor de un nuevo texto, aprobado por Real Decreto 141/2021 de 9 de marzo[8]. Durante su vigencia, el anterior RAJG, fue objeto de reformas parciales, desta-

[3] Constitución española (BOE nº 311 de 29 de diciembre de 1978).

[4] Ley orgánica del poder judicial (BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985).

[5] Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita de 10 de enero (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996).

[6] Real decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. (BOE núm. 231 de 24 septiembre 1996).

[7] Real decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. (BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2003).

[8] Real decreto 141/2021 de 9 de marzo (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2021).

cando la operada en el año 2005 en virtud de la cual se preveía, entre otras cuestiones, la concesión automática de este derecho, a las mujeres víctimas de violencia de género.

III. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO CONTEXTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURIDICA GRATUITA

Con carácter previo, nos referiremos a la administración de justicia, en cuanto constituye el marco concreto del ejercicio de este derecho por parte del ciudadano. Cabría indicar que la citada denominación contiene en sí misma la referencia a dos poderes diferentes del estado, según la distinción clásica de poderes de Montesquieu[9]. Así el término justicia alude al poder judicial y al ejercicio de la actividad jurisdiccional, mientras que el término administración remite a la actividad desplegada por las administraciones públicas en los distintos niveles en los que se estructura, y en cuyo vértice se sitúa el poder ejecutivo[10].

Baena de Alcázar[11], tras poner de manifiesto el aparente equivoco al que parece inducir el término, indica que *"una noción correcta de las ideas a que se refiere la expresión Administración de Justicia se obtendría distinguiendo dos aspectos de la misma. De una parte, el ejercicio del Poder Judicial, aplicando las leyes en los casos concretos. En este sentido o acepción la Justicia se ejerce por los Jueces o Tribunales. Pero para que sea posible adoptar las decisiones de carácter secundario en aplicación de la potestad jurisdiccional, y sobre todo para que sea posible ejecutarlas, debe existir una organización administrativa que trabaja en conexión directa con los Tribunales. Se trata de toda la maquinaria administrativa adscrita a la Justicia, que incluye personal de distinto tipo, y que quizás es la estructura estatal a la que corresponde propiamente hablando, abstracción hecha de la terminología convencional, la denominación de Administración de Justicia".*

---

[9] SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J. "Sobre el principio de la separación de poderes", *Revista de estudios políticos*, núm. 24, Madrid, 1981, págs. 215-234.

[10] MERKL, A., "Teoría general del Derecho Administrativo", *Revista del derecho privado*, Madrid, 1935 pág. 59. El autor pone de manifiesto que los órganos administrativos se rigen por relaciones de dependencia que se traducen en el *"derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior"*.

[11] BAENA DE ALCAZAR, M., *Administración de Justicia,* en REYES-SÁNCHEZ, R. (coord.) *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología científica y social*, Plaza y Valdés, Madrid-México 2009 (disponible en https://webs.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/A/index.html; fecha de consulta: 26.03.2022).

Asumiendo esta distinción, corresponde al poder ejecutivo, la dirección y gestión del personal y de los medios técnicos y materiales puestos al servicio de la administración de justicia, en los términos previstos en el artículo 97 de la CE. Por su parte, corresponde al poder judicial el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en los términos previstos en el artículo 117.1 CE. Así, el apartado tercero del citado artículo establece, de una parte, la reserva de actividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional en favor de jueces y tribunales, y de otra, identifica el contenido de esa potestad, cuando expresa que les corresponde la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado.

Como indica FAIREN, la potestad de jurisdicción es entendida como *aptitud jurídica*, es decir, capacidad y conocimiento jurídico previo, que es desarrollado después por los órganos jurisdiccionales, cuando ejercen la jurisdicción[12].

Podemos concluir que en la administración de justicia convergen ambos poderes del estado, pero sin que exista confusión entre ellos. Y esto es así porque las funciones que constitucionalmente se encomiendan a cada uno, son esencialmente diversas. Pese a la clara diferenciación teórica de funciones, consideramos deseable que la separación de ambos poderes, esencial en un estado social y democrático de derecho como el nuestro, tenga reflejo también, en la respectiva independencia organizativa y de gobierno[13].

---

[12] FAIREN-GILLÉN, V., "La potestad jurisdiccional." *Revista de derecho judicial*, núm. 51-52, 1972, págs. 74-75. El autor considera acertado designar como potestad, la aptitud jurídica de los órganos jurisdiccionales, porque el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado *"se individualiza dentro de la familia de los mismos por su calidad de "potestad", de llevar ínsita una fuerza de mando —autoridad— basada en la superioridad de uno de sus elementos —el juez— , sobre las partes, por una "autoridad" que se manifiesta aún antes del juzgar definitivo —en la sentencia—, en todo lo que supone el "instruir y el preparar" el juicio, lo cual supone labor juzgadora y que se reafirma en el ejecución".*

[13] BAENA DE ALCAZAR, ob. cit., indica tres condiciones que considera necesarias para garantizar la completa independencia judicial: *"En primer lugar, debe ser el órgano de gobierno de los Jueces el que nombre no sólo a éstos, sino también al resto del personal que integra la Administración de Justicia. En segundo lugar, la gestión cotidiana del personal adscrito a la Justicia a cualquier título debe corresponder al órgano de gobierno especifico y no al Ministerio de Justicia. Por último, es completamente indispensable que ese órgano de gobierno de la Justicia tenga una completa autonomía financiera, tanto para la formulación como para la gestión y ejecución de su propio presupuesto, sin más mediatización una vez que dicho presupuesto haya sido aprobado por el Parlamento."* Con independencia de que las citadas condiciones puedan parecer lejanas, incluso excesivas, actualmente existe un amplio consenso social sobre la necesidad de garantizar la independencia judicial y de despolitizar sus órganos de gobierno, sin perjuicio de que ese consenso, hasta la fecha, no alcance a la forma en que, deba llevarse a cabo.

Esta obligación del estado de dotar de medios humanos, materiales y técnicos a la administración de justicia[14], nos sitúa ante su carácter de servicio público.

No resulta fácil definir el concepto de servicio público, de una parte, porque ha de contener en sí mimo una actividad tan extensa y variada como lo es la actividad administrativa, y de otra, porque no puede predicarse esta naturaleza a toda actividad realizada por la administración. La teoría del servicio público ha intentado definirlo desde una perspectiva funcional. Así lo ha puesto de manifiesto Martín Rebollo[15], al indicar que esta teoría es una *"de las más caracterizadas manifestaciones de las concepciones funcionales de la Administración. Para decirlo con pocas palabras, la función de la Administración consistiría en la gestión de los servicios públicos"*.

El citado autor[16], para hacer una aproximación al concepto, se basa en la clasificación de tareas realizada por Jordana de Pozas, distinguiendo:

a. Actividad de policía administrativa que implica el sometimiento de la actividad privada a la intervención y a los controles públicos.

b. Actividad de fomento: en cuanto que estimula la iniciativa privada mediante determinados incentivos que tienden a potenciarla: concesión de ayudas, bonificaciones, exenciones fiscales o cualquier otra medida de similar naturaleza.

c. Actividad de prestación: aquella actividad desplegada por la administración que se identifica con el servicio público propiamente dicho.

---

[14] Con carácter general, la financiación de la administración de justicia, corresponde a la administración general estado, mientras que, en las comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de justicia, la competencia recae en la administración autonómica correspondiente. Actualmente tienen transferidas competencias en esta materia las comunidades autónomas de Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña, Galicia, Madrid, Navarra, País Vasco, La Rioja y Valencia. (disponible en https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/pagaj/Pagina1Columna1Fila/!ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os-3hjL0MjCydDRwN3k0AzA8cgI0sTRwsnIwMLA_2CbEdFADc9sTY!/?itemId=239363; fecha de consulta: 15.10.2021).

[15] MARTÍN REBOLLO, L. *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pág. 436.

[16] MARTÍN REBOLLO, L. "Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras". *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, pág. 358 (disponible en repositorio.unam.mx/contenidos?c=BqWBlX&d=false&q=*:*&i=14&v=1&t=search_1&as=1; fecha de consulta: 20.03.2022).

Al referirse a ésta última, Martín Rebollo[17] indica que *"Tiene que ver con las dimensiones del Estado, con el papel del llamado Estado social de derecho a que alude el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 (CE) y es el resultado de un largo proceso histórico que conecta con la propia afirmación del Estado moderno y la sustitución o complementariedad de tareas que hasta entonces llevaban a cabo, sobre todo, órdenes religiosas e instituciones de beneficencia".*[18]

Podemos decir que, según una concepción amplia de servicio público, éste se identifica con la actividad desarrollada por la administración pública, tendente a organizar u ofrecer determinadas prestaciones a los ciudadanos, y ello con independencia de que la gestión del servicio se lleve a cabo a través de la propia organización administrativa o sirviéndose de terceros a quienes encomiende su gestión. Desde una perspectiva más estricta, se entiende el servicio público como una actividad de servicio de carácter económico que se sujeta a un régimen de monopolio, en cuanto a su titularidad, lo que implica la exclusión de esa actividad de la libre iniciativa privada.[19]

Es preciso, por tanto, a la hora de calificar o definir el servicio público, tener en cuenta dos aspectos: de una parte, el contenido de la prestación de que se trate, y de otra la reserva de actividad de esa prestación en favor de la administración. Con respecto al segundo aspecto, Fernández Farreres pone de manifiesto que *"el servicio público, en efecto, ha quedado referido mayoritariamente (al menos en la doctrina española) al conjunto de actividades prestacionales asumidas o reservadas al Estado con el fin de satisfacer necesidades colectivas de interés general, siendo, por tanto, nota distintiva la "publicatio" es decir,*

---

[17] MARTÍN REBOLLO, ob. cit., págs. 358-359.

[18] MARTÍN REBOLLO, ob. cit., pág. 359. El autor sitúa el origen de los servicios públicos, en la asunción por parte del estado de las actividades de carácter benéfico-asistencial que hasta ese momento desempeñaban otras instituciones, principalmente de carácter religioso, y que actualmente se han convertido en principios rectores y configuradores de las políticas sociales: *"Por eso, muchos de esos genéricamente denominados servicios públicos han sido de carácter asistencial (la sanidad, la cultura, la educación...). La beneficencia, como concepto aglutinante de lo que hoy se llama asistencia o acción social y que muchas de las Constituciones modernas configuran como un derecho individual o social, como una obligación del Estado y hasta como un valor fundamental o principio rector de las políticas públicas. En esa línea se expresan los artículos 39 y siguientes de la Constitución española de 1978, bajo la rúbrica "Principios rectores de la política social y económica", cuya virtualidad depende ciertamente de la ley, pero cuya idea de tendencia o de principio queda bien esbozada en dichos preceptos, en algunos de los cuales, por cierto, se impide la desaparición de los sistemas públicos protectores"*.

[19] FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Sistema de derecho administrativo II,* 4ª ed., Civitas, Pamplona 2018, págs. 81-82.

la titularidad pública de la actividad en cuestión y la subsiguiente quiebra de la libertad de empresa". [20]

No cabe duda, pues, de que procede calificar la administración de justicia como servicio público de prestación. Y esto es así, tanto desde una perspectiva amplia, puesto que le compete la prestación de un servicio que conlleva la creación y dotación de los medios necesarios para su correcto funcionamiento, como desde una perspectiva estricta, puesto que solo en el ámbito de esta administración, cabe el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el seno de un estado social y democrático de derecho.

IV. CONTENIDO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURIDICA GRATUITA

Pasamos ahora a analizar el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita (en adelante AJG) y, por ende, a que se obliga el estado para garantizarlo.

Sentado el carácter de servicio público de prestación respecto a la administración de justicia, resulta obvio que la financiación de los medios humanos y materiales que precisa corren a cargo del estado. Por ello la gratuidad a que se refiere el artículo 119 CE, ha de estar referida a algún otro coste adicional necesariamente vinculado a ella. Para aclarar este extremo es preciso acudir a la exposición de motivos de la LAJG, en cuyo apartado primero, se indica que el estado debe asumir *"los honorarios de abogados, de procuradores y, en su caso, de cualesquiera otros profesionales, así como el coste de la obtención de las pruebas documentales o periciales necesarias".* Se define así el objeto de financiación complementaria por parte del estado, que no es otro que los honorarios de estos profesionales que, aun estando íntimamente relacionados con la administración de justicia, no mantienen relación de dependencia laboral o funcionarial con ella.

La tutela judicial efectiva tiene por objeto el derecho de toda persona a instar la actividad jurisdiccional del estado con el fin de obtener una protección estatal abstracta en relación con la resolución de un conflicto y por causa de la prohibición de autotutela[21]. Eso implica

[20] FERNÁNDEZ FARRERES, ob. cit., pág. 83.

[21] ASENCIO MELLADO, J. *Introducción al derecho procesal*, 6ª ed., Tirant lo Blanc, Valencia 2015, págs. 129-131. El autor se pregunta en que consiste el derecho de instar la actividad jurisdiccional, a lo que contesta que *"su contenido real no puede ser otro que el de garantizar una respuesta sobre el fondo de la cuestión planteada por las partes enfrentadas ya que, precisamente, con ese fin se acude al proceso".* Si bien es

que el ámbito de su ejercicio se produce en el seno de un proceso judicial, en cuyo contexto resulta preceptiva, casi con carácter general, la intervención de letrado[22] y, en la mayoría de los supuestos, la representación procesal mediante procurador de los tribunales[23]. Esta preceptividad viene determinada por la propia complejidad de los procedimientos judiciales y su continua sujeción a plazos improrrogables. La presencia de estos profesionales opera como garantía del derecho de defensa y del correcto ejercicio de las oportunidades procesales, conforme al interés legítimo del justiciable.

El contenido del derecho a la AJG implica, por tanto, la asunción por parte del estado de los costes derivados de la intervención de los profesionales mencionados, en el seno del procedimiento judicial. Con carácter previo, vamos a abordar cuales son las características de estos profesionales y la singular naturaleza del servicio que prestan en el contexto de la AJG.

V. CARACTERÍSTICAS DE LOS PROFESIONALES PRESTADORES DEL SERVICIO

Para establecer las características de estos profesionales, nos centraremos únicamente en los abogados y procuradores de los tribunales, dejando al margen los peritos, ya que su diversa naturaleza, en función de las cuestiones debatidas en el proceso, impide hacer un análisis conjunto.

Los abogados y los procuradores de los tribunales se dedican al libre ejercicio de sus respectivas profesiones, de acuerdo con las exigencias y previsiones legales, deontológicas y profesionales que les resultan de aplicación. A los primeros les compete la defensa jurídica de la parte, mientras que los segundos ostentan la denominada representación procesal.

El contexto habitual de prestación de sus servicios es el de la relación mercantil, que se enmarca en el contrato de arrendamiento

---

cierto que existe el derecho a la obtención de una respuesta judicial, sobre el fondo del asunto planteado, como bien indica el autor, *"este derecho, con ser a una sentencia de fondo, no lo es a una de contenido determinado. Consiste sólo en obtener una actividad procesal y la protección jurisdiccional mediante la instauración y desarrollo de un proceso hasta su culminación. En este sentido, cabría incluir en el mismo el derecho a la propia ejecución de la sentencia ya que, en caso contrario, la tutela estatal sería incompleta"*.

[22] Art. 542 de la LOPJ

[23] Art. 543 de LOPJ

de servicios, regulado en los artículos 1544 y 1583 a 1587 del Código Civil [24]. Esta relación implica la asunción por parte del profesional, ya sea de forma individual o en el seno de una sociedad profesional, del riesgo de la actividad desarrollada, así como la obligación de proveerse de los medios materiales, personales y técnicos necesarios para el desarrollo de su actividad.

Habitualmente estos profesionales se encuadran dentro de los denominados trabajadores por cuenta propia o autónomos[25], pudiendo optar entre el régimen especial de trabajadores autónomos o estar dados de alta en sus respectivas mutualidades profesionales. Cabe señalar que la profesión de abogado se puede ejercer también en el marco de una relación laboral especial regulada por el Real Decreto 1331/ 2006, de 17 de noviembre [26], o en el marco de una relación laboral común, a la que serían de aplicación las previsiones del estatuto de los trabajadores[27].

Por lo que respecta a los procuradores de los tribunales su situación es singular por diversas razones. En primer lugar, por la doble naturaleza de las funciones que desempeñan. Realizan así funciones privadas, derivadas de la relación mercantil establecida con sus clientes, centradas en la representación procesal, consistentes en la realización de todas las actuaciones tendentes a la defensa de sus intereses en el seno del proceso. Les competen también funciones de naturaleza pública, en concreto aquellas que tienden a la agilización y buena marcha del proceso, artículo 26-2. 1º *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) [28], lo que los define como colaboradores de

---

[24] Real decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (BOE, Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

[25] Artículo 10.2 a), 305.2 g) y disposición adicional decimoctava del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

[26] Disposición adicional primera de la ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea. (BOE núm. 277 de 19 noviembre 2005) y Real decreto 1331/ 2006, de 17 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. (BOE núm. 276 de 18 de noviembre de 2006).

[27] 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. (BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015).

[28] Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000). Redacción revisada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

la administración de justicia. Por su parte, la reforma operada en la LEC por la ley 42/2015[29], potencia las funciones públicas del Procurador, destacando la concesión de la capacidad de certificación para la realización de los actos de comunicación derivados del proceso, en los términos previstos en los artículos 23.5, 26.8 y 152.1 de la LEC.

La singular naturaleza de la figura del procurador de los tribunales, viene determinada también por el modo en que se retribuyen sus servicios. Sus percepciones se definen como derechos y están regulados mediante arancel, cuya aprobación debe llevarse a cabo por Real Decreto. La última actualización de sus derechos se efectuó en el año 2003.[30]

VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SERVICIOS DE AJG PRESTADOS POR LOS CONSEJOS Y COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

Llegados a este punto, cabe preguntarse si estamos ante la paradoja de que, para la prestación de un servicio público, el estado venga obligado a abonar los honorarios y derechos de quienes ejercen privadamente sus respectivas profesiones. Para poder dar respuesta a este interrogante, es preciso detenerse a analizar la naturaleza jurídica del servicio de AJG prestado por aquellos profesionales, en el seno de sus respectivos Consejos Generales y Colegios territoriales en los que se integran.

El artículo 1 de la Ley de Colegios Profesionales[31] (en adelante LCP) define estas entidades como *Corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.*

Por su parte el Artículo 8 de la misma norma, establece la sujeción al derecho administrativo de determinados actos emanados de aquellos que, por ende, serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez agotada la vía administrativa. Cabe, pues, concluir que los actos emanados de los órganos de gobierno de estas

[29] Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE Núm. 239 de 6 de octubre de 2015).

[30] Real decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2003).

[31] Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1974).

corporaciones pertenecen a dos categorías diferentes: unos sujetos al derecho administrativo y otros al derecho privado.

Nos encontramos así ante entidades de doble naturaleza, determinada en cada caso por el contenido de las funciones desempeñadas. Se predica, pues, la naturaleza pública de aquellas funciones desempeñadas al servicio del interés general, mientras que, el resto de funciones, tendrían naturaleza privada. Estas corporaciones, por tanto, tienen carácter de administraciones públicas, en cuanto desempeñan funciones de afectación general. Consecuencia de ello es su facultad para ejercitar las potestades administrativas que les atribuye el ordenamiento jurídico, en beneficio del interés general.

A este respecto resulta ilustrativa la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2018[32], en la que se indica lo siguiente:

> *"los Colegios Profesionales se insertan dentro de la Administración Corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda".*

Podemos preguntarnos si la actividad desarrollada por estas corporaciones relativa a la creación y organización de los servicios de AJG, constituye o no un servicio público. A este respecto la LAJG en su exposición de motivos, apartado 6º, establece como objetivo de la norma proporcionar a los ciudadanos un sistema de justicia gratuita que —*se articula, como hasta ahora, sobre la base de un servicio público, prestado por la Abogacía y la Procuraduría, financiado con fondos igualmente públicos*—. Estamos, por tanto, ante un servicio público cuya prestación se encomienda a un tercero. Así lo indica también la citada Sentencia de la Audiencia Nacional cuando dice que:

> *"la prestación del servicio de justicia gratuita no es una función que desempeñen los Colegios de Abogados como libre ejercicio de servicios profesionales, sino que se trata de una actividad en la que concurre un importante componente público y en el que el interés general aconseja la prestación de dicho servicio del modo más eficaz posible y manteniendo unos parámetros razonables de calidad".*

Si es pública la naturaleza del servicio de AJG prestado por las corporaciones profesionales de abogados y procuradores, igual naturaleza corresponde predicar de los servicios profesionales prestados por ambos profesionales cuando, incardinados en esos servicios, son

[32] SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 26 de marzo de 2018, Cendoj: 28079230062018100110, ponente GUERRERO ZAPLANA, J.

designados para ostentar la representación procesal y la defensa jurídica del beneficiario del derecho, en el seno de un procedimiento judicial concreto.[33]

VII. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Por último, vamos a referirnos a la naturaleza jurídica del derecho a la prestación que asiste a aquel ciudadano que, cumpliendo los requisitos legales o por imperativo legal, se le reconoce el derecho a la AJG.

Sentado el carácter de servicio público de la administración de justicia, el acceso a ella por parte del ciudadano, le sitúa en la condición de usuario del servicio. Dicho estatus implica el reconocimiento de una serie de derechos y obligaciones, recogidos en las respectivas normas reguladoras de los distintos servicios públicos. Esos derechos pueden estar sometidos a determinadas condiciones. A este respecto cabe citar los supuestos en los que el servicio se destine a colectivos concretos, y cuyo acceso esté condicionado a ciertos requisitos de idoneidad[34]. La fijación y comprobación de esos requisitos por parte de la administración, se realizará conforme a criterios objetivos, en cumplimiento del principio de igualdad de acceso al servicio público, cuyo origen se sitúa en el artículo 14 de la CE.[35]

En la materia que nos ocupa, esos criterios aparecen regulados en el artículo 3 de la LAJG, y hacen referencia a la insuficiencia de *"patrimonio"* y de *"recursos e ingresos económicos"*. La objetivación de esas circunstancias, se lleva a cabo mediante el establecimiento de una serie de umbrales, que varían en función de la integración o no del solicitante en una unidad familiar, o, en el primer supuesto, del número de miembros que la formen.

---

[33] STS 2334/2019 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 15 de julio de 2019, Cendoj: 28079130032019100187, ponente CALVO ROJAS, E. *"Del régimen jurídico regulador de los servicios de asistencia jurídica gratuita que prestan los abogados incorporados al turno de oficio, establecido en la ley 1/996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, interesa destacar que el servicio se presta por letrados específicamente formados, a quienes se les reconozca el derecho a la justicia gratuita, y que, en el marco de la relación profesional entablada, el beneficiario no tiene la facultad de designar al letrado que asuma su defensa ni fijar o pactar su remuneración, que es sufragada por el Estado, así como la naturaleza jurídica de la actividad de la asistencia jurídica gratuita, que el legislador califica de servicio público de carácter prestacional"*.

[34] SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Principios de derecho administrativo II*, 3ª ed. Iustel, Madrid 2015 págs. 362-366.

[35] SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit. pág. 360.

Quienes hayan acreditado en la forma legalmente prevista, que se encuentran dentro del ámbito subjetivo de concesión del beneficio de AJG, se convierten en titulares de un derecho frente a la administración, con un doble contenido: derecho de acceso al servicio y derecho a que la prestación se realice con unas condiciones de calidad adecuadas a la finalidad de que se trate.[36]

Estamos, pues, ante un derecho del ciudadano frente a la administración, cuya naturaleza jurídica abordamos seguidamente. Para hacerlo, vamos a partir de la clasificación de derechos que realiza Robert Alexy[37] en la que distingue entre derechos de defensa y derechos de prestación. Los primeros hacen referencia a derechos a acciones negativas del estado, es decir, a la no intervención del estado en determinadas circunstancias o situaciones, por su especial naturaleza. Los derechos de prestación por su parte, son aquellos relativos a derechos a acciones positivas por parte del estado. Entre éstos, Robert Alexy distingue tres tipos[38]:

a) Derechos a protección, que serían los derechos del ciudadano a ser protegido por el estado frente a terceros.

b) Derechos a organización y procedimiento, que están en relación con la actividad normativa y de determinación de los procedimientos aplicables en cada caso por parte de los poderes públicos.

c) Derechos a prestaciones en sentido estricto, que son aquellos derechos del individuo a obtener una prestación por parte del estado.

La AJG se configura, por tanto, como un derecho de prestación en sentido estricto, en virtud del cual se faculta al ciudadano, en el que se dan determinadas condiciones, a solicitar del estado la asunción de los costes que conlleva instar el reconocimiento o tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos.

Pero no se trata de un derecho de prestación sin más, sino del derecho a una prestación que tiene carácter instrumental respecto a un derecho fundamental, cual es el derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo ha puedo de manifiesto reiterada jurisprudencia de nuestro

---

[36] SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit., págs. 363-364 *"Este derecho de acceso conlleva, naturalmente, un derecho al disfrute del servicio en las condiciones de cantidad […] y calidad predeterminados por las reglas reguladoras del mismo"*.

[37] ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, págs.186 y ss.

[38] ALEXY, ob. cit. págs. 419 y ss.

Tribunal Constitucional (en adelante TC), tal y como se recoge, entre otras, en la sentencia del pleno de 22 de mayo de 2003[39]:

> *"el art. 119 CE, al establecer que 'la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar', consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar.*

La doctrina del TC califica este derecho como un —*derecho prestacional de configuración legal*— cuyo objeto tiende a —*asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar*—. Así se desprende, entre otras, de su sentencia 90/2015 de 11 de mayo [40]:

> *"aunque hayamos calificado a este derecho como 'derecho prestacional y de configuración legal', cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias, hemos sido rotundos al afirmar que la amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del art. 119 CE no es, sin embargo, absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá 'en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar'".*

La concepción de este derecho efectuada por el TC, conecta directamente con el carácter asistencial de este servicio público, derivada del concepto de estado social de derecho, tal y como expresaba Martín Rebollo [41]. Esta visión se desprende también de la propia LAJG, en cuya exposición de motivos indica que los derechos que nuestra Carta Magna recoge en los artículos 24 y 25, son la consecuencia directa y lógica *"de la concepción social o asistencial del Estado Democrático de Derecho"*.

Por su parte, la LAJG manifiesta que su objeto es *"regular un sistema de justicia gratuita que permita a los ciudadanos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, proveerse de los profesionales ne-*

[39] STC Pleno de 22 de mayo de 2003, ECLI:ES:TC:2003:95, ponente JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.

[40] STC Sala Segunda, de 11 de mayo de 2015, ECLI:ES:TC:2015:90, ponente ASÚA BATARRITA, A.

[41] MARTÍN REBOLLO, "Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras", ob. cit., págs. 358-359.

cesarios para acceder a la tutela judicial efectiva y ver adecuadamente defendidos sus derechos e intereses legítimos".

El derecho a la AJG se configura, así, como una moneda de dos caras. El anverso es el derecho del justiciable, que reúne las condiciones legalmente previstas, al acceso gratuito a la tutela judicial, con plenas garantías e iguales condiciones que quien dispone de recursos propios para financiar ese acceso. Por su parte, el reverso de esa moneda se concreta en la obligación del estado de financiarlo adecuadamente, es decir, la obligación de poner a disposición de los beneficiarios, profesionales que ostenten su defensa y representación en el seno de un proceso judicial, con la máxima eficiencia.

VIII. SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Pasamos ahora a analizar el modo en que se prevé la financiación de este derecho. A este respecto el número 6 de la exposición de motivos de la LAJG, dice que:

> *"la Ley fija los criterios básicos de la financiación del servicio, cuyo coste deberá ser periódicamente evaluado por los poderes públicos, que en todo caso deberán seguir el principio de que el servicio de asistencia jurídica gratuita esté digna y suficientemente remunerado, haciéndose efectiva su retribución en plazos razonables".*

Por su parte el artículo 40 de LAJG indica que se establecerán las bases económicas y módulos de indemnización por la prestación de los servicios, en atención a los diversos tipos de procedimientos. La disposición final primera recoge la obligación del gobierno de publicar un decreto que desarrolle, entre otras cosas, el sistema de determinación de esas bases económicas y módulos de compensación.

Estas retribuciones con las que se abonan los servicios profesionales de abogados y procuradores designados para representar y defender a los titulares del derecho a la AJG, aparecen recogidas en el Anexo II del RAJG 141/2021 de 9 de marzo[42].

Seguidamente pasamos a analizar alguna de las previsiones que contiene y, para ello, vamos a referirnos separadamente a cada una de las profesiones afectadas.

[42] Real decreto 141/2021 de 9 de marzo (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2021).

VIII. a) Financiación pública del servicio de AJG prestado por los abogados

A este respecto, el citado Anexo se divide en nueve apartados. En el presente artículo no pretendemos realizar un análisis exhaustivo de cada uno de ellos porque nos llevaría a extendernos en exceso, pero, dado que nuestra intención es extraer conclusiones sobre si la financiación pública de este servicio se ajusta a los principios de adecuación y dignidad legalmente previstos, procederemos a fijarnos en alguna de sus partidas.

La primera que aparece es la relativa a la asistencia al detenido o preso, que se desglosa del siguiente modo:

Asistencia al detenido o preso	
Asistencia individualizada (procedimiento penal general)	81,14 €
Asistencia individualizada (procedimiento enjuiciamiento rápido)	72,12 €
Servicio de guardia de 24 horas. Asistencia al detenido-Audiencia Nacional	157,64 €
Servicio de guardia de 24 horas. Asistencia al detenido (procedimiento penal general)	154,16 €
Servicio de guardia de 24 horas. Asistencia al detenido en Procedimiento de Enjuiciamiento Rápido (carácter excepcional).	72,12 €

Fuente: Anexo II RAJG

Para determinar si los honorarios que estos profesionales perciben por el servicio de AJG son equiparables a los percibidos por iguales servicios profesionales prestados de forma privada, nos encontramos con la dificultad de disponer de datos objetivos con los que efectuar la comparativa. A este respecto es preciso significar que, tras la reforma operada en la Ley de Colegios Profesionales[43] (en adelante LCP) por la Ley 25/2009[44], quedaron prohibidas las recomendaciones de honorarios profesionales por parte de esas corporaciones, salvedad hecha

[43] Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1974). Artículo 14 "Los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta".

[44] Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. (BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2009).

de lo previsto en la disposición adicional cuarta para las tasaciones de costas y juras de cuentas.

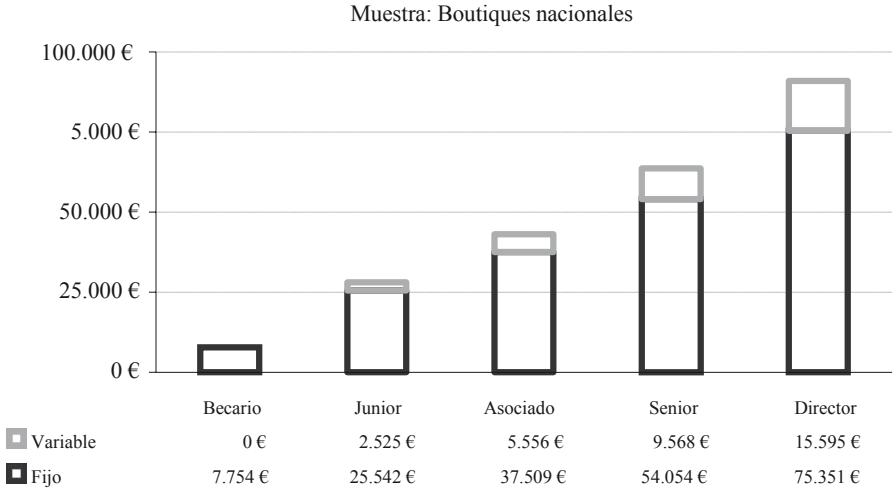
Por su parte, la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), ha realizado un estrecho seguimiento de la materia que, en diversas ocasiones ha concluido con la imposición de sanciones, al entender que la existencia de normas orientativas, suponía una recomendación colectiva de precios. Estas resoluciones han sido recurridas ante los tribunales por las corporaciones afectadas, habiendo corrido diversa suerte[45]. Parece lógico, por tanto, que los colegios de abogados no publiquen sus normas orientativas de honorarios, pese a la necesidad de disponer de ellas, a los efectos previstos en la citada disposición adicional cuarta de la LCP.

Por esta razón, para hacer esta comparativa, vamos a servirnos del estudio publicado por Signium Internacional España titulado *"Análisis Comparativo de las Retribuciones en los Despachos de Abogados en España 2020"* [46]. Para su elaboración la citada entidad ha analizado las retribuciones percibidas por más de 7.000 abogados, a los que divide en cinco categorías profesionales, distinguiendo diversos niveles retributivos para cada una de ellas: becario, junior, asociado, senior y director. El estudio diferencia lo que denomina "conceptos fijos" de los "conceptos variables", entendiendo como tales, a nuestro parecer, cuestiones relativas a productividad, resultados obtenidos y otros similares. Con esos datos se calculan las retribuciones anuales medias en cada una de las categorías. Los resultados obran en la gráfica que transcribimos a continuación:

[45] Citamos a título de ejemplo: SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 20 de julio de 2021, Cendoj: 28079230062021100359, ponente VEGAS TORRE, M.J., que desestima el recurso del Colegio de Abogados de Guadalajara contra a resolución sancionatoria de la CNMC, y SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 20 de julio de 2021, Cendoj: 28079230062021100336, ponente SANTILLAN PEDROSA, B. M., que estima el recurso del Colegio de Abogados de Ávila contra la sanción impuesta en similares términos por la CNMC.

[46] "Análisis Comparativo de las Retribuciones en los Despachos de Abogados en España 2020", p 16, *Signium Internacional España*, (disponible en https://www.signium.es/SaladePrensa/Estudios/tabid/3567/language/es-ES/Default.aspx; fecha de consulta: 15.10.2021)

RELACIÓN SALARIAL DE RETRIBUCIONES MEDIAS (FIJO + VARIABLE*)



	Becario	Junior	Asociado	Senior	Director
Variable	0 €	2.525 €	5.556 €	9.568 €	15.595 €
Fijo	7.754 €	25.542 €	37.509 €	54.054 €	75.351 €

Fuente: Signium Internacional España

Para establecer una comparativa lo más real posible, rechazaremos los valores correspondientes a ambos extremos de la tabla, centrándonos en los intermedios, es decir, en la retribución anual media de un abogado asociado, acogiendo las categorías que el estudio propone.

Según la gráfica precedente, un abogado asociado en España percibe anualmente una remuneración de 43.065 euros, sumando los conceptos fijos y variables. A partir de esa cantidad, podemos establecer que sus honorarios mensuales suponen un total de 3.588,75€. Si esa cantidad la dividimos entre 160 horas de trabajo (aplicando el criterio de jornada laboral de 8 horas), obtenemos que la remuneración/hora de trabajo de un abogado asociado es de 22,43€/hora.

Seguidamente vamos realizar una comparativa entre la cantidad obtenida y alguno de los apartados establecidos en el Anexo II del RAJG, bajo el título de asistencia al detenido o preso, antes expresados.

El importe que percibe un abogado por el servicio de guardia de 24 horas y asistencia al detenido en un procedimiento penal general es de 154,16 euros brutos. De esta forma la retribución/hora del servicio profesional prestado por el abogado de oficio en este supuesto, arroja un importe de 6,42€/hora. A este respecto, es preciso significar que los servicios del abogado de guardia son más requeridos durante

los fines de semana y festivos, sin que este extremo tenga reflejo alguno en la percepción que recibe. De lo anterior podemos concluir que la retribución/hora de un abogado asociado en España es, aproximadamente, 3,5 veces superior a la que percibe por el mismo trabajo el abogado que presta el servicio sujeto a la AJG.

Seguidamente vamos a hacer alguna mención a las percepciones establecidas en el ámbito de la jurisdicción civil. Para hacerlo transcribimos el apartado que el Anexo II del Real decreto dedica a la materia:

Jurisdicción civil	
Juicio ordinario	320,87 €
Verbal	202,50 €
Juicio completo de familia contencioso	270,00 €
Medidas provisionales	72,12 €
Juicio completo de familia de mutuo acuerdo	162,00 €
Filiación, paternidad, capacidad	240,00 €
Monitorio	157,16 €
División Judicial de patrimonios	202,50 €
Cambiario	202,50 €
Solicitud y asistencia a las medidas previas de separación y divorcio	72,12 €
Solicitud y asistencia a la vista de las medidas cautelares previas o provisionales delartículo 770.6.ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil	72,12 €
Procesos sobre guardia y custodia o alimentos de hijos menores	144,00 €
Petición de eficacia civil de resoluciones de Tribunales eclesiásticos	72.12€
Procedimiento complete de modificación de medidas	121,50€
Jurisdicción voluntaria	180€

Fuente: Anexo II RAJG

Para hacer la comparativa vamos a elegir el juicio ordinario, por la especial relevancia de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan, conforme a las previsiones del artículo 249 de la LEC.

No resulta sencillo determinar las horas de trabajo que, para un abogado, supone asumir la defensa de su cliente en este tipo de pro-

cedimientos, pero para intentar aproximarnos, vamos referirnos brevemente a sus fases procesales, cuya regulación se realiza en los artículos 399 a 436 de la LEC.

Tras mantener, al menos, un par de reuniones previas con el cliente para establecer el objeto de la reclamación y solicitar la documentación pertinente, procederá a su estudio, al objeto de determinar la sostenibilidad y vigencia de la acción, así como la suficiencia probatoria. Seguidamente analizará la normativa y la jurisprudencia aplicables a la materia, para, con todo ello, redactar la demanda, en la que relacionará los documentos y demás pruebas en las que funde su derecho. Verificado esto, la remitirá al procurador para su presentación. A partir de ese momento recibirá por parte de ese profesional, todas las resoluciones que el Juzgado dicte en el procedimiento, con los eventuales plazos que de ellas se deriven, y la obligación de evacuarlos mediante los correspondientes escritos o recursos.

Contestada la demanda, el juzgado fijará día y hora para la celebración de la audiencia previa. A ella acudirá tras analizar bien los escritos y documentos aportados de contrario, ya que, en dicho acto, deberá contestar las eventuales excepciones procesales, así como impugnar aquellos documentos cuya veracidad o autenticidad se cuestione. Tras la fijación de los hechos controvertidos, propondrá las pruebas convenientes para acreditar los extremos alegados en su demanda. Admitida la prueba o recurrida en el acto la inadmisión de toda o parte de ella, se señalará fecha para la celebración de la vista. Para su celebración el abogado acudirá nuevamente a la sede judicial para la práctica de las pruebas. Habitualmente consistirán en el interrogatorio de parte, testificales o aclaraciones a los informes periciales, tanto de parte como judiciales. Esta última prueba merece especial mención ya que, el abogado deberá estudiarla con detalle, para poder solicitar aclaraciones al perito en el acto de la vista. Resulta evidente que, habitualmente, se corresponden con materias en las que no está versado, por lo que la dedicación temporal y el esfuerzo de comprensión serán mayores. Por otro lado, no podemos olvidar la transcendencia de este tipo de prueba, en especial de la pericial judicial, ya que constituye un sólido apoyo de las decisiones judiciales, especialmente en aquellas materias en las que, por su carácter eminentemente técnico, la intervención de estos profesionales resulta clave para resolver la *litis*. Finalizada la práctica de la prueba, el abogado realizará el alegato de las conclusiones extraídas de aquella, tendentes a apoyar los pedimentos de la demanda, quedando los autos pendientes de dictar la sentencia, con la que concluiría la tramitación del proceso en la primera instancia.

No podemos fijar las horas de trabajo real que todo lo anterior supone, pero para poder hacer una comparativa, vamos a crear la ficción, en absoluto excesiva, de que el abogado dedica 60 horas, es decir, una semana y media de trabajo efectivo, a cada uno de estos procedimientos. Si tenemos en cuenta que el abogado designado para defender a quien ha obtenido el beneficio de AJG percibe 320,81€ por todos los conceptos, podemos establecer que su retribución supone 5,34€/hora brutos.

Volviendo al estudio antes citado, en virtud del cual la retribución/hora de un abogado asociado en España era de 22,43€/hora, podemos concluir que la retribución de los abogados pertenecientes a esta categoría cuando prestan sus servicios privadamente, es aproximadamente, 4,2 veces superior a la que percibe por el mismo trabajo el abogado sujeto a la AJG.

VIII.b) Financiación pública del servicio de AJG prestado por los procuradores de los tribunales

Respecto a estos profesionales, el Anexo II del Real decreto establece una más que escueta distribución y categorización, de las cantidades que perciben por la prestación de sus servicios de AJG, en concepto de módulos y bases de compensación, cuyos términos se transcriben a continuación:

Módulos y bases de compensación económica - Procuradores

Jurisdicción penal	
Todos los procedimientos	24,34 €
Apelaciones	25,25 €
Jurisdicción civil	
Todos los procedimientos	32,45 €
Apelaciones	25,24 €

Fuente Anexo II RDAJG

En este caso sí contamos con un elemento objetivo con el que realizar la comparativa ya que las retribuciones de estos profesionales están sujetas a arancel, siendo de aplicación el aprobado mediante Real decreto 1373/2003, de 7 de noviembre[47]. Lo primero que llama

[47] Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de Derechos de los Procuradores de los Tribunales (BOE núm. 278, de 20 de noviem-

la atención es la ausencia de cualquier actualización al alza de sus derechos arancelarios[48] durante los 18 años de vigencia de esta norma. Esto sorprende aún más cuando se observan las escasas cuantías que, con alguna excepción, suponen los derechos devengados por sus intervenciones profesionales. Solo a título ilustrativo, pensemos que, de haberse aplicado a esos derechos el incremento acumulado del IPC desde su aprobación hasta la actualidad, nos encontramos con una pérdida adquisitiva del 32,1%[49].

Es preciso recordar que estamos ante un profesional jurídicamente cualificado[50], a quien le compete la representación técnica de la parte en el proceso. Como consecuencia de ello, viene obligado a recibir la notificación de todas las resoluciones que se dicten en el procedimiento, a mantener puntualmente informado al letrado y al cliente tanto de su contenido como de los eventuales plazos vinculados a ellas, a realizar la presentación de todos los escritos procesales y

bre de 2003).

[48] A este respecto, cabe destacar que han sido revisados en el sentido de establecer un límite máximo al importe total de derechos que puedan devengar estos profesionales por un mismo asunto. Así el Real Decreto-Ley 5/2010 de 31 de marzo (BOE núm. 79 de 1 de abril de 2010), en la disposición adicional segunda, apartado 1º, fija esa cantidad en 300.000 euros. Recientemente ese importe ha sido rebajado a 75.000 euros, por la Ley 15/2021 de 23 de octubre, por la que se modifica la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, así como la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales el Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, y la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 255, de 25 de octubre de 2021).

La efectividad práctica de esta reforma es limitada, ya que basta una lectura de los derechos arancelarios de los procuradores y de sus cuantías, para concluir que los supuestos en los que proceda aplicar este criterio van a ser muy escasos, por no decir, prácticamente inexistentes.

Quizá la novedad más importante de la ley 15/2021, acogida después en el Real Decreto 307/2022, de 3 de mayo (BOE núm. 106 de 4 de mayo de 2022), es la prohibición de que el sistema arancelario de derechos de los procuradores pueda *"fijar límites mínimos"*. Con esta medida, se concede la posibilidad, hasta el momento vetada a estos profesionales, de establecer el importe de sus derechos, por debajo de las cantidades fijadas por el arancel. Esta posibilidad ha sido muy criticada por ese colectivo profesional, ya que entienden que, con la intencionalidad de liberalizar el mercado y favorecer la libre competencia, se puede producir una rebaja en la calidad del servicio, cuando no, una proliferación de "bajas temerarias" que harían insostenible y antieconómica la prestación del mismo, en los términos legalmente previstos.

[49] Instituto Nacional de Estadística. (disponible en https://www.ine.es/varipc/verVariaciones.do;jsessionid=AA3ED94232373F5CE8D8629C7E1A4723.varipc01?idmesini=11&anyoini=2003&idmesfin=3&anyofin=2021&ntipo=1&enviar=Calcular; fecha de consulta: 15.10.2021)

[50] Artículo 23 de la LEC: *"…habrá de ser Licenciado en Derecho, Graduado en Derecho u otro título universitario de Grado equivalente, habilitado para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del juicio"*.

a cuantas gestiones judiciales o extrajudiciales se deriven del proceso. De igual modo cabe recordar que su responsabilidad profesional es directamente proporcional a la cuantía reclamada y al eventual perjuicio procesal producido.

Sentado esto, pasamos a analizar lo que percibe el procurador por la prestación de sus servicios, de conformidad con lo previsto en el Anexo II del RAJG. Para ello vamos a centrarnos en la partida más elevada de todas las previstas, es decir, la relativa a la tramitación en primera instancia de todo tipo de procedimientos en el ámbito de la jurisdicción civil. A estos efectos el importe establecido es de 32,45 euros brutos. Es preciso significar que, a diferencia de lo previsto para los abogados, en este caso no se realiza distinción alguna entre clases de procedimientos ni fases procesales.

Con carácter previo vamos a intentar realizar un cálculo estimativo de lo que supone su intervención profesional, por ejemplo, en un procedimiento de familia ante un órgano unipersonal. La elección no es aleatoria, ya que, en el ámbito civil, son precisamente estos procedimientos en los que, con mayor frecuencia, se solicitan sus servicios por parte de los beneficiarios del derecho a la AJG. El elenco de sus deberes profesionales aparece recogido fundamentalmente en el artículo 26 de la LEC.

Con esas premisas podemos decir que al procurador le corresponde la presentación telemática de la demanda, con la consiguiente obligación de registro de todos los datos personales de las partes, juzgado de destino y demás elementos requeridos, en la plataforma virtual correspondiente, debiendo además identificar y anexar todos los documentos acompañados y relacionados en el preceptivo índice. A partir de ese momento será este profesional quien reciba todas y cada una de las notificaciones procedentes del juzgado, con la obligación de mantener puntual y permanentemente informando al letrado y a la parte de su contenido así como, de los eventuales plazos preclusivos que, de ellas, se deriven.

De igual modo, le corresponde recepcionar y gestionar los traslados de escritos y documentos presentados por las demás partes, en los términos del artículo 276 de la LEC, la presentación de cuantos sean precisos en nombre de su cliente durante el proceso, la asistencia a las vistas que se señalen. En el supuesto, muy frecuente por otro lado, de que se soliciten medidas cautelares, deberá asistir tanto a la vista de las medidas como, más adelante, a la vista del procedimiento principal. Una vez recaída sentencia habitualmente se incoa el correspondiente procedimiento de ejecución. En materia de familia esta

fase suele ser ineludible y además prolongada, al ser numerosas las incidencias que se plantean tanto en torno al régimen de visitas como al abono de las pensiones alimenticias. A este respecto cabe recordar la obligación impuesta en el artículo 32 de la LAJG, en cuya virtud el profesional deberá seguir prestando sus funciones de representación de forma real y efectiva hasta 2 años después de haberse dictado la sentencia. Junto a lo ya expuesto, le corresponde también realizar todas las gestiones, tanto de impulso procesal como ante otras administraciones públicas, tendentes a la buena marcha del proceso

El Consejo General del Poder Judicial estima que el tiempo medio de duración de un procedimiento de divorcio contencioso en el año 2019, se sitúa en torno a los 9,8 meses[51]. La misma fuente indica que en el caso de las ejecuciones procedentes del derecho de familia, el lapso temporal en el mismo período es de 32,3 meses. Podemos concluir que el procurador deberá mantenerse en la representación procesal de su mandante en torno a tres años (con el límite de dos años desde la sentencia antes referido), percibiendo por todas sus prestaciones profesionales un importe bruto de 32,45 euros.

Es preciso añadir que el procurador, conforme a lo previsto en el artículo 276.4 de la LEC, viene también obligado a presentar las copias en papel de los escritos de demanda y sus documentos, al objeto de poder emplazar al demandado no personado que, por tanto, carece de representación procesal. No existe previsión alguna en el RAJG para hacer frente a ese coste, pese a que, en ocasiones, el volumen de documentos puede ser elevado.

Vamos a hacer ahora la comparativa con los derechos establecidos para este tipo de procedimientos en el arancel, en el que aparece desglosados los diversos conceptos y fases objeto de devengo: Según el artículo 7 c) 1º en los procesos de divorcio y nulidad contenciosos, el procurador devengará la cantidad de 74,30 euros. Por su parte, el apartado b) del mismo artículo establece que por la solicitud o intervención en las medidas provisionales, percibirá 52,01euros. El apartado 2º del artículo 7 indica que, si se solicitan pensiones de alimentos, compensatoria o ambas, percibirá los derechos que establece el artículo 1 del arancel, tomando como base el importe de una anualidad. Así, si la pensión de alimentos en favor de los hijos fuera de 250

[51] Consejo General del Poder Judicial. Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales - Órganos Unipersonales, año 2019 (disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2019&territorio=Espa%C3%B1a Proc=Asuntos%20 civiles; fecha de consulta: 15.10.2021)

euros para cada uno[52], en el caso de que la pareja tuviera dos hijos, la anualidad de la pensión serían 6.000 euros. Aplicando el artículo 1, al procurador le corresponderían 165,27 euros. En este apartado, no tenemos en cuenta la fijación de pensión compensatoria por ser un supuesto más infrecuente.

Para el supuesto de que se instara el procedimiento de ejecución por impago de las pensiones fijadas en la sentencia, el apartado e) del mismo artículo indica que los derechos del procurador serían el 50% de los fijados en el artículo 1, tomando como base la cantidad reclamada. Siguiendo con el ejemplo anterior, ante un impago de pensiones durante, por ejemplo, cinco meses, la cuantía reclamada sería de 2.500 euros, por lo que los derechos de este profesional serían 49,59 euros. Sumadas las cuatro cantidades (74,30+52,01+165,27+49,59) arrojan un total de 341,17 euros brutos, cantidad 10,5 veces superior a la prevista por los mismos servicios profesionales en el caso de representar a quien ha obtenido el beneficio AJG.

IX. NOVEDADES DEL REAL DECRETO 141/2021 DE 9 DE MARZO[53]

El recién publicado RAJG deroga el anterior del año 2003. Seguidamente vamos a referirnos a su contenido y a las novedades introducidas con su entrada en vigor.

Los objetivos que se marca son básicamente cuatro:

1. Actualizar la composición de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita de acuerdo a lo previsto en la Ley 42/2015 de 5 de octubre que modificó la LEC.
2. Acomodar las remisiones que realiza el reglamento a las leyes administrativas vigentes.
3. Establecer un sistema de pago mensual, frente al trimestral anterior, tanto de la subvención por los servicios de AJG, como

[52] Se han efectuado los cálculos de estimación de la pensión alimenticia sobre la base de las tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el CGPJ (disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/; fecha de consulta: 03.06.2021). Para ello se han realizado simulaciones en diversas localidades españolas, sobre una estimación de ingresos por importe de 1.500€ mensuales respecto al cónyuge custodio y de 2.000€ mensuales respecto del no custodio, redondeándose las cantidades resultantes.

[53] Real decreto 141/2021 de 9 de marzo (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2021).

de los gastos de infraestructura de los Consejos Generales de la Abogacía y de Procuradores.

4. Crear un Consejo Estatal de AJG para armonizar y unificar los criterios de concesión de la prestación.

La modificación de la composición de las comisiones, es consecuencia, de una parte, de la adecuación tanto a lo previsto en el artículo 10 de la LAJG, modificada por el apartado 7 de la disposición final tercera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre[54], y de otra, de las remisiones realizadas por el RAJG a las leyes administrativas, algunas de las cuales habían sido derogadas durante la vigencia del anterior. A este respecto destacan algunas novedades, como el cambio de la presidencia de la Comisión Central de AJG, reservada antes a un miembro de la fiscalía, que ahora pasa a ser rotatoria con una periodicidad semestral, entre todos sus miembros, a excepción del funcionario del Ministerio de Justicia, a quien corresponderá siempre la función de secretario. También resulta novedosa la diferenciación entre las comisiones dependientes de la administración del estado, y aquellas que dependen de las comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de justicia. De la composición de estas últimas se excluye a la abogacía del estado, a diferencia de la situación precedente.

Podría decirse que las novedades del RAJG más reseñables se concretan en la modificación de la periodicidad del pago de la subvención, estableciendo un sistema mensual, frente al trimestral anterior y, en especial, en la creación del Consejo Estatal de AJG. Este órgano aparece regulado en el Título V y se crea con la finalidad de coordinar y armonizar los criterios de concesión del beneficio de AJG entre todas las administraciones encargadas de su gestión. Cabe recordar que el vértice de esa gestión es doble, al estar situado en los ministerios de Justicia y Política Territorial, de una parte, y de Función Pública, de otra. A ello hay que sumar que doce de las diecisiete comunidades autónomas españolas, tienen transferidas competencias en materia de justicia, todas ellas con capacidad normativa, en los términos previstos en la CE[55]. Ambas cosas dan idea de la dificultad que entraña establecer criterios uniformes, que sean aplicados en todo el territorio nacional. Pese a ello, cabe recordar el ya mencionado principio de

[54] Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015).

[55] Artículo 150 CE permite a las Cortes Generales la atribución a las comunidades autónomas de la facultad de dictar para sí, normas legislativas *"en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal"*.

igualdad en la prestación del servicio público, en los términos expresados por Santamaría Pastor[56].

La finalidad armonizadora de este Consejo, tiene reflejo en su composición ya que, además de integrar a representantes de ambos Ministerios, incluye a un director general por cada una de las comunidades autónomas con competencias en materia de justicia.

Sus funciones aparecen relacionadas en el artículo 54, en el que se habla de cuestiones tales como impulso, asesoramiento, evaluación, seguimiento o coordinación institucional. Ello nos lleva a cuestionar el carácter vinculante de sus acuerdos frente a la diversidad o disparidad de aquellos que pudieran aplicar las comisiones de AJG de las comunidades autónomas, en especial aquellas que cuentan con competencias transferidas en materia de justicia.

Respecto a los módulos y bases de indemnización económica para los abogados y procuradores, el RDAJ se realiza una adaptación a las diversas reformas legislativas posteriores, transcribiendo en su mayoría los importes y conceptos contenidos en la única actualización del Anexo II, efectuada en el año 2018.[57]

X. CONCLUSIONES

Para extraer alguna conclusión vamos a recordar las premisas en las que queremos asentarlas:

El acceso de los ciudadanos a la tutela judicial se constituye un derecho fundamental reconocido de manera expresa en la CE, que se produce en el seno de un procedimiento judicial tramitado con todas

[56] SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit., pág. 360. Se refiere el autor al principio de igualdad ante el servicio público que, en cuanto disfrute de las prestaciones de la administración por los ciudadanos, ha de tener una doble vertiente:

"1) Una vertiente objetiva, conforme a la cual el diseño general, así como las reglas de utilización de los servicios, deben configurarse con rigurosa exclusión de los factores de discriminación que el art. 14 CE prohíbe, y de manera que permitan un acceso al servicio de los ciudadanos (de aquellos concretos para los que el servicio está establecido) en condiciones igualitarias;

2) y una vertiente subjetiva, que otorga a los ciudadanos que ostenta los requisitos que las reglas del servicio imponen, un derecho de acceso y disfrute de los mismos asimismo en condiciones de igualdad con los restantes usuarios".

[57] Orden JUS/1170/2018, de 7 de noviembre, por la que se actualiza el anexo II del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 274, de 13 de noviembre de 2018). Esta actualización es la única realizada desde la entrada en vigor del RAJG en el año 2003.

las garantías procesales y en el contexto de un servicio público de naturaleza prestacional, como es la administración de justicia.

El derecho a la AJG para quienes cumplan los requisitos legales, es un derecho prestacional de configuración legal, que, en palabras de nuestro TC, tiene carácter instrumental respecto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La concesión del derecho a la AJG implica la asunción por parte del estado de la obligación de financiar digna y suficientemente a los profesionales adscritos a los servicios de AJG que, por imperativo legal, ostentan la representación procesal y la defensa del justiciable en el seno de ese proceso.

En estas líneas nos hemos referido a la forma en que actualmente se financia la prestación de los servicios de AJG desarrollados por abogados y procuradores de los tribunales. De lo expuesto podemos concluir que los honorarios que percibe un abogado que actúa privadamente, son al menos 3,5 o 4,5 veces superiores (según los ejemplos analizados), a los que percibe por igual trabajo el abogado designado para la defensa de quien tiene reconocido el derecho de la AJG. Por lo que respecta al procurador de los tribunales, el que actúa en virtud de libre designación, puede llegar a ser 10,5 veces superior respecto del que representa al beneficiario del derecho a AJG.

A la vista de ese desfase cabe preguntarse si el estado está cumpliendo realmente con el mandato constitucional de financiación en los términos previstos por nuestra Carta Magna o, por el contrario, pudiera estar derivando su carga, al menos en parte, hacia aquellos profesionales liberales independientes que vienen obligados a la prestación del servicio con calidad y eficacia.

Recordemos que estamos ante trabajadores por cuenta propia (con las salvedades ya expresadas) y, por ello, obligados a proveerse por sí mismos de los medios humanos, materiales y técnicos necesarios para desempeñarlo. Si se repercutieran los costes de esos medios sobre el número de horas de trabajo efectivo destinado a la atención de los asuntos procedentes de la prestación del servicio de AJG, es más que probable que, en algunos casos, el importe de los gastos fuera superior al de los ingresos (en el caso de los procuradores sin duda alguna).

A nuestro entender, el legislador ha perdido la oportunidad con la reforma del RAJG, de asumir de forma clara y definitiva la función que la constitución le otorga como garante de un servicio público esencial en un estado social y democrático de derecho. Esa financiación implica subvencionar dignamente a quienes prestan el servicio, sin tener que apelar al sentido social de los profesionales lo realizan

que, en ocasiones, puede llegar a ser el mayor y mejor motivo por el que lo desempeñan eficazmente.

XI. BIBLIOGRAFÍA

Asencio Mellado, J., *Introducción al derecho procesal*, 6ª ed., Tirant lo Blanc, Valencia 2015.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

Baena de Alcázar, M., *Administración de Justicia*, en Reyes-Sánchez, R. (coord.) Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología científica y social, Plaza y Valdés, Madrid-México 2009.

Fairen-Gillén, V., "La potestad jurisdiccional." *Revista de derecho judicial*, núm. 51-52, 1972, julio-diciembre.

Fernández Farreres, G., *Sistema de derecho administrativo II*, 4ª ed., Civitas, Pamplona 2018.

Jordana de Pozas, L., "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo". *Revista de Estudios Políticos*, Madrid 1949.

Martín Rebollo, L., *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

Martín Rebollo, L., "Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras". *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*.

Merkl, A., "Teoría general del Derecho Administrativo", *Revista del derecho privado*, Madrid, 1935.

Solozábal Echavarría, J. J., "Sobre el principio de la separación de poderes", Revista de estudios políticos, núm. 24, Madrid, 1981.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES A TERCEROS ESTADOS: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 24 DE MARZO DE 2021, SS vs MCP, asunto 603/20

INTERNATIONAL JURISDICTION IN CASE OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION TO THIRD STATES: AN ANALYSIS OF THE CJEU JUDGMENT OF 24 MARCH 2021, SS v MCP, CASE 603/20

M.ª AURORA CAPARRÓS MORENO

Estudiante de Doctorado en Unión Europea.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Sumario: *I. Introducción. II. Hechos de la Sentencia objeto de estudio. III. Normativa considerada en la Sentencia. III.A Normativa convencional. III.B Derecho de la Unión Europea más relevante aplicable al caso planteado. III.C. Derecho de Reino Unido aplicable al caso. IV. Precedentes jurisprudenciales existentes sobre la materia. IV.A Sentencia TJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18 UD y XB. IV.B Sentencia Court Appeal Division de 29 de julio de 2014 en asunto Re H (Abduction Jurisdiction) [2014]. V. Análisis de conceptos claves para la resolución de asunto. V.A. Ámbito de aplicación territorial del Reglamento Bruselas II bis. V.B Principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y de confianza mutua. V.C. Interpretación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis. V.C.1 En cuanto al tenor literal. V.C.2 En cuanto a su relación con otros instrumentos internacionales: Convenio de La Haya de 1996 y Convenio de La Haya de 1980.V.D Criterio de proximidad e interés superior del menor. VI. Conclusiones*

Resumen: En este trabajo se va a analizar el contenido de la SJUE de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU, donde el TJUE interpreta por primera vez el alcance el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis. El estudio va a abordarse desde distintos enfoques teniendo en cuenta: la perspectiva jurisprudencial, —estudiando los precedentes existentes en la materia, tanto en Reino Unido como por parte del TJUE-; la perspectiva conceptual, analizando el tenor literal actual; las Propuestas anteriores, y, por último, su necesaria coordinación con el Convenio de La Haya de 1996 y Convenio de La Haya de 1980. Finalmente será objeto de examen si el fallo es acorde a los principios que rigen el Derecho de la Unión Europea tales como principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, de confianza mutua, de proximidad e interés superior del menor.

Palabras claves: sustracción internacional de menores, tercer Estado, competencia judicial, residencia habitual, *perpetuatio fori*.

Abstract: This paper will analyze the content of the SJUE of 24 March 2021, case C-603/20 PPU, where the CJEU interprets for the first time the scope of Article 10 of the Brussels II a Regulation. The study will be approached from different perspectives, taking into account: the jurisprudential perspective, —studying the existing precedents on the matter, both in the United Kingdom and by the CJEU-; the conceptual perspective, analyzing the current wording; the previous Proposals, and, finally, their necessary coordination with the 1980 Hague Convention and the 1996 Hague Convention. Finally, it will be examined whether the ruling is in accordance with the principles governing European Union Law, such as the principle of mutual recognition of judicial decisions, mutual trust, proximity and the best interests of the child.

Key words: international child abduction, third State, jurisdiction, habitual residence, *perpetuation fori*

Recepción original: 01/03/2022

Aceptación original: 20/04/2022

I. INTRODUCCIÓN

1. El objeto de este estudio es el análisis de la Sentencia de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU-MCP[1], donde por primera vez el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), interpreta el alcance del artículo 10 del *Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000*[2], (en adelante Reglamento Bruselas II bis).

2. La cuestión suscita mucho interés tanto por la novedad de la propia cuestión prejudicial presentada, como por las posturas enfrentadas que mantienen, *por un lado*, el Abogado General en sus conclusiones[3] y, *por otro*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su decisión final sobre el asunto. Así, el Abogado General concluye que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenía su anterior residencia habitual (antes del traslado o retención ilícita) mantienen la competencia sin límite temporal. En cambio, el TJUE sostiene que cuando se constante que un menor, fruto de una sustracción o retención ilícita, ha adquirido la residencia habitual en un tercer Estado, el artículo 10 no resulta aplicable, y que la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se va a dilucidar el asunto deberá ser determinado de conformidad con los convenios internacionales aplicables o, a falta de convenio internacional, con arreglo a artículo 14 de dicho Reglamento Bruselas II bis[4].

3. La importancia de esta Sentencia radica en la necesidad de interpretación del artículo 10, toda vez que no se encuentra contemplado en el tenor literal del mismo la competencia del órgano jurisdiccional en caso de traslado, o retención ilícita de un menor a un tercer Estado, si bien existía algún precedente en la jurisprudencia inglesa —como más adelante trataremos—, hecho que hizo a la High Court of Justice (England & Wales), Family

El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, "PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS CRISIS FAMILIARES INTERNACIONALES. (ANÁLISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL Y DE LA UNIÓN EUROPEA)" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[1] ECLI:EU:C:2021:231

[2] "DOUE" núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, páginas 1 a 29 (29 págs.).

[3] Conclusiones del Abogado General Sr. Athanasios Rantos presentadas el 23 de febrero de 2021 en el asunto C-603/20 PPU. ECLI:EU:C:2021:126.

[4] Apartado 63 de la Sentencia objeto de estudio.

Division, en adelante Hight Court of Justice, elevar la cuestión prejudicial ante el TJUE[5].

[5] El Reglamento Bruselas II bis será sustituido por el Reglamento 2019/1111, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DO L178 de 7 de febrero de 2019), en adelante Bruselas II ter. Mantiene el concepto de "residencia habitual" como punto de conexión para atribuir a los órganos jurisdiccionales de un Estado la competencia judicial. La competencia en caso de traslado o retención ilícita de un menor está contemplada en el art. 9 del Reglamento Bruselas II ter, no se observan cambios de calado en la nueva redacción salvo: *primero*, en esta nueva redacción señala la pérdida de competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro antes de la retención o traslado ilícito cuando el menor haya residido en ese otro Estado miembro durante al menos un año desde que el titular de la custodia tuviese, o hubiera debido tener, conocimiento del paradero del menor, que el mismo esté integrado, y como novedades encontramos que el apartado iii) precisa el archivo de una demanda de restitución por motivos distintos a los contemplados en el art.13.1.b) o 13.2 del Convenio de La Haya de 1980, así como el apartado iv) que requiere que no se haya acudido a ningún órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el art.29.3 y 5 en el Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual y, *segundo*, la posibilidad de elección del órgano jurisdiccional por las partes, se prevé que las partes libremente convengan o acepten expresamente la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor haya sido trasladado, o se encuentre retenido, elección que no se haya condicionada a que dicho procedimiento tenga conexión con otro procedimiento que se encuentre pendiente en el órgano jurisdiccional elegido por las partes, novedad ésta recogida en el Reglamento Bruselas II ter acogiendo la doctrina establecida por la STJUE de 12 de noviembre de 2014, C-656/13, *caso L y M*, y siempre que se cumplan determinadas condiciones.

En relación con el nuevo Reglamento pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: BIAGIONI, G., "Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al ricognoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale", *Rivista de Diritto Internazionale,* Vol. 102, N.º4 (2019), págs. 1169-1178; CARPANETO, L., "Impact of the best interest of the child on the Brussels II Ter Regulation", *Fundamental Rights and Best interest of the child in transnational families*, 2020, págs. 265-286; CORNELOUP, S., KRUGER, T., "Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du ter(rain)", *Rev. Crit. DIP.,* 2020/ N.º 2, págs. 215-245; FORCADA MIRANDA, F.J., *Comentarios prácticos al Reglamento 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Edt. Sepín, 2020; HERRANZ BALLESTEROS, M., "El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial, de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades", *REDI.*, Vol. 73/2, julio-diciembre 2021, Madrid, págs. 229-260; JURIK, B., "Réglement Bruxelles II ter: le changement, ce n'est pas pour maintemant", *Journal d'actualité des droits européens*, N.º20/2019; MUSSEVA, B., "The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet sour fruits of unanimity", *ERA Forum* 21, (2020) págs..129-142; RODRIGUEZ PINEAU, E., "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores", *La Ley Derecho de Familia*, N.º26, 2020; NOURISSAT, C., "Retour sur le règlement (UE) 2019/1111 du 25 juin 2019 dit règlement " Bruxelles II bis refondu " ou règlement " Bruxelles II ter", *Procédures*, n.º1, janvier, (alerte 1), (2020).

4. A lo largo del estudio defenderé la conveniencia de los argumentos dados por el TJUE y con ello la decisión que finalmente adopta. Principalmente en base a: *de un lado*, la necesaria coordinación con otros instrumentos internacionales como el *Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*[6], (en adelante Convenio de La Haya de 1996), y el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, firmado el 25 de octubre de 1980*[7] (en adelante Convenio de La Haya de 1980), *y de otro lado*, a la interpretación dada por el TJUE sobre conceptos claves para la determinación del órgano jurisdiccional competente, en concreto: el concepto de proximidad y el concepto de interés superior del menor.

II. HECHOS DE LA SENTENCIA OBJETO DE ESTUDIO

5. La cuestión prejudicial se eleva al TJUE por la Hight Court of Justice porque al Tribunal le surgen dudas en cuanto al alcance de la competencia del órgano jurisdiccional otorgada por el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, toda vez que va a conocer sobre una cuestión que afecta a la responsabilidad parental sobre una menor, de nacionalidad británica, pero que lleva residiendo en India desde octubre de 2018.

6. La complejidad de los supuestos de sustracción internacional de menores aconseja una explicación detallada de los hechos con el fin de aclarar cuál fue la situación que originó la cuestión prejudicial. Una pareja de nacionales indios, con permiso de residencia en Reino Unido, ostentan ambos la responsabilidad parental sobre su hija menor. La madre viaja a India con la menor primero con el consentimiento del padre en noviembre de 2017. Regresa a Reino Unido en abril de 2018. En octubre de ese mismo año la madre vuelve a trasladar a la menor de nuevo a India ya sin que consentimiento del padre. La progenitora regresa a Reino Unido sin la menor. El padre sostiene que él se ha ocupado del cuidado de su hija hasta el momento en que la madre trasladó a la menor a India en octubre de 2018.

7. El progenitor señala que fue a visitar a la menor en 2019 a India, pero que la madre no le permitió verla. El padre solicita la restitución

[6] BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, págs. 99837 a 99868.
[7] BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987, págs.. 26099 a 26105.

de la menor a Reino Unido, así como el derecho de custodia, y subsidiariamente, en caso de que le fuera denegada la custodia, se le conceda un régimen de visitas.

8. La madre afirma que es ella quien se ha ocupado del cuidado de la menor desde su nacimiento, y que el padre nunca se ha involucrado en su educación ni en su cuidado, señala que sufría malos tratos tanto ella como su hija, y que huyó a India en noviembre de 2017, porque no tenía ayuda en Reino Unido, después regresó y volvió a huir en octubre de 2018. Sostiene que cuando el padre estuvo en India, no fue a visitar a la niña. En abril de 2019 la menor viaja a Reino Unido durante dos semanas para regularizar la situación administrativa, ya que el visado en India no permitía residir más de 180 días. La madre quiere que la menor permanezca en India con la abuela materna. La madre reside en Reino Unido. Y a largo plazo desea que la menor pase tiempo tanto en India como en Reino Unido.

9. El proceso jurisdiccional se inicia debido a que la madre solicita en noviembre 2019 al Juzgado de Chelmsford la autorización para el cambio de jurisdicción de la menor, instando al Juzgado que declarase que la menor tenía residencia habitual en India.

10. El Juzgado de Chelmsford se declaró competente en base a la residencia habitual de la menor, pese a que la misma se encontrara residiendo en India hacía un año. La competencia judicial internacional es cuestionada por la Hight Court, ya que en todo momento se señaló que la menor residía en India, si bien el alto tribunal entiende que el malentendido puede haber sido ocasionado por el hecho de que en todo momento se señaló que la madre era la que cuidaba a la menor, y la misma sí tenía residencia habitual en Reino Unido, pero era inexacto, puesto que la menor se encontraba al cuidado de la abuela materna en India. La segunda vista que se celebra en relación con la solicitud de la madre agrava más el error de jurisdicción del Juzgado. El padre señaló que no tuvo conocimiento de esta solicitud hasta el 5 de agosto de 2020.

11. A finales de agosto de 2020 el padre solicita a la Hight Court of Justice la devolución de la menor, ciudadana británica, a Reino Unido, y en caso de que la madre se encuentre en India, o en otro lugar, se dicte orden de retorno de ambas. El Tribunal señala que el padre no solicitó que la menor fuese puesta bajo tutela judicial, y que la solicitud de que la madre vuelva a Reino Unido no es sostenible.

12. A principios de septiembre de 2020 hay otra nueva audiencia, donde no se trata la competencia judicial internacional, y el Auto dictado por el Tribunal recoge un acuerdo aparente entre las partes señalando que el Tribunal de Reino Unido y Gales tiene la competencia

sobre la base de que tanto los padres, como la menor, tienen residencia habitual en Reino Unido. Como señala posteriormente la Hight Court of Justice en su Sentencia, más que un acuerdo entre las partes, de dicho auto se induce que es el Juzgado el que se declaró satisfecho sobre la jurisdicción sobre la base que entendía que no había disputa entre ambos litigantes respecto a la jurisdicción. La madre mostró su disconformidad y recurrió el auto señalando que la menor no tenía residencia habitual en Reino Unido, por lo que dicho Tribunal no tiene competencia. La resolución del recurso a la fecha que se dicta la Sentencia de la Hight Court todavía no era conocido.

En septiembre de 2020 se dicta otro nuevo auto donde se señala que las partes han aceptado la competencia del Juzgado de Inglaterra y Gales. La Hight Court of Justice otra vez señala que no acierta a comprender esta situación ya que la madre no aceptó dicha competencia.

13. Queda claro de estos hechos: que la menor no ha visto a su padre desde octubre de 2018, es decir, en un periodo de 22 meses antes de la presentación de asunto a la Sala; que la menor ya tenía su residencia habitual en India, y se encontraba completamente integrada en su entorno familiar y social, así como que durante dicho periodo no se ha reconocido prestación de alimentos alguna a la menor en Reino Unido.

14. La Hight Court of Justice considera que la madre podría haber cometido una sustracción internacional por el traslado de la menor a India sin el consentimiento paterno, y/o por su retención en India. Es un hecho que en agosto de 2020 la menor ya tenía residencia habitual en India, por lo que señala que no tiene jurisdicción según la norma establecida en el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis. Entiende que estamos ante un caso de sustracción internacional, porque el traslado o la retención se ha producido con infracción del derecho de custodia que tiene el padre, ya que dicho derecho de ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o de la retención de la menor.

III. NORMATIVA CONSIDERADA EN LA SENTENCIA

III.A. Normativa convencional

15. El TJUE en el desarrollo de su resolución se refiere a dos instrumentos internacionales de origen convencional fundamentales: *de un lado*, Convenio de La Haya de 1980, *y de otro*, al Convenio de La Haya de 1996.

16. El Convenio de La Haya de 1980, texto del que India no era parte cuando ocurren los hechos, y por lo tanto no aplicable al caso planteado, puede servir de criterio inspirador para los Estados contratantes, como se señala en el Informe explicativo realizado por Doña Elisa Pérez-Vera, en su apartado 37 *in fine*[8]. *Este texto tiene como objetivo principal el mantenimiento del status quo* anterior a la sustracción[9], buscando con ello desincentivar las sustracciones internacionales. La restitución del menor es su regla general, intentando garantizar su rápida restitución con el objetivo de mantener el derecho de custodia existente en el Estado de origen antes de que se produjese la sustracción[10], y evitar con ello que el secuestrador pueda obtener algún beneficio con la sustracción[11].

17. Respecto del Convenio de La Haya de 1996, al que tampoco se había adherido India al momento de los hechos, contiene normas relativas a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental, pero además incluye normas sobre ley aplicable. La UE decidió vincularse por el Convenio de La Haya de 1996, a través de los Estados Miembros, ya que el texto del Convenio sólo reconoce la condición de parte a los Estados soberanos, y compartiendo la competencia externa con éstos para las materias no reguladas a nivel europeo[12].

[8] Los Estados contratantes pueden inspirarse en las disposiciones del convenio, "*aunque el Convenio sólo alcance la plenitud de sus objetivos entre los Estados contratantes, las autoridades de cada uno de los Estados tienen perfecto derecho a inspirarse en las disposiciones convencionales para tratar otras situaciones similares*". Informe explicativo de la Haya. *Publicaciones de la HCCH*. https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf.

[9] Con este objetivo en su articulado encontramos una doble prohibición: el artículo 17 que señala que los Tribunales de la sustracción no pueden vincular la decisión de restitución a decisiones sobre el fondo, y el artículo 16 que señala que los Tribunales no pueden entrar a conocer sobre el fondo del asunto —referido al derecho de custodia— mientras se encuentre pendiente un proceso de restitución. Asimismo en el texto se altera el juego normal de la residencia habitual, y en caso de traslado o retención ilícita y siempre que haya transcurrido menos de un año, se ordenará la restitución inmediata, (en otros casos el periodo de un año se consideraría suficiente para acreditar la residencia habitual), y como vía complementaria a ésta, se encuentra en la prohibición a los Tribunales del Estado de la sustracción a conocer sobre el fondo del asunto hasta que se haya dictado, en su caso, una decisión de no retorno del menor.

[10] El Convenio de La Haya es aplicable aún en el caso de que no se encuentre el derecho de custodia reconocido a favor de cualquiera de los progenitores por una resolución judicial.

[11] Para el Reino Unido entró en vigor el 1 de agosto de 1986.

[12] Para el Reino Unido entró en vigor el 1 de noviembre de 2012.

III.B. Derecho de la Unión Europea más relevante aplicable al caso planteado

18. Como sabemos, Reino Unido ha abandonado la UE, mediante la Decisión (UE) 2020/135, de 30 de enero de 2020, relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la UE [13] (en adelante Acuerdo de Retirada). En el artículo 86 señala que el TJUE continuará siendo competente para pronunciarse sobre las peticiones de decisión prejudicial presentadas por los órganos jurisdiccionales del Reino Unido antes del final del periodo transitorio[14].

19. El Reglamento Bruselas II bis no modificó las normas relativas a las crisis matrimoniales, pero modificó las normas relativas a la protección de los hijos[15]. En los Considerandos se establecen criterios de interpretación del articulado sobre normas de competencia, determinando que éstas se organizan en función del interés superior del menor y del criterio de proximidad [16], así como el reconocimiento de los principios y derechos recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), especialmente respecto a los menores[17]. El Reglamento Bruselas II bis tiene como objetivo la unificación en los Estados miembros, tanto de las normas de competencia judicial internacional, como de reconocimiento de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental.[18]

20. El ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis comprende las materias civiles relativas a la responsabilidad parental, estableciendo el artículo 8 la competencia general de los órganos jurisdiccionales del Estado de la residencia habitual del menor en el momento de la presentación de la demanda.

---

[13] "DOUE" núm. 29, de 31 de enero de 2020, págs. 1 a 188 (188 págs.)

[14] Según el artículo 126 del Acuerdo de Retirada, el periodo transitorio comenzó en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo (1 de febrero de 2020) y finalizó el 31 de diciembre de 2020. La cuestión prejudicial fue planteada por la Hight Court of Justice (Family Division) en 6 de noviembre de 2020, dentro del periodo transitorio mencionado.

[15] BORRÁS, A. "Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm.38, diciembre 2019.

[16] Considerando 12.

[17] Considerando 33.

[18] OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. "Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)". *La Ley Unión Europea*, núm.21, 2014, págs..5-22.

21. El artículo 10 versa sobre la competencia en caso de sustracción de menores, estableciendo la conservación de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícita hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro, y que el titular que ostente el derecho de custodia haya dado su conformidad, o bien que el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un periodo mínimo de un año desde que el titular de la custodia haya tenido, o hubiere debido tener conocimiento, del paradero del menor, se encuentre integrado, y se cumplan alguna de las siguientes condiciones: a) que en ese año no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades del Estado miembro donde se encuentre el menor, b) que se haya desistido de una demanda de restitución sin haber presentado una nueva en el plazo de un año, c) que se haya archivado una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual y d) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícita hayan dictado una resolución sobre el fondo que implique la no restitución.

22. También debemos tener en cuenta el artículo 24 de la CDFUE, dedicado a los derechos del menor, el cual establece el derecho de los niños a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, reconociéndoseles el derecho a expresar su opinión y a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos con su padre o madre, todo ello en beneficio del interés superior del menor.

III.C. Derecho de Reino Unido aplicable al caso

23. El Abogado General introduce brevemente en sus Conclusiones el marco legal británico de fuente interna. Señala que los artículos 1 a 3 de la Family Law Act 1986 recogen la competencia de los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y Gales para pronunciarse en materia de responsabilidad parental[19]. La competencia de los Tribunales de Reino Unido viene regulada en el artículo 2 de la Family Law Act[20], precepto que remite al Reglamento Bruselas II bis, fruto de la obligatoriedad y la aplicabilidad directa de los Reglamentos.

[19] Apartado 18.

[20] *"Los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y Gales sólo podrán dictar una resolución en virtud del artículo 1, apartado 1, letra a), en relación con un menor cuando: a) sean competentes con arreglo al [Reglamento n.º 2201/2003*] […]"

24. Además de esta norma de competencia, existe en Reino Unido un principio según el cual la competencia del Tribunal de Reino Unido puede venir determinada por la competencia *parens patriae*[21]. Se trata de un principio desarrollado jurisprudencialmente que intenta proteger a los menores, evitando cualquier daño que se pueda producir a los mismos[22]. Para ello extiende la competencia de los Tribunales nacionales sobre todos los menores nacionales ingleses[23], con independencia del lugar donde se encuentren[24], sobre la base de que "un niño de nacionalidad británica, tanto si se encuentra en este país, como fuera de él, tiene un deber de lealtad al soberano y, por tanto, tiene derecho a la protección"[25].

Ahora bien, no es un principio absoluto, el Tribunal tiene que valorar las circunstancias y la necesidad de protección del menor, así como tener en cuenta una serie de circunstancias al objeto de su ejercicio: *en primer lugar*, la posibilidad de entrar en conflicto con el esquema de competencia recogido entre los Estados implicados; *en segundo lugar*, se tendrá que analizar si puede dar lugar a decisiones conflictivas entre las jurisdicciones con las que el menor tiene vinculación; y *en tercer lugar*, apreciar si puede originar órdenes no ejecutables, es decir, si puede generar conflictos internacionales con otros Estados con los que exista un marco jurídico internacional[26]. Además de los elementos citados, siempre se debe valorar la posibilidad de daño para el menor, sobre todo en la lesión de los derechos re-

[21] Re A (A Child) [2020] EWHC 451 (Fam). Párrafo 7: *"Como señalé en HB v A Local Authority and Anor (Wardship: Costs Funding Order) [2017] EWHC 524 (Fam), sus orígenes se encuentran en el período feudal cuando, como incidencia de la tenencia, a la muerte de un arrendatario, el señor se convertía en tutor de las tierras y el cuerpo del heredero infantil superviviente (véase Lowe, N. y White, R. Wards of Court 1986, 2.ª ed.)".*

[22] Lord Eldon LC in Wellesley v Duke of Beaufort (1827) 2 Russ 1, at 18 *"it has always been the principle of this Court, not to risk the incurring of damage to children which it cannot repair, but rather to prevent the damage being done".* Es un principio que se sigue aplicando actualmente por los Tribunales de UK.

[23] Sentencia Hope v Hope de GM &G328 p. 344-345, reconocida también por la Sentencia Re P (GE) (An Infant) [1965] Ch 568 donde Lord Denning MR señaló: *"The court here always retains a jurisdiction over a British subject wherever he may be, though it will only exercise it abroad where the circumstances clearly warrant it: see Hope v Hope (1854) 4 De GM & G 328; In re Willoughby (1885) 30 Ch D 324; R v Sandbach Justices, ex p Smith [1951] 1 KB 62. "The Crown protects every child who has his home here and will protect him in respect of his home. It will not permit anyone to kidnap the child and spirit it out of the realm. Not even its father or mother can be allowed to do so without the consent of the other. The kidnapper cannot escape the jurisdiction of the court by such a stratagem.'*

[24] A v A an another (Children Habitual Residence) (Reunite International Child Abduction Centre intervening) [2013] UKSC parragraph 60.

[25] Asunto *Re P* GE) (An Infant) [1965]. P. 568 a 587.

[26] Asunto *Re B (A Child)* [2016] UKSC 4. P. 59 a 61.

conocidos en los artículos 2 o 3 del *Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, *hecho en Roma en 1950*, (en adelante CEDH)[27].

25. Tampoco podemos olvidar la figura existente en el ordenamiento jurídico británico conocido como *chasing order*, que supone una alteración del derecho de custodia como "respuesta/sanción" a la propia sustracción a través de la adopción, inmediata y automática, de una decisión sobre la custodia, atribuyéndola al progenitor que ha sido víctima de la situación de sustracción[28].

Ahora bien, la Sentencia dictada por la Corte Suprema de Canadá del 20 de octubre de 1994, *asunto Thomson v. Thomson[29], señala que la chasing order* dictada hay que ponerla en relación con el Convenio de La Haya de 1980, por lo que la orden no puede hacer por sí mima ilegal, lo que de otro modo no era contrario al Convenio[30]. Si bien es conocedor de la existencia de precedentes, en los que se ha producido esta situación por las autoridades británicas y australianas, donde procedimientos de custodia se han usado como *chasing order* después del traslado o retención ya sea a favor o en contra de la persona que tenía la custodia en el momento del traslado, como por ejemplo, Re B.-M., supra; y In the Marriage of W.M. and G.R. Barraclough, [1987] 11 Fam. L.R. 773 (Fam. Ct. Aust.) [31].

---

[27] Como ejemplo de dicha ponderación encontramos el asunto *Re B; RB v FB and MA (Forced Marriage: Wardship: Jurisdiction),* en el que la Hight Court of Justice dictó resolución ejercitando su jurisdicción basándose en el principio *parens patriae*. Dicha orden fue la respuesta la solicitud de una joven de 15 años, nacida en Pakistán, que nunca había residido en Reino Unido, hija de un ciudadano británico, y a su vez medio hermana de un varón residente en Escocia. Dicha menor había solicitado la ayuda del Alto Comisionado Británico en Islamabad para ir a vivir a Escocia con su hermano con el fin de evitar un matrimonio forzado en Pakistán. El Alto Comisionado Británico tenía conocimiento de que la menor era nacional británica con pasaporte británico e informó a la Unidad de Matrimonios Forzados en Londres al objeto de preparar el retorno de la menor, pero se requería una orden por parte del Tribunal, el cual, valorando los requisitos de dicho principio, y en orden a la excepcionalidad del caso planteado —matrimonio forzado— decide amparar a la menor, y ponerla bajo su tutela.

[28] JIMÉNEZ BLANCO, P. (2008) *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores,* Marcial Pons, 2008, pág.15.

[29] Thomson v. Thomson (1994) 3 S.C.R 551

[30] A "chasing order", issued after the child has been taken out of the jurisdiction, cannot by itself make unlawful what was otherwise not contrary to the Convention, see C. v. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child), [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), aff'd [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction), [1993] 1 F.L.R. 979 (H.C. (Fam. Div.)); y Re N. (Child Abduction: Habitual Residence), [1993] 2 F.L.R. 124 (C.A.).

[31] "In particular, since this case was argued, a number of British and Australian cases have come to my attention where wardship proceedings in England have been used

26. Respecto a las normas que van a determinar la competencia, reconoce la Sentencia de la Hight Court of Justice en su párrafo 22 que en este caso no puede ser determinada por la Family Law Act, sino por el Reglamento Bruselas II bis, que tiene eficacia directa en Reino Unido; efecto directo que ya había sido reconocido en la Sentencia *In the matter of A (Children*) (AP) [2013] UKSC 60[32].

27. En relación a la aplicación espacial del Reglamento Bruselas II bis, sus disposiciones sobre competencia judicial internacional se aplicarán pese a la existencia de una jurisdicción alternativa en un tercer Estado, como ya había recogido la High Court of Justice en el asunto *Re A*[33]. Con ello la autoridad británica incorpora la jurisprudencia del TJUE, en su Sentencia de 1 de marzo de 2005[34], asun-

---

as "chasing orders" after the removal of a child to establish wrongful retention whether by or against the person having the right of custody at the time of the removal".

[32] Re A (Children) [2014] Pár. 13 "The rules as originally laid down in the 1986 Act have been modified to take account of Council Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, otherwise known as the Brussels II revised Regulation ("the Regulation"), which is of course directly applicable in United Kingdom law. They also now take account of the 1996 Hague Convention on the Protection of Children, but that was not incorporated into United Kingdom law until after the relevant date for our purposes, which all are agreed is 20 June 2011, when the first order was made".

[33] Re A (Children)[2014] FLR 111, [2014] 1 All ER 827 Pár. 33 "…The relevance of Owusu v Jackson is merely to reinforce the conclusion that the jurisdiction provisions of the Regulation do indeed apply regardless of whether there is an alternative jurisdiction in a non-Member State"

[34] Los hechos del asunto brevemente son: el Sr. Owusu, nacional de Reino Unido y domiciliado en dicho país, sufrió un accidente muy grave cuando se encontraba en Jamaica de vacaciones al zambullirse en el mar en una zona no profunda, quedando tretrapléjico. El Sr. Owusu ejercitó acción en Reino Unido contra el Sr. Jackson, domiciliado en Reino Unido, y varias sociedades jamaicanas, si bien, el Sr. Jackson y algunas de las sociedades solicitaron declinatoria de jurisdicción al entender que el litigio tenía más conexiones con Jamaica que con Reino Unido, y que los órganos jurisdiccionales de Jamaica eran los competentes. El Juez de Primera Instancia entiende que debido a que el Sr. Owusu y el Sr. Jackson se encuentran domiciliados en Reino Unido, y que pese a que a que existan puntos de conexión con el resto de demandadas en Jamaica, no podía suspender el procedimiento, puesto que el Convenio de Bruselas no se lo permitía, ya que en caso contrario se corría el riesgo de que órganos jurisdiccionales de dos Estados tuvieran que juzgar los mismos hechos con pruebas idénticas o similares, y llegar a conclusiones inconciliables, por lo que desestimó la declinatoria. Frente a dicha resolución se alzaron el Sr. Jackson y varias sociedades demandadas, si bien, la Court of Appeal decide elevar cuestión prejudicial. El TJUE señala que el artículo 2 del Convenio de Bruselas se aplica al caso de que existan relaciones entre órganos jurisdiccionales de un único Estado contratante y los de un Estado no contratante, pero no a las relaciones entre los órganos jurisdiccionales de varios Estados contratantes, y respecto a la compatibilidad con la excepción del *forum no conveniens,* señala que el artículo 2 de dicho Convenio tiene carácter imperativo, y que las únicas excepciones son las contempladas en el Convenio, donde la

to C-281/02, Owusu v Jackson, al que nos remitiremos en apartado siguiente[35].

IV. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES EXISTENTES SOBRE LA MATERIA

28. En la Sentencia que analizamos al Tribunal inglés le surgen dudas respecto a la interpretación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, no en cuanto a la literalidad, sino por la existencia de datos en la jurisprudencia anterior aparentemente contradictorios y no concluyentes, que hacen dudar de la seguridad del precepto[36].

Por un lado, la Sentencia TJUE de 17 de octubre de 2018 en el asunto C-393/18 PPU *UD y XB*, en su interpretación del artículo 8 en relación con el 10, tratado como *obiter dicta*[37], *se refieren a conflictos de competencia entre Estados miembros, y no a los conflictos entre un Estado miembro y un tercer Estado. Por otro lado*, existe cierta práctica judicial británica que da una interpretación más amplia del ámbito territorial del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, cuyo máximo exponente es la Sentencia Court Appeal Division de 29 de julio de 2014 en asunto Re H (Abduction Jurisdiction) [2014] EWCA Civ 1101, [2015] 1 WLR 863, [2015] 1 FLR 1132 at 38-53 por Black LJ.,).

IV.A. Sentencia TJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18 *UD y XB*

29. El TJUE en su sentencia de 17 de octubre de 2018, en el asunto *UD y XB*, responde a la cuestión prejudicial planteada por la Hight Court of Justice, sobre si la presencia física del menor en un Estado

misma no se encuentra prevista, además, el respeto del principio de seguridad jurídica no se garantizaría si se permitiese a los órganos jurisdiccionales que aplicaran la excepción del *forum non conveniens* y podría poner en peligro la aplicación uniforme de las reglas de competencia que contiene el Convenio.

[35] Vid. Infra. Apartado 32.

[36] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y Reglamento 2201/2003. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU". *La Ley Unión Europea*, N.º92, mayo 2021.

[37] STJUE 17.10.2018, caso UD v XB, apartado 33 "no estamos ante una disposición cuyos términos y aplicación implican necesariamente un conflicto potencial entre varios Estados miembros (artículo 9,10 y 15 Reglamento Bruselas II *bis*)". ECLI:EU:C:2018:835.

miembro era un elemento esencial de la residencia habitual en el sentido del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis[38].

30. La primera cuestión a la que responde el TJUE es sobre su propia competencia para resolver la cuestión prejudicial, ya que el Gobierno del Reino Unido entiende que no es competente, puesto que el conflicto surge entre un Estado miembro, Reino Unido, y un tercer Estado, República Popular de Bangladesh, interpretando que el Reglamento Bruselas II bis sólo es aplicable a situaciones transfronterizas dentro de la Unión Europea, por lo que en este caso debe aplicarse el Derecho nacional[39].

31. Para dilucidar si ostenta o no competencia, el TJUE valora la aplicación espacial del texto. Comienza señalando que el artículo 1 del Reglamento Bruselas II bis no limita el ámbito de aplicación territorial, y que entre sus objetivos está el de crear un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el que se garantice la libre circulación de personas, con este fin debe adoptar medidas de cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, y que las normas de competencia del Reglamento Bruselas II bis no se aplicarán únicamente a situaciones entre Estados miembros.

---

[38] Recordemos los hechos: la demandante, en este caso la progenitora era nacional de Bangladesh, país donde contrajo matrimonio en 2013 con el padre, de nacionalidad británica. Ambos instalaron su residencia habitual en Reino Unido y en diciembre de 2016 viajaron a Bangladesh donde nace la menor el 2 de febrero de 2017. En enero de 2018, el padre regresa a Reino Unido sin la menor y sin la madre. El 20 de marzo de 2018, la madre presentó procedimiento judicial ante la jurisdicción británica, solicitando que la menor fuera puesta bajo su tutela, y que se ordenara el retorno de ambas a Reino Unido, al objeto de poder comparecer ante dicho órgano. Entendía que dicho órgano era el competente porque en el momento de presentar la demanda, la menor residía habitualmente en Reino Unido. El padre, en cambio, negaba tal competencia. El tribunal remitente lo primero que se cuestiona es si la menor tiene residencia habitual en Reino Unido en el sentido del artículo 8 apartado 1 del Reglamento Bruselas II bis, y se cuestiona si es la presencia física de la menor en un Estado miembro elemento esencial de la residencia habitual.

[39] El Gobierno inglés entendía que el Reglamento se había adoptado bajo los criterios de los artículos 61 c) y 67.1 TCE con el fin de establecer un espacio de libertad, de seguridad y justicia, y que el Consejo adoptaría medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, pero entre los Estados miembros. Se generó un gran debate doctrinal sobre si la Unión Europea se estaba extralimitando la aprobar normas que se aplicaban a situaciones con repercusión transfronterizas con terceros Estados, pero que no estaban vinculadas con el correcto funcionamiento del mercado interior. Este debate se zanjó con el Tratado de Lisboa (DOUE C 306/1), el cual en su artículo 81 recoge que la Unión Europea desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, y entendiendo inserto dentro de dicho concepto situaciones más allá del mismo.

32. El TJUE[40], como reconoce el Abogado General[41], comparte el argumento seguido por el TJUE en el caso *Owusu v Jackson*[42] *y el Dictamen 1/03 de 7 de febrero de 2006*[43], *que señalan que el Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, con el claro objetivo de facilitar el funcionamiento del mercado común mediante la adopción de normas de atribución de competencia para los litigios relativos al mismo, y reducir las dificultades relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias, entiende que se debe realizar una unificación de las normas de competencia en los litigios que presenten un elemento de extranjería, por lo que el artículo 2 se debe entender en el sentido de que se atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, pese a que existan terceros Estados no firmantes del Convenio.

33. El TJUE sigue argumentando que la aplicación de la norma general de competencia en materia de responsabilidad parental establecida en el artículo 8 en modo alguno está supeditada al requisito de que exista una relación jurídica que implique a varios Estados miembros[44] , dado que: *de un lado*, no estamos ante una disposición cuyos términos y aplicación implican necesariamente un conflicto potencial entre varios Estados miembros como son los artículos 9, 10 y 15 Reglamento Bruselas II bis[45]. *De otro lado*, el Reglamento no contiene ninguna disposición que limite expresamente el ámbito de aplicación territorial de todas las normas relativas a la competencia establecidas en él[46], a diferencia de lo que ocurre con las normas que rigen el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales donde el Tribunal ya se ha pronunciado sobre su incompetencia para

[40] Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafo 40.

[41] Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard OE, presentadas el 20 de septiembre de 2018. Apartado 27. ECLI:EU:C:2018:749

[42] El TJUE señaló que el órgano jurisdiccional de un Estado contratante no puede declinar su competencia basándose en la consideración de que un órgano jurisdiccional de un Estado no contratante constituye un foro más adecuado para conocer del litigio, con ello el TJUE descarta la aplicación de la excepción de *forum non conveniens* utilizada previamente por la Court of Appeal (Reino Unido) de 1992, *In Re Harrods (Buenos Aires) Ltd (1992 Ch 72) donde se admitió que los órganos jurisdiccionales ingleses podían renunciar a ejercer la competencia que les atribuía el art. 2 del Convenio de Bruselas de 1968, por lo que el Tribunal inglés se encuentra en la obligación de ejercer la competencia judicial internacional que tiene en aplicación citado precepto* Por lo que el Tribunal inglés se encuentra en la obligación de ejercer la competencia judicial internacional que tiene en aplicación citado precepto.

[43] ECLI:EU:C:2006:81

[44] Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafo 32.

[45] Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafo 33.

[46] Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafo 36.

resolver cuestiones prejudiciales relativas al reconocimiento de una resolución, por ejemplo, en caso de divorcio dictada por un tercer Estado[47].

34. Conforme a lo anterior, el TJUE entiende que no se puede concluir que la norma de competencia establecida en el artículo 8, apartado 1, se deba aplicar sólo a litigios que impliquen relaciones entre órganos jurisdiccionales de Estados miembros[48], por lo que admite que la determinación de la competencia establecida en el artículo 8, basada en la residencia habitual, se pueda aplicar a supuestos donde el menor haya adquirido la residencia habitual en un tercer Estado y no en otro Estado miembro.

35. Cuestión distinta será determinar si es necesaria la presencia física de un menor en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en él. Señalando el TJUE que un menor debe haber estado físicamente en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en su territorio[49].

---

[47] Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafos 33 y 35.

[48] Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafo 39.

[49] Respecto a la presencia física y la voluntad de los progenitores, padres de un lactante, en orden a la determinación de la residencia habitual, se había pronunciado anteriormente el TJUE en la Sentencia de 8 de junio de 2017, *asunto C-111/17 PPU OL y PQ* (ECLI:EU:C:2017:436). En este caso el TJUE había señalado que cuando el menor es un lactante, su entorno familiar viene determinado por la persona o personas de referencia que lo guardan y cuidan de él y que comparte el entorno social y familiar, por lo que si el lactante se encuentra bajo la guardia de su madre en un Estado miembro distinto del que reside habitualmente el padre, para la determinación de la residencia habitual, debe considerarse la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia de la madre en el territorio del primer Estado miembro, y también, tanto los orígenes geográficos y familiares de la madre, como las relaciones familiares y sociales que mantiene la madre y el menor en ese Estado miembro. La intención de los padres de establecerse con el menor en un Estado miembro puede tenerse en cuenta cuando se expresa a través de determinadas circunstancias externas, pero no puede ser decisiva por sí sola para determinar la residencia habitual de un menor, sino que constituye un "indicio" que puede completar un abanico de otros elementos concordantes. En base a lo anterior el TJUE determina que, adoptar como criterio preponderante la intención inicial de los progenitores de que uno de ellos regrese acompañado del menor a un segundo Estado miembro, que era la residencia habitual de ambos antes del nacimiento del menor, estableciendo con ello la regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es la de sus padres, va más allá del concepto de residencia habitual del Reglamento, concluyendo que es incompatible con dicho concepto considerar que la intención inicial de los padres de que el menor resida en un determinado lugar prima sobre el hecho de que el menor haya permanecido de manera ininterrumpida en otro Estado miembro desde su nacimiento.

IV.B. Sentencia Court Appeal Division de 29 de julio de 2014 en asunto Re H (Abduction Jurisdiction) [2014][50]

36. La Sentencia Court Appeal Division de 29 de julio de 2014 en asunto Re H (Abduction Jurisdiction) [2014] trata sobre la competencia de los Tribunales ingleses en caso de que los menores hayan sido desplazados a un tercer Estado[51].

37. En primera instancia el Tribunal no considera que los menores sean residentes habituales en Reino Unido, debido a la edad que tenían cuando fueron trasladados y al hecho de que llevaban cinco años residiendo en Bangladesh cuando se presentó el asunto al Tribunal, y ello, pese al criterio seguido en el caso Re A (Children)[52] sobre la aplicación espacial del Reglamento Bruselas II bis —sus disposiciones sobre competencia judicial internacional se aplicarán pese a la existencia de una jurisdicción alternativa en un tercer Estado—, y pese a que el Tribunal pueda tener jurisdicción por ser los menores ciudadanos británicos en base a la competencia *parens patriae*. En consecuencia, decide que el caso debe ser dilucidado en Bangladesh.

38. Sin embargo, en el recurso de apelación, al analizar la competencia judicial internacional en caso de sustracción o retención ilícita de menores contemplada en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, el Tribunal entiende que sí tiene competencia. Para ello se hace eco de una jurisprudencia anterior (asunto Re A)[53] que señala el Tri-

---

[50] Re H (Abduction: Jurisdiction) [2014] EWCA Civ 1101.

[51] Recordemos los hechos: los padres, originarios de Bangladesh, contrajeron matrimonio e instalaron su residencia habitual en Reino Unido, donde nacieron los niños en 2007 y 2008, ambos son ciudadanos británicos. Cuando los menores tienen 14 meses y 6 semanas, la familia viaja a Bangladesh. El padre regresa solo a Reino Unido en agosto de 2008.Entre 2009 y 2012 el padre hace tres viajes a Bangladesh con una duración total de 2 años. La última vez que ve a los niños es en noviembre de 2012, si bien había tenido contacto telefónico frecuente con los niños. El padre denuncia que la madre había retenido ilícitamente a los menores a Bangladesh, debido a que la misma no quiere volver a Reino Unido, por ello solicita amparo al Tribunal inglés en orden a la devolución de los menores a Reino Unido. La madre no comparece ante el Tribunal, órgano jurisdiccional que supone que lo sostenido por la madre es el abandono del padre. El padre entiende que los órganos jurisdiccionales británicos tienen jurisdicción sobre la base de la residencia habitual británica de los menores o por su nacionalidad.

[52] *Vid. supra* 27.

[53] En el asunto Re A, la madre solicitaba la orden de restitución de los hijos a Inglaterra, el Tribunal Supremo sostuvo que dicha orden era una orden relativa a la responsabilidad parental, en el sentido dado por el artículo 1 del Reglamento de Bruselas II bis, y señaló que las disposiciones de competencia del Reglamento se aplican con independencia de que exista una jurisdicción alternativa en un Estado miembro. *Vid. supra* 27. Y señala también en el párrafo 30 "no hay nada en las diversas atribu-

bunal inglés tenía competencia en el caso de traslado/retención ilícita de un niño a un tercer Estado, y basándose en dichos precedentes en su decisión determina que es competente porque los menores no han adquirido la residencia habitual en otro Estado miembro[54].

Ahora bien, el Tribunal de apelación señala que no puede responder a la pregunta de si un Tribunal puede declinar la competencia que tiene en virtud del Reglamento Bruselas II bis, porque tener la competencia no significa su ejercicio y que, en este caso, el resultado del ejercicio sería la desestimación del asunto. Lo anterior no significa que esté denegando la jurisdicción, sino que es una conclusión positiva a la que llega el Tribunal tras ejercer dicha competencia, y valorar que lo mejor para los menores es no dictar ninguna orden[55], debido a que no está en la mejor posición para resolver el asunto, por la falta de documentación y de conocimiento real de los hechos, con conocimiento de que se han tramitado varios procedimientos en Bangladesh, así como debido al tiempo transcurrido (6 años), donde los menores ya no tendrán ningún recuerdo de Reino Unido, y en base al principio de interés superior del menor, rechaza el asunto y no dicta orden de restitución.

V. ANÁLISIS DE CONCEPTOS CLAVES PARA LA RESOLUCIÓN DE ASUNTO

39. En el caso planteado ante el TJUE no queda ninguna duda de que, pese a que la menor se encuentre en India al cuidado de la abuela materna, los padres ejercen la patria potestad sobre la menor, y por lo tanto son titulares de la responsabilidad parental[56], puesto que no hay ninguna resolución que les prive o suspenda de la misma.

---

ciones de competencia del capítulo II que las limite a los casos en que la jurisdicción rival es otro Estado miembro".

[54] Párr.53: "In those circumstances, working, as the judge did, upon the basis that the father's case as to wrongful retention is accepted, jurisdiction is retained in the courts of England and Wales by virtue of Article 10 and has not been lost, because the children have not yet acquired a habitual residence in another Member State".

[55] Párr. 73 "In short, to use the language of Re C (see §59 above), I can see no solid reason in the interests of the children to continue the proceedings further and I consider that the appropriate outcome is that they should end with no order made"

[56] La "responsabilidad parental" es un concepto autónomo y propio que debe ser interpretado de manera de manera extensiva (STJUE 21 octubre 2015, C-215/15, *Vasilka Ivanova Gogova*. ECLI:EU:C:2015:710), abarca, en particular, "todas las decisiones relativas al derecho de custodia y a la residencia del menor" (Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*.ECLI:EU:C:2019:816).

V.A. Ámbito de aplicación territorial del Reglamento Bruselas II bis

40. El Abogado General, Sr. Athanasios Rantos, en sus conclusiones parte de que "el Reglamento Bruselas II bis no establece su ámbito territorial"[57]. Se refiere también al precedente establecido en el caso *UD*[58], y señala que se debe aplicar el Reglamento Bruselas II bis en base al criterio de competencia general establecido en el artículo 8.1 de dicho instrumento según la interpretación dada por el TJUE.

Además señala que, el hecho de que la STJUE en el caso *UD* el Tribunal señalase que "a diferencia de lo que ocurre con otras disposiciones del Reglamento, como los artículos 9,10 y 15, y cuyos términos implican necesariamente que su aplicación depende de un potencial conflicto de competencia entre los órganos jurisdiccionales de varios Estados miembros", fue una declaración *obiter dictum*, basada en un razonamiento *a sensu contrario*, por lo que tiene un valor limitado, puesto que el TJUE no interpretó en aquella decisión el alcance del artículo 10[59]. Continúa argumentando que la Guía práctica del Reglamento, apartado 4.2.1.1, señala que, en el caso estudiado, la competencia sólo puede atribuirse al nuevo Estado miembro en condiciones muy estrictas, y que dicha Guía carece de fuerza obligatoria, por lo que no puede vincular al Tribunal en su interpretación.

41. El TJUE, por su parte, en su Sentencia no hace referencia alguna a la definición del ámbito territorial por el Reglamento. Señala que el artículo 10 es una regla de competencia especial, que neutraliza la aplicación de la regla contenida en el artículo 8, y que, en caso de sustracción o traslado ilícito, y si el menor ha adquirido la residencia habitual en un Estado fuera de la UE, no se puede aplicar el artículo 8.1. Una situación distinta se daría si hubiera adquirido su residencia habitual en otro Estado miembro y, en consecuencia, la norma de competencia establecida en el artículo 10[60] no es aplicable, por lo que no se justifica el mantenimiento sin límite temporal de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícita[61].

---

[57] Apartado 39.

[58] Donde el TJUE estableció que el artículo 8.1 puede aplicarse a relaciones jurídicas que impliquen a terceros Estados, pese a que no se establezca así en el dicho artículo

[59] Apartado 79 y 80.

[60] La cual permite excluir la competencia que podrían invocar los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual con fundamento en la regla general.

[61] Apartado 46 de la Sentencia.

42. Es un hecho asumido que cada norma de competencia del Reglamento posee un ámbito de aplicación independiente[62]. El Reglamento Bruselas II bis define su ámbito de aplicación material en el apartado 1[63], pero como ya hemos dicho, no define su ámbito de aplicación territorial, ahora bien, el mismo se aplicará en todos los Estados miembros, excepto Dinamarca.

43. El Abogado General sostiene que en este caso se debe aplicar el artículo 10, puesto que estamos ante un caso de sustracción de una menor, y que es *lex especialis* que prevalece sobre la ley general[64]. Hecho sobre el que coincide el TJUE, y señala que, al recoger el artículo 10 una regla de competencia especial neutraliza el efecto que la regla de aplicación de competencia general establecida en el artículo 8.1 produciría en caso de sustracción internacional, a saber, la transferencia de la competencia al Estado miembro en que el menor, a raíz de la sustracción, adquiera la residencia habitual, y la interpretación de la regla de competencia especial debe ser en sentido estricto, por lo que no puede darse una interpretación que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el Reglamento de que se trate.

44. La interpretación dada por el TJUE sobre la aplicación del artículo 8 a relaciones jurídicas con terceros Estados, no implica *per se* que dicha interpretación deba ser aplicada al artículo 10 —ya que cada norma de competencia tiene un ámbito de aplicación diferente—, máxime cuando el artículo 10 contempla un posible conflicto de competencia con otro Estado miembro, por lo que el supuesto de partida no es mismo[65].

El artículo 8 otorga la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenga su residencia habitual al momento de presentar la demanda, y el artículo 10 implica un potencial conflicto con otro Estado (miembro o no). Si entendemos que el

---

[62] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado…", *op. cit*., pág.12.

[63] "1. El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas:

[a]) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial;

[b]) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental."

[64] Sentencia TJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-518/17, Rudigier, que señala: *"De este modo, el artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 1370/2007 impone obligaciones más específicas que las previstas por las Directivas 2014/24 y 2014/25 y, como lex specialis, prevalece sobre estas últimas (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de octubre de 2016, Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, apartado 47).*

[65] Como ya señaló la STJUE caso UD en su apartado 33.

objetivo del artículo 10 del Reglamento no es otro que establecer la regla de inalterabilidad de la competencia para el caso de sustracciones de la residencia habitual del menor, esto implica que *este artículo no atribuye competencia, sino que establece las pautas sobre el funcionamiento del foro de competencia basado en la residencia habitual del menor cuando ha mediado sustracción*[66].

Es decir, el artículo 10 señala que los Tribunales de la residencia habitual *conservarán* la competencia hasta tanto en cuanto se produzca algunas de las circunstancias de las contempladas dicho artículo a favor del Estado de la sustracción (miembro o no), por lo tanto, esta competencia, si es *conservada* es porque anteriormente ha sido otorgada en base a otra norma de competencia, por lo que puede ser que el Tribunal del Estado miembro sea competente (si el menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro antes de la sustracción, o incluso si hay un tercer Estado implicado), pero hay que hacerse la siguiente pregunta en relación con el supuesto planteado y la interpretación conjunta de ambos artículos, ¿mantienen dicha competencia en caso de exista la una sustracción internacional?

45. Por lo expuesto, desde este enfoque, el Abogado General sostiene que la norma de competencia general establecida en el artículo 8.1 del Reglamento puede aplicarse a litigios no sólo entre Estados miembros, este argumento le lleva a afirmar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro sea competente sin límite temporal en caso de sustracción a un tercer Estado. Entiendo que dicha conclusión no es ajustada, el TJUE en la Sentencia del caso *UD* lo que hace al interpretar el artículo 8 es señalar que tiene competencia para conocer de un asunto, pero no entra a valorar la posible pérdida de la competencia en el caso de sustracción o en diferentes situaciones recogidas por la norma[67].

46. Y siguiendo con dicho argumento, en caso de sostener la competencia del órgano jurisdiccional de Estado Miembro sin límite tem-

[66] Comparto el argumento de la profesora Pilar Jiménez Blanco sobre que el artículo 10 no atribuye competencia, sino que establece las la pautas sobre el funcionamiento del foro de competencia basado en la residencia habitual del menor cuando ha mediado una sustracción, y ello porque el término "conservarán" expresa la idea de que los tribunales ya competentes en virtud del foro de residencia habitual del art.8 mantendrán esta competencia hasta que se produzcan las circunstancias expresadas en el artículo 10 a favor de los tribunales del Estado de la sustracción. JIMÉNEZ BLANCO, P. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*. Marcial Pons, pp. 175 y ss.

[67] Por ejemplo, en el caso de prórroga de competencia contemplada en el artículo 12.4 donde se prevé que un tercer Estado no firmante de Convenio de la Haya de 1996 pueda tener la competencia

poral no se respetaría el resto de los foros de competencia contemplados en el Reglamento[68].

V.B. Principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y de confianza mutua

47. Señala también el Abogado General para sostener su conclusión del mantenimiento de la competencia sin límite temporal de las autoridades de la antigua residencia del menor, que la jurisprudencia del TJUE se basa en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales[69], así como en el principio de la confianza mutua[70]. Ambos principios obligan a todos los Estados miembros a respetar el Derecho de la Unión, y muy especialmente los Derechos Fundamentales, pero si el traslado se produce a un tercer Estado, la cooperación y confianza mutua que prevé el Derecho de la Unión no puede aplicarse[71].

48. El Reglamento Bruselas II bis tiene la finalidad, tal como se desprende de su preámbulo, de crear un espacio judicial basado en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales

---

[68] A modo de ejemplo, en caso de que la competencia de un órgano jurisdiccional de un tercer Estado al que ha sido trasladado un menor de manera ilícita ha sido aceptada por ambos progenitores, si sostenemos que la competencia de la residencia habitual anterior se mantiene sin límite temporal, estaríamos vulnerando la prórroga de competencia contemplada en el artículo 12.1 o 12.3 del Reglamento Bruselas II bis, según el caso, sin olvidar que ese tercer Estado no aplicaría las disposiciones del Reglamento.

[69] Regulado en el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. "DOUE" núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

[70] Definición del principio de confianza mutua: Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ECLI:EU:C:2014:2454; párr. 191.

El principio de confianza mutua obliga a cada uno de los Estados miembros a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y muy especialmente los derechos fundamentales, y posibilita que toda situación jurídica válida y existente en un Estado miembro de la UE, sea considerada válida y existente en los demás Estados miembros de la UE, siempre que se respeten los principios fundamentales que integran el orden público internacional del Estado miembro de destino. Véase Proyecto de medidas para la aplicación del principio de mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de fecha 15 enero 2001 (*DOCE* C 12, de fecha 15 enero 2001). Véase también en relación con este la interpretación de este Proyecto, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", *Revista Española Derecho Internacional*, vol. LII (2000), n.º 2, págs. 662-669.

[71] Apartado 63 de las Conclusiones del Abogado General.

mediante el establecimiento de normas que regulan la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental[72]. El principio de confianza mutua viene recogido en el Considerando 21 del Reglamento Bruselas II bis, y ambos principios desarrollan su eficacia dentro de la Unión Europea, es decir, entre Estados miembros, y al ser India un tercer Estado, no entiendo aplicable dichos principios al supuesto planteado ante el TJUE, puesto que en ningún caso se le podrá exigir su respeto a dicho Estado.

V.C. Interpretación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis

V.C.1. En cuanto al tenor literal

49. El Abogado General a este respecto entiende que del tenor literal del artículo 10 se puede extraer la siguiente conclusión: si el menor es trasladado a un Estado miembro, el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor será competente hasta tanto en cuanto haya obtenido la residencia habitual en otro Estado miembro[73]; ahora bien, si es trasladado a un tercer Estado, la competencia seguirá siendo del órgano jurisdiccional del Estado miembro, puesto que no se ha producido el segundo "hecho" que dicta el artículo, es decir, que haya obtenido la residencia habitual en otro Estado miembro.

50. El TJUE señala que del tenor literal del artículo solo se puede extraer la conclusión de que ese artículo regula únicamente la competencia en caso de sustracción de menores entre los Estados miembros, que consta de una única frase, y que no puede interpretarse en el sentido de que se compone de dos partes distintas, una de las cuales permitiría de manera autónoma justificar el mantenimiento por principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sin límite temporal como en el caso planteado[74].

51. En este punto considero interesante el estudio de las propuestas presentadas antes de la redacción del texto definitivo del Reglamento Bruselas II bis. La *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental presentadas por la Comi-*

[72] STJUE de 2 de agosto de 2021, Asunto C-262/21 PPU. Apartado 46. ECLI:EU:C:2021:640.

[73] Apartado 53 de las Conclusiones del Abogado General.

[74] Apartado 42 de la Sentencia.

sión el 6 de septiembre de 2001[75]*,* señalaba en su artículo 5 que en el caso de sustracción de menores, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el niño tenía su residencia habitual antes del traslado o retención conservarán su competencia hasta que el niño haya adquirido su residencia habitual en otro Estado y que, o bien cada titular de la responsabilidad parental haya consentido al traslado o retención, o bien que el menor haya residido durante un año en este nuevo Estado después del conocimiento del progenitor de su paradero, y no se haya presentado ninguna demanda de restitución, y el menor se halle integrado en su nuevo Estado.

Los Considerandos 7[76] y 8[77] indicaban la presunción de competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el me-

[75] Propuesta del Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental. (2001/C 332 E/11).

Artículo 5 Sustracción de menores:

1. Los órganos jurisdiccionales competentes con arreglo al articulo 3 ejercerán su competencia a tenor de lo dispuesto en el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, en caso de traslado o retención ilícitos de un niño, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o su retención conservarán su competencia hasta que el niño haya adquirido residencia habitual en otro Estado, y que

a) cada titular de la responsabilidad parental haya consentido al traslado o retención; o que

b) el niño haya residido en este otro Estado durante un período mínimo de un año después de que el titular de la responsabilidad parental haya tenido conocimiento del paradero del niño o hubiera debido tenerlo, que ninguna solicitud de restitución se haya presentado durante este período y que el niño se haya integrado en su nuevo entorno.

3. No obstante lo dispuesto en las excepciones a la obligación de restitución del niño previstas en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en caso de traslado o retención ilícitos de un niño y previa solicitud presentada por un titular de la responsabilidad parental o por una autoridad central, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se trasladó o retuvo al niño ordenarán la restitución inmediata del niño al Estado miembro que sigue siendo competente de acuerdo con el apartado 2, sin perjuicio de cualquier medida provisional adoptada a tenor del artículo 9 que consideren necesaria.

[76] Los criterios de atribución de la competencia establecidos en el presente Reglamento se conciben en función del interés superior del niño; que, por lo tanto, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el niño tiene su residencia habitual los que deberían ser competentes en primer lugar, excepto en algunos casos de cambio de residencia habitual del niño o de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.

[77] Concretamente, en casos de traslado o retención ilícito del niño, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que se trasladó o en el que se retuvo al niño deberían poder adoptar las medidas necesarias para protegerlo, pero remitiendo a

nor tenía su residencia habitual excepto en los casos de cambio de residencia habitual del menor o del acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental, y que en caso de traslado o retención ilícito debe remitir el asunto a los órganos jurisdiccionales competentes.

52. De la lectura de la Propuesta se concluye que en la misma en ningún momento se pretende una jurisdicción sin límite temporal del órgano jurisdiccional del Estado miembro, admitiendo por tanto la posible competencia del órgano jurisdiccional de la residencia habitual de un menor en un tercer Estado.

53. Por otra parte, en la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) n.º 44/2001 en materia de alimentos*[78], presentadas por la Comisión el 3 de mayo de 2002, sigue el mismo criterio. El artículo 11 no contemplaba el mantenimiento de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro en caso de cambio de residencia del niño, sino que mantiene la competencia del mismo hasta que el niño haya residido en el Estado de su nueva residencia por un periodo inferior a seis meses en el momento en que se presente el asunto ante el órgano jurisdiccional, y uno de los titulares de la responsabilidad parental continúen residiendo en el Estado miembro de la residencia anterior del niño, es decir, si el menor ha residido más de seis meses, será competente el órgano jurisdiccional del nuevo Estado. Señala textualmente dicha Propuesta en su Exposición de motivos, en la Sección 2 – Responsabilidad parental *"La propuesta crea un sistema completo de bases de la competencia judicial en resoluciones sobre la responsabilidad parental dirigida a evitar conflictos de competencia. Las normas se han inspirado en gran parte en las normas correspondientes del Convenio de La Haya de 1996"."El criterio básico de la residencia habitual del niño (artículo 10) se matiza en algunos casos de cambio del lugar de residencia habitual del niño (legal o ilegal) o en virtud de un acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental (artículos 11, 12 y 21) y también se incluye un mecanismo de flexibilidad (artículo 15). El objetivo es atribuir la jurisdicción en todos los casos de forma que sirva al interés superior del niño. Estas normas se aplican con independencia de que la residencia habitual del menor esté dentro o fuera de la Comunidad"*.

continuación el asunto a los órganos jurisdiccionales competentes para dictar una resolución en cuanto al fondo.

[78] Diario Oficial n° 203 E/155 de 27/08/2002. COM (2002) 222 final -2002/0110(CNS) págs. 0155 – 0178

54. Por su parte, el artículo 21.1 de dicha Propuesta [79], que trata de la competencia en caso de sustracción de menores, sostiene el mantenimiento de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro la residencia habitual del menor, salvo que se den las circunstancias contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, no contemplando tampoco la competencia *sine die* del órgano jurisdiccional del Estado miembro.

55. En base a todo lo dicho y haciendo un análisis tanto del tenor literal, como de las propuestas presentadas por la Comisión, al objeto de conocer cuál era el objetivo del legislador, entiendo que tampoco se puede sostener la competencia *sine die* del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes de ser trasladado a un tercer Estado.

V.C.2. En cuanto a su relación con otros instrumentos internacionales: Convenio de La Haya de 1996 y Convenio de La Haya de 1980

56. El argumento de la interpretación coherente entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1996 supone, desde mi perspectiva, el aspecto más acertado de la Sentencia, y el argumento determinante para no poder sostener la competencia *sine die* del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes de ser trasladado a un tercer Estado en caso de sustracción o retención ilícita.

57. El Abogado General no comparte que se tenga que analizar cómo opera el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996[80] puesto

[79] Art. 21.1. En casos de sustracción de menores, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o su retención conservarán su competencia. Y sigue señalando en su apartado 2 que el apartado 1 no se aplicará cuando el niño adquiera su residencia habitual en otro Estado miembro y los titulares de la responsabilidad parental hayan consentido o bien que el niño haya residido en ese otro Estado miembro durante un periodo mínimo de un año después de que el titular de la responsabilidad parental hubiese tenido conocimiento del paradero (o debiera haberlo tenido y que no haya presentado solicitud de restitución, o se haya dictado una resolución de no restitución o no se haya dictado sentencia respecto al fondo y que el menor se halle integrado en su nuevo entorno.

[80] El artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996 prevé la competencia de las autoridades del Estado contratante en que el menor tenía su residencia antes de su retención o su desplazamiento, hasta que, o bien, el titular de la guarda acceda al desplazamiento o retención, o bien, por la residencia habitual del menor por un periodo de un año desde que el titular de la guarda hubiese tenido conocimiento del

que India no es parte Convenio, y señala que hay que acudir bien a los convenios bilaterales o bien a la normativa nacional que regula la competencia de los órganos jurisdiccionales. En este caso concreto entiende que no puede presuponerse que la norma nacional (artículos 1 a 3 de Family Law Act) garantice el mismo nivel de protección, o incluso un nivel de protección más alto que el Reglamento en el caso de sustracción de un menor hacia un tercer Estado[81].

58. El TJUE señala la voluntad del legislador de la Unión de garantizar la coexistencia de la normativa de la Unión en materia de sustracción de menores con la establecida por convenios internacionales [82], e indica que en caso de mantenimiento de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual anterior, implicaría una perdida de efecto del artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996.

59. Pensemos en el caso de traslado de un menor a un Estado contratante, pero no miembro de la Unión Europea, si se mantuviese la competencia sin límite temporal de la autoridad del Estado miembro, dicho artículo 7 quedaría vacío de contenido-como sostiene el TJUE-. También sería contrario a lo establecido en el artículo 52.3 del Convenio de La Haya de 1996[83]. Extremos perfectamente explicados en la Sentencia del TJUE[84].

60. El artículo 61 del Reglamento Bruselas II bis[85] afirma la primacía de mismo sobre el Convenio de La Haya de 1996, conservando el Convenio sus efectos en las materias no reguladas por el Reglamen-

---

lugar donde se encuentra el menor, y no haya interpuesto acción alguna, y el menor se halle integrado en su nuevo medio.

[81] Apartado 86 de las Conclusiones.

[82] Se recuerda en la exposición de motivos del informe de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo de 7 de noviembre de 2002. Apartado 52 de la Sentencia.

[83] Que no permite que los acuerdos que concluyan dos o más Estados contratantes sobre materias reguladas por el Convenio, afecten en la aplicación del mismo en las relaciones estos Estados con los demás Estados contratantes.

[84] Apartado 55 de la Sentencia.

[85] Art. 61: En las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el presente Reglamento se aplicará:

[a]) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro;

[b]) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio.

to (art. 62)[86], si esto es así, y el Convenio tiene primacía sobre lo no regulado en el Reglamento, el artículo 5.2 del Convenio de La Haya de 1996[87] rechaza la *perpetuatio fori*[88]. Pero, es más en caso de que el cambio de residencia se realice a otro Estado no contratante, el artículo 5 dejará de ser aplicable, y nada se opone a que la autoridad del Estado contratante de la primera residencia habitual conserve su competencia, ahora bien, sin que ello determine que los otros Estados contratantes estén obligados por el Convenio a reconocer las medidas adoptadas por dicha autoridad. Por lo que tampoco se puede extraer de una lectura de dichos preceptos que el espíritu de la norma sea el establecimiento sin límite de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro sostenida por el Abogado General.

61. Si analizamos las previsiones del Convenio de La Haya de 1980 se comprueba que el texto no crea un sistema de normas de competencia judicial internacional, sino un procedimiento *ad hoc* que sirva para la rápida restitución del menor al lugar de su residencia habitual[89]. El objetivo principal del Convenio es desincentivar las sustracciones internacionales, garantizando la rápida restitución, y evitar que el secuestrador pueda obtener algún beneficio con la sustracción[90].

---

[86] Art. 62: 1. Los acuerdos y convenios mencionados en el apartado 1 del artículo 59 y en los artículos 60 y 61 seguirán surtiendo efectos en las materias que no estén reguladas en el presente Reglamento.

[2]. Los convenios mencionados en el artículo 60, y en particular el Convenio de La Haya de 1980, seguirán surtiendo efectos entre los Estados miembros que sean partes contratantes de los mismos, respetando el artículo 60.

[87] Art.5.2: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

[88] El Convenio de la Haya de 1996 no contempla la *perpetuatio fori*. Como podemos ver en el Informe explicativo de dicho instrumento realizado por Paul Lagarde (apartado 42), señala que en caso de cambio de residencia habitual de un Estado a otro Estado en el momento en que las autoridades de la primera residencia habitual son requeridas para la adopción de una medida de protección, dichas autoridades pierden la competencia para tomar la medida. Las propuestas de algunas delegaciones eran favorables al mantenimiento de la competencia, pero la Conferencia rechazó dicha propuesta, básicamente por la hostilidad a dicho principio, y no era aceptable en el ámbito del Convenio, siendo además la solución que prevalecía para la interpretación del Convenio de 5 de octubre de 1961.

[89] HERRANZ BALLESTEROS, M. "El Reglamento (CE) núm.2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 13/2004,2004.

[90] Para ello el Convenio establece dos vías diferentes: altera el juego normal de la residencia habitual cuando se produce una situación de sustracción (donde en caso de sustracción, la integración del menor en el Estado de sustracción no se cumplirá automáticamente, y no se valorará según los criterios generales), junto con la previsión contemplada en el artículo 16 consistente en una prohibición para conocer sobre la custodia hasta que se haya dictado una decisión de no restitución del menor,

El texto prevé un desplazamiento para decidir sobre el fondo del asunto del órgano jurisdiccional donde el menor tenía su anterior residencia habitual hacia los órganos de la nueva residencia habitual por dos motivos: *primero*, que no se den los requisitos para la restitución del menor o, *segundo*, por el transcurso del tiempo e inactividad del progenitor que pretende la restitución, y ello puesto en conexión con la adquisición de la residencia habitual en el Estado de la sustracción, ambos son factores determinantes para ordenar la no restitución. De estas excepciones a la devolución inmediata del menor considero que queda patente que la voluntad del legislador en el Convenio de La Haya de 1980 no es la de ordenar la orden de restitución del menor en cualquier caso a costa, incluso, del interés del menor. Argumento que nos hace reafirmarnos en la no justificación de la competencia sin límite temporal de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro sostenida por el Abogado General.

V.D. Criterio de proximidad e interés superior del menor

62. El Abogado General añade como argumento para llegar a su conclusión que el órgano jurisdiccional más próximo al menor es el que debe conocer el asunto, en base al principio del interés superior del menor y el criterio de proximidad[91].

63. El TJUE analiza el criterio de interés superior del menor y de proximidad[92], en relación con el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis. Señala que el mantenimiento incondicional, sin límite temporal, de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen que sostiene el Abogado General, sin tener en consideración que el mismo haya podido ser objeto de conformidad de los que ostenten las responsabilidad parental, así como sin establecer ningún requisito que permita tener en cuenta las circunstancias específicas que caractericen la situación concreta del menor, de manera que no se garantice el interés superior del menor, impediría que el órgano más idóneo para conocer el asunto tuviese competencia para ello, lo cual sería contrario al objetivo perseguido por el Reglamento, que ha de interpretarse a la luz del artículo 24 de la CDFUE. Como vemos, basándose en los mismos principios de interés superior del

o bien que haya transcurrido un periodo razonable de tiempo sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio. Por otra parte, el artículo 12.II de dicho texto contempla la integración del menor en el Estado de la sustracción como motivo de no restitución.

[91] Apartado 66 de las Conclusiones.

[92] En los apartados 58 y ss. de la Sentencia.

menor en conexión con el principio de proximidad, ambos llegan a conclusiones opuestas.

64. El principio de interés superior del menor es la clave principal para resolver muchos de los litigios en los que un menor se vea involucrado[93], así lo han estimado los textos existentes en la actualidad, tanto a escala europea como internacional. Ahora bien, se trata de un "concepto jurídico indeterminado" que escapa a una definición general y abstracta, y que necesita ser concretado para cada situación específica de cada niño en concreto[94].

Conforme a la jurisprudencia del TJUE el Reglamento Bruselas II bis, parte de la idea de que debe prevalecer el interés superior del menor y, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 CDFUE[95]. El artículo 24.3 de la CDFUE recoge que "*todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses*". Por lo que en este ámbito el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores es una concreción de este principio[96].

65. El Reglamento Bruselas II bis ha privilegiado el criterio de proximidad, por lo que el órgano jurisdiccional geográficamente más próximo es el de la residencia habitual del menor y, por tanto, el mejor

---

[93] Proclamado por el Convenio de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1989 para asegurar la máxima protección y bienestar del menor, viene recogido en el artículo 3 que señala: "*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 atenderán primordialmente al interés superior del menor*". Este principio hay que entenderlo en combinación con el resto de los artículos de la misma Convención, que son los que lo desarrollan e interpretan. Así, el art. 7 estipula que el *menor "tendrá derecho… a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*", el 10.2, haciendo referencia a la situación que nos ocupa, dice que "*El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres"*, y el art. 18 que fija el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño

[94] GLUHAIA, D. (2019). "Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículos 8 y 9 del reglamento (CE) 2201/2003" *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), págs. 751-757. https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4646

[95] Sentencia TJUE de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08. ECLI:EU: C:2008:406

[96] GAVILÁN RUBIO, M. *Derecho de familia 2021*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2021, pág. 229.

situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés de éste[97].

66. El criterio de proximidad trae a colación el concepto de residencia habitual[98], que en el Reglamento Bruselas II bis, se emplea desde dos perspectivas. *Por un lado*, constituye un elemento clave de la calificación de "traslado o retención ilícitos" y del mecanismo de restitución del menor previsto para ese supuesto y, *por otro*, reviste la naturaleza de un criterio general de competencia judicial[99].

El Reglamento Bruselas II bis no contiene ninguna definición del concepto de residencia habitual, y tampoco remite de forma expresa al derecho interno de los Estados miembros para su definición, ahora bien, el uso de adjetivo habitual indica cierta estabilidad o regularidad de la residencia del menor[100]. El TJUE ha declarado reiteradamente que se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que debe interpretarse atendiendo al contexto de las disposiciones que lo mencionan y a los objetivos del Reglamento Bruselas II bis, cuyas normas de competencia están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular, en función del criterio de proximidad[101].

---

[97] STJUE de 15 julio de 2010, asunto C-256/09. Bianca Purrucker v Guillermo Vallés. ECLI:EU:C:2010:437

[98] Las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que se encuentran en "mejor situación" para adoptar las "medidas de protección" del menor o medidas relativas a la "responsabilidad parental" del menor (STJUE 15 febrero 2017, C-499/15, W, V vs. X). ECLI:EU:C:2017:118

[99] Conclusiones del Abogado General, sr. Priit Pikamäe, presentadas el 14 de julio de 2021, en el asunto C-262/21 PPU. Apartado 35. ECLI:EU:C:2021:592

[100] Se han dictado varias Sentencias en las que se ha ido estableciendo los parámetros para considerar cuáles son los requisitos para considerar que la residencia de un menor es su residencia habitual, siendo que la mera presencia del menor en un Estado no basta para determinar su residencia (STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07. ECLI:EU:C:2009:225), esta presencia no tiene carácter temporal u ocasional, y que el menor debe presentar una cierta integración en un entorno social y familiar (sentencias del TJUE de 2 de abril de 2009, *A* (C-523/07), apartados 37 y 38; STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU, (ECLI:EU:C:2010:829), apartados 44 y 47 a 49; STJUE de 9 de octubre de 2014, *C*, C-376/14 PPU, (ECLI:EU:C:2014:2268), apartado 51; STJUE de 8 de junio de 2017, *OL*, C-111/17 PPU, (ECLI:EU:C:2017:436), apartados 42 y 43, y STJUE de 28 de junio de 2018, *HR*, C-512/17, (ECLI:EU:C:2018:513), apartado 41), han de tenerse en cuenta en particular la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado (las sentencias de 2 de abril de 2009, *A* (C-523/07, EU:C:2009:225), apartado 39, y de 28 de junio de 2018, *HR* (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 43).

[101] FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, E. Importancia del concepto de residencia habitual del menor para delimitar la competencia de los Tribunales en los supuestos

67. En el caso concreto, al Tribunal le corresponde dilucidar dos cuestiones, *primero* si la menor tenía su residencia habitual en Reino Unido antes del traslado o retención ilícita, y *segundo*, y como consecuencia de ello, si la menor ha adquirido una nueva residencia habitual en India.

68. Del análisis de los requisitos enunciados anteriormente para determinar cuál es la residencia habitual de un menor establecidos por la jurisprudencia del TJUE, podemos sostener que la menor tiene su residencia habitual en India, ello unido al criterio de proximidad y el del interés del menor, entiendo ajustado a Derecho el contenido del fallo de la STJUE por su disconformidad con dichos principios.

VI. CONCLUSIONES

69. En este caso el TJUE se encuentra ante una cuestión prejudicial en la que se solicita la interpretación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, debido al traslado de una menor de un Estado miembro (Reino Unido) a un tercer Estado (India), lugar donde la menor ha residido ininterrumpidamente por un periodo de casi dos años. No se hubiese generado ninguna duda si la menor hubiese sido sustraída o retenida en otro Estado miembro, si bien el debate se genera al haber sido sustraída a un tercer Estado no firmante ni del Convenio de La Haya de 1980, ni del Convenio de La Haya de 1996. La decisión adoptada por el TJUE servirá para la interpretación del artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter, en base al principio de continuidad en la interpretación, ya que la redacción del nuevo artículo 9 es casi idéntica a la del anterior.

70. Existiendo precedentes contradictorios en la jurisprudencia, el TJUE acaba fallando que el artículo 10 del Reglamento debe ser interpretado en el siguiente sentido: "cuando se constante que un menor, fruto de una sustracción o retención ilícita, ha adquirido la residencia habitual en un tercer Estado, el artículo 10 no resulta aplicable, y que la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se va a dilucidar el asunto deberá ser determinado de conformidad con los convenios internacionales aplicables o, a falta de convenio internacional, con arreglo a artículo 14 de dicho Reglamento".

71. Considero ajustada la decisión del TJUE, y disiento de la opinión del Abogado General, porque el punto de partida de este asunto

---

de sustracción internacional de menores. *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Volumen I. Derecho civil y Derecho procesal civil*. Ed. Sepín, marzo 2020.

no es el mismo que se encontró el TJUE en el caso *UD*, ya que el artículo 8 otorga la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenga su residencia a la hora de presentar la demanda, si bien el artículo 10 establece pautas sobre el funcionamiento del foro de competencia cuando ha mediado sustracción, por lo que en el asunto *UD* el TJUE señaló que bajo el artículo 8 tenía competencia para conocer un asunto, si bien, no se pronuncia si en caso de sustracción o en diferentes situaciones contempladas por la norma, mantendría dicha competencia. Además, como hemos argumentado, el mantenimiento de la competencia *sine die* el órgano jurisdiccional del Estado miembro choca con el resto de los foros de competencia incluidos en el Reglamento.

72. Respecto al tenor literal, en las propuestas presentadas antes de la redacción definitiva del Reglamento Bruselas II bis no se pretendió incluir la jurisdicción sin límite temporal del órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor antes de su traslado o retención ilícita.

73. A mayor abundamiento, por la necesidad de coexistencia de la normativa de la UE en materia de sustracción de menores con la establecida por convenios internacionales, en caso de mantener la competencia *sine die* del órgano jurisdiccional del Estado miembro, se produciría una vulneración del artículo 7 y 52.3 del Convenio de La Haya de 1996. Así como por el rechazo a la *perpetuatio fori* que encontramos en el citado Convenio el cual conserva sus efectos en materias no reguladas por el Reglamento en virtud del artículo 62 del Reglamento Bruselas II *bis*.

Otro texto crucial en la resolución de estos asuntos es el Convenio de La Haya de 1980, el cual, pese a su espíritu de rápida restitución del menor al lugar de residencia antes de la sustracción, no lo hace de un modo absoluto y contempla excepciones a la devolución, por lo que esta Sentencia respeta dicho criterio.

74. Y finalmente, en base al criterio de proximidad contemplado en el considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis, el cual trae a colación el concepto de residencia habitual, todo ello presidido por el principio de interés superior del menor, y habiendo quedado acreditado que la menor tiene su residencia habitual en India, la Sentencia es ajustada.

EUTANASIA EN ESPAÑA. ESTUDIO SOCIOLÓGICO SOBRE LA LEGALIZACIÓN Y REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR

EUTHANASIA IN SPAIN. SOCIOLOGICAL ANALYSIS ON THE LEGALIZATION AND REGULATION OF THE PROVISION OF AID IN DYING

GUILLERMO CAROD MARTÍNEZ[1]

Sumario: *I. Introducción. II. El principio de dignidad humana y la autonomía del paciente. III. La importancia de las Instrucciones Previas Sanitarias y la "jerarquía de decisiones." IV. Resultados de sondeo poblacional y sanitario sobre la Eutanasia en España. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Resumen: El texto tiene como objetivo principal mostrar cuál es la situación actual en la que nos encontramos tras la legalización de la eutanasia en España y como afecta a la población en general y a la sanitaria en particular. El presente estudio forma parte de un extracto del trabajo fin de máster en Derechos Humanos, especialidad Bioderecho, sobre la Eutanasia que realizó el autor en julio de 2021, mostrando los resultados prácticos más destacados, los cuales han quedado recogidos en las distintas encuestas realizadas, procediendo a su análisis posterior para intentar conocer de *primera mano* el sentir general de la sociedad en su conjunto y de los propios profesionales sanitarios. A lo largo del presente artículo se abordarán, entre otras, cuestiones como el principio de dignidad humana en

[1] Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología UNED. Máster en Derechos Humanos, especialidad Bioderecho UNED.

relación al derecho de autonomía del paciente, la importancia del Documento de Instrucciones Previas, la legalización y regulación de la eutanasia, así como la consideración de la eutanasia como un nuevo derecho.

Palabras clave: *Eutanasia, Bioética, Dignidad Humana, Autonomía del Paciente, Instrucciones Previas Sanitarias.*

Abstract: The main objective of the text is to show the current situation in which we find ourselves after the legalization of euthanasia in Spain and how it affects the population in general and the health population in particular. This study is part of an extract from the master's thesis in Human Rights, Biolaw specialty, on Euthanasia that the author carried out in July 2021, showing the most outstanding practical results, which have been collected in the different surveys carried out, proceeding to its subsequent analysis, to try to know firsthand the general feeling of society as a whole and of the health professionals themselves. Throughout this article, issues such as the principle of human dignity in relation to the patient's right to autonomy, the importance of the Advance Directive Document, the legalization and regulation of euthanasia, as well as the consideration of the euthanasia as a new right.

Key words: *Euthanasia, Bioethics, Human Dignity, Patient Autonomy, Advances Directives.*

Recepción original: 13/12/2021

Aceptación original: 25/03/2022

I. INTRODUCCIÓN

El 25 de marzo de 2021 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la *Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia*[2], entrando en vigor a los tres meses de su publicación. El objeto de la citada Ley es regular y despenalizar la eutanasia en España para casos concretos, introduciendo un nuevo derecho en nuestro ordenamiento jurídico, un derecho individual que permita el acceso a la eutanasia. Es decir, toda persona que cumpla con ciertos requisitos podrá solicitar la

[2] Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia. https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/03/24/3.

prestación de ayuda para morir[3], a petición propia, expresa, informada y reiterada en el tiempo, siempre en un contexto de sufrimiento inaceptable por la persona y que no haya podido ser paliado por otros procedimientos o tratamientos médicos.

España ha entrado a formar parte de ese número reducido de países que han normalizado la eutanasia, situándonos como cuarto país de Europa y séptimo del mundo que regula y legaliza dicha práctica. Según se ha redactado la Ley se han legalizado dos modalidades de prestación de ayuda para morir que son, la eutanasia activa y el suicidio asistido, que en el primero de los casos será el profesional sanitario quien directamente ponga fin a la vida del enfermo a petición propia, y en el segundo será el propio paciente quien termine con su vida recibiendo asistencia médica proporcionándole los medios necesarios para tal fin.

Por tanto, ante esta nueva situación, no se deben olvidar los principales valores que caracterizan a los seres humanos como son el amor, la bondad, la solidaridad, el respeto, y por supuesto la responsabilidad, y que tan importantes son a la hora de tratar asuntos relacionados con la Bioética, como puedan ser la reproducción humana, el aborto, la investigación biomédica, o la eutanasia entre otros.

Así pues, se debe evitar que dichos principios y valores resulten perjudicados o diezmados y mucho menos olvidados, ya que una de las posibles consecuencias sería la *"deshumanización"* del individuo. Sin la promoción e interiorización de estos valores, que son los que nos guían a lo largo de nuestra existencia, de ninguna manera podríamos avanzar como sociedad y mucho menos entender el significado y el sentido de conceptos como el de la eutanasia o el suicidio asistido.

Todo ello, debería conducir a una profunda reflexión ética como seres humanos, considerando la importancia de la protección de nuestros valores más fundamentales y así poder llegar a discernir entre lo que es moralmente aceptable y lo que no.

Por tanto, en el momento actual, en el que "*todo*" es controversia y que cada tema se polemiza, nos encontramos con una sociedad *"moralmente"* dividida a la hora de posicionarse en asuntos relacionados con la Bioética, como en el caso que nos ocupa, sobre la legalización de la eutanasia en España.

---

[3] La *prestación de ayuda para morir*, según definición recogida en la Ley 3/2021, es *"la acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en la citada ley y que ha manifestado su deseo de morir."*

En relación a la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia en España, se pueden plantear las siguientes cuestiones, ¿Realmente ha existido un importante y profundo debate social o político respecto a la eutanasia en nuestro país? ¿Es cierto que el tema de la legalización de la eutanasia en España ha sido una demanda social sostenida en el tiempo, o tal vez ha sido una demanda política? ¿Cuál es la posición de la sociedad española y de los profesionales sanitarios al respecto? ¿Y de la clase política? ¿Cuál es la obligación del legislador a la hora de atender las demandas de los valores de la sociedad?, ¿La eutanasia, puede considerarse un derecho? ¿Estaríamos ante un nuevo derecho? ¿No existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida hasta el final? ¿Cómo se va a controlar e impedir la *"pendiente resbaladiza"?*, ¿con las Comisiones de Evaluación y Control? ¿Cómo se va a tratar el tema de la objeción de conciencia sanitaria? ¿Qué ocurrirá con los cuidados paliativos?, ¿se potenciarán, se *"estancarán"* o desaparecerán?

II. EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA Y LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

El concepto de *dignidad humana* tiene un extenso recorrido histórico, interpretado en sus orígenes desde un enfoque filosófico y religioso. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, no será reconocido hasta mediados del siglo XX con el nacimiento de documentos tan importantes como la Carta de Naciones Unidas de 1945, o la Declaración de Derechos Humanos de 1948, documentos que consagraron la dignidad humana como *principio*, siendo reconocida asimismo como *"fundamento último de los derechos humanos"*[4].

Hay que indicar que las Declaraciones aprobadas por la UNESCO, hasta la fecha, relacionadas con la Bioética y el Bioderecho han mantenido idéntica postura al considerar la dignidad humana como el fundamento principal de los derechos, principios o normas en ellas contenidos. La *Declaración Universal sobre Bioética y Bioderecho*, promulgada por la Organización mencionada, recoge en su artículo segundo la promoción del respeto por la dignidad humana, así como la protección de los derechos humanos, velando por el respeto de la vida humana. Por otra parte en su artículo tercero, menciona que habrá que respetar plenamente una serie de principios entre los que

[4] SANTOS, J.A, ALBERT, M., HERMIDA, C: *Bioética y nuevos derechos*, ed. Comares, Granada, 2016, p. 48.

se encuentran *"la dignidad humana y los derechos humanos"*, que literalmente lleva por título dicho artículo[5].

El concepto de *dignidad humana* posee diferentes significados según desde la perspectiva estudiada, ya que existen diversas concepciones y posiciones desde dónde abordar tal concepto, como son la posición filosófica, la ontológica, el dualismo o "personismo"[6], así como la concepción utilitarista.

Según la concepción utilitarista de la dignidad humana, el padecimiento generado por una enfermedad privaría de sentido a la propia vida del individuo, llegando incluso a carecer de dignidad, lo cual ha suscitado cierta controversia en el ámbito de la Bioética, en relación con la *"calidad de vida"* del paciente[7].

Por tanto, ¿qué hay que entender por calidad de vida?, y ¿en qué contexto? Se refiere a la calidad de vida en el ámbito relacionado con la salud, y que la misma será interpretada, en este contexto, como la percepción subjetiva de la persona sobre dicha calidad en relación a su estado físico y psíquico. En el ámbito sanitario, una vez que el paciente pierde esa *calidad de vida* es cuando puede llegar a plantearse la solicitud de prestación de ayuda para morir.

Así pues, tal como recoge la Ley de Eutanasia en España, se ha regulado que la petición de la muerte en el ámbito de la medicina se convierta en una especie de *"derecho"* individual, justificada en el respeto de la autonomía y voluntad del paciente, en determinadas situaciones, defendiendo la autodeterminación de los mismos. Por ello, y en relación a la autonomía del paciente, se puede decir que términos como *consentimiento informado*, *libertad individual* y *autonomía personal*, son conceptos que resultan estar estrechamente relacionados y vinculados sin duda[8].

La *autonomía del paciente*, en el ámbito sanitario, forma parte importante de su dignidad, y por ello precisamente es por lo que se debe respetar y proteger. Sin ese presupuesto de la dignidad, el principio de autonomía se quedaría en algo ininteligible, y para que dicha autono-

[5] Declaración Universal sobre Bioética y Bioderecho de la UNESCO. (2005)

[6] Dicha concepción sobre la dignidad humana se refiere a la separación de los conceptos de ser humano y persona.

[7] Ibídem, p. 66.

[8] PAREJO GUZMÁN, M.J.: *La eutanasia, ¿un derecho?*, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 255.

mía sea entendida como legítima y moral, no se debe vulnerar el principio de la dignidad, y con ello la inviolabilidad de la vida humana[9].

Si llegara a justificarse la eutanasia en base a la acción autónoma de la vida íntima y personalísima de todo ser humano, que afectara únicamente al individuo en cuestión, sin estar involucradas terceras personas, no podemos obviar, que aunque se trate de la vida de uno mismo, finalmente se justificaría un ataque contra la propia dignidad de la persona. Por tanto, el Estado debería proteger a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, intentado limitar las decisiones *autónomas* que atenten contra su propia dignidad, como en el caso de la eutanasia.

Por otra parte, a través de la doctrina que defiende la autonomía del paciente como exigencia legal, se termina llevando al extremo su valor, llegando a limitar o incluso negar la autonomía de otras personas como es el caso de los profesionales sanitarios. Con esta defensa a ultranza de la autonomía del paciente se pone en riesgo la autonomía personal de dichos profesionales, y que con la aprobación de la Ley de Eutanasia, no les quedará otro remedio que acogerse al derecho a la objeción de conciencia sanitaria, los que lo de deseen, tal como recoge la citada ley.

Observando las condiciones específicas que conforman el contexto en el que se solicita la prestación de la ayuda para morir, es decir, eutanasia y suicido médicamente asistido, ha originado que diversos autores estén en contra de la posibilidad de apelar a la autonomía del paciente como fundamento del *derecho a morir*[10]. No podemos olvidar, que entre las etapas por las que pasa un enfermo terminal, en la mayoría de los casos una de ellas es la depresión, por lo que en el momento que se diagnostique como tal, dicha solicitud de ayuda para morir debería quedar en suspenso y proceder a su revisión.

Por tanto, aunque se defienda la tesis de que el *cuerpo de uno mismo* es objeto de dominio, susceptible de propiedad y de libre disposición, deben existir ciertos límites y controles, y que con la aprobación de la Ley de Eutanasia en España parecen difuminarse, resultando comprobada la importancia que tiene en la actualidad el citado principio de autonomía del paciente, y su relación con la dignidad humana.

---

[9] GARCÍA SÁNCHEZ, E.: *"La autonomía del paciente como justificación de la eutanasia. Análisis de su instrumentalización y perversión"*, Scripta Theologica, vol. 51, Universidad Cardenal Herrera, Valencia, 2019, pp. 225-239.

[10] MARCOS DEL CANO, A. M.: *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 220 y 221.

III. LA IMPORTANCIA DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS SANITARIAS Y LA *"JERARQUÍA DE DECISIONES"*

En cuanto a su terminología, en España se recogen diversas denominaciones que han ido bautizando las distintas Comunidades Autónomas, como por ejemplo, *Voluntades Anticipadas, Instrucciones Previas, Manifestaciones Anticipadas de Voluntad, Voluntades Previas, Voluntades Vitales Anticipadas y Expresión Anticipada de Voluntades*[11]. Dichas denominaciones, popularmente se conocen como *"testamentos vitales"*.

El 1 de enero del año 2000, con la entrada en vigor del *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina*, más conocido como *Convenio de Oviedo*[12], se da pie a la regulación normativa de las Instrucciones Previas o Voluntades Anticipadas.

A consecuencia de lo anterior, las distintas Comunidades Autónomas han procedido a la regulación de las Instrucciones Previas mediante las leyes correspondientes, así como la creación de los distintos Registros de Voluntades Anticipadas. El Estado español, por su parte, hizo lo propio con la promulgación de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente 41/2002, recogiendo dichas Instrucciones Previas específicamente en el artículo 11.

Tomando como referencia a la Organización Médica Colegial de España (OMC), se puede definir el documento de Instrucciones Previas, como *"el documento por el cual una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y los tratamientos y, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo, con el objeto de que ésta se cumpla si cuando llegue el momento la persona no se encuentra en condiciones de expresarla personalmente"*[13].

Por tanto, el mencionado documento sirve para que en el caso de producirse un deterioro físico o psíquico, y por ende una persona se encuentre imposibilitada para manifestar su voluntad, el médico

---

[11] ESQUIROL CAUSSA, J., SÁNCHEZ ALDEGUER, J., HERRERO VILA, E.: *El documento de Voluntades Anticipadas: normativa estatal y comparativa de normativas autonómicas,* en Healh, Aging and end of Life, Vol. 4, 2019, p.19.

[12] Instrumento de Ratificación del Convenio, BOE 251, de octubre 1999. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638.

[13] Organización Médica Colegial de España, en *Documentos Atención al Final de la Vida*. https://www.cgcom.es/doc_atencion_medica.

o el equipo sanitario que intervenga con un paciente en ese estado, puedan conocer, respetar y cumplir la voluntad de dicho paciente, previamente expresada y recogida por escrito.

En cuanto a las Instrucciones Previas en la Ley 3/2021 de regulación de la eutanasia, merece especial atención destacar que el artículo 3 de la citada Ley, titulado *"Definiciones"*, no recoja un término y una definición tan importante como son las *Instrucciones Previas, Testamento Vital o Voluntades Anticipadas*. Dicho artículo recoge expresamente hasta *ocho* definiciones distintas pero ninguna de ellas sobre el Documento de Instrucciones Previas, siendo que lo cita en varias ocasiones en diversos artículos relacionados con el mencionado documento.

Las Instrucciones Previas aparecen recogidas, por primera vez, en el artículo 5.2, donde se mencionan los *requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir,* y que en dicho apartado segundo, en relación a los pacientes que no se encuentren en el pleno uso de sus facultades ni puedan prestar conformidad, recoge que ante esa posibilidad se *"haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos"*.

Por su parte, en el artículo 9, referente al procedimiento a seguir cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho, es decir, en los casos previstos en el artículo 5.2, *"el médico responsable estará obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente"*.

Finalmente, en la Disposición adicional séptima, referente a la *formación,* recoge que las administraciones sanitarias darán máxima difusión a la Ley entre los profesionales sanitarios y la ciudadanía en general, *así como la promoción entre la misma de la realización del documento de instrucciones previas*.

Según los datos del Registro Nacional de Instrucciones Previas (RNIP), en enero de 2021 tenían suscrito un Documento de Voluntades Anticipadas o de Instrucciones Previas un total de 336.329 personas, es decir, el 0,71% de la población española y extranjera censada en nuestro país (47.450.795)[14].

[14] Número de inscripciones en el RNIP desde la sincronización completa de los Registros autonómicos (enero 2013-2021).https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/rnip/doc/Documentos_2021/2021_Numero_de_Inscripciones_en_el_Registro_Nacional_de_Instrucciones_Previas_desde_la_sincronizacion_completa_de_los_Registros_Autonomicos-Enero_2021.pdf

En cuanto a declarantes de Instrucciones Previas por Comunidad Autónoma y grupos de edad, en julio de 2021 tenían suscrito dicho documento un total de 346.952 personas sobre el mismo censo, lo que supone un 0,73% de la población total española y extranjera, incrementándose en 10.623 nuevos Documentos de Voluntades Anticipadas o de Instrucciones Previas entre enero y julio de 2021.

Debe señalarse que de las diecisiete Comunidades Autónomas y de las dos Ciudades Autónomas, únicamente cinco de ellas tienen una tasa de Instrucciones Previas activas *por cada mil habitantes* más alta que la media nacional (7,31). Esas Comunidades son, Aragón con una tasa del 8,39; Baleares con el 9,18; Cataluña con el 12,49; Navarra con una tasa del 16,71; País Vasco con el 14,90; y la Rioja con una tasa del 11,98, estando a la cabeza de todas la Comunidad Autónoma de Navarra como hemos podido comprobar[15].

Por nacionalidad de los declarantes de las Instrucciones Previas activas, debe señalarse que en julio de 2021 constaban como activos 314.129 documentos suscritos por españoles, y 32.823 por extranjeros, lo que ha supuesto desde enero de 2021, un incremento de 9.718 españoles y de 905 extranjeros.

Hay que indicar que varias Comunidades Autónomas permiten la inscripción de menores, concretamente Andalucía y Navarra contemplan esta posibilidad con menores emancipados o que tengan los dieciséis años cumplidos. La Comunidad Valenciana a menores emancipados, y la Comunidad Autónoma de Aragón a menores emancipados y mayores de catorce años. En cuanto a cifras, en Aragón se ha formalizado el Documento de Voluntades Anticipadas por un (1) menor, 17 en Cataluña, 4 en la Comunidad Valenciana y 2 en Navarra, lo que hace un total de 24 suscripciones de Instrucciones Previas de menores a nivel nacional.

Por tanto, el 99,3% de la población española censada, incluidos los menores de edad, no tienen suscrito ningún tipo de Documento de Voluntades Anticipadas o Instrucciones Previas, lo que podría resultar un problema en los momentos decisivos del *final de la vida* de un paciente, sobre todo en relación con la práctica de la eutanasia ante la inexistencia de los citados documentos.

[15] Declarantes con Instrucciones Previas activas por Comunidad Autónoma y grupos de edad. https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/rnip/doc/Documentos_2021/Julio_2021/Declarantes_con_Instruccion_Previa_Activa_por_Comunidad_Autonoma_y_grupos_de_edad_Julio_2021.pdf.

Careciendo de instrucciones previas, y ante un paciente en situación de incapacidad de hecho, es decir, *una persona que carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo*[16], ¿quién podrá decidir en su nombre llegado el momento de la etapa final de la vida?

No podemos obviar lo recogido en el artículo 9 de la Ley 3/2021 de regulación de la eutanasia, sobre el *procedimiento a seguir cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho*, en cuanto a la obligación del médico responsable de aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente. El problema vendrá cuando se dé el caso de un paciente en estado vegetativo persistente o con muerte cerebral y no haya otorgado un documento de Instrucciones Previas, Voluntades Anticipadas, o Testamento Vital.

Como ejemplo, el caso del paciente francés Vincent Lambert, el cual tenía treinta y dos años cuando sufrió un accidente de tráfico en el año 2008, quedando tetrapléjico y en estado vegetativo durante diez años, postrado en la cama de un hospital, ya que el mismo no tenía suscrito ningún tipo de documento de Instrucciones Previas[17].

Ante estos casos, se podría resolver la cuestión de la falta de un documento de Instrucciones Previas con un protocolo legal sobre la *jerarquía de decisiones* en los momentos del final de la vida del paciente, y sobre todo en situaciones de incapacidad total como pueda ser una *muerte cerebral* o *estado vegetativo persistente*, que contemplara a los cónyuges y a ciertos familiares, como por ejemplo padres, hermanos e hijos, o en su defecto allegados muy próximos, que tomaran la última decisión ante una situación incapacitante como las descritas anteriormente.

A modo de estudio comparado, se podría tener en cuenta el caso de *Uruguay*[18], donde la eutanasia no está legalizada, pero sí está regulada la suspensión, oposición y rechazo de los tratamientos y procedimientos médicos, recogido en la Ley 18473 del Código Penal de 2009. Así pues, los pacientes *terminales* tienen derecho a oponerse a la aplicación de tales tratamientos médicos, bien mediante unas instrucciones previas o voluntades anticipadas, o en el caso de no existir las mismas y el paciente se encontrara incapacitado para expresarlas,

[16] Definición recogida en la Ley 3/2021 de regulación de la eutanasia.

[17] *Caso Lambert: Debate sobre la muerte digna*. https://www.diagnosticsnews.com/especialidades-medicas/33433-francia-caso-lambert. Artículo publicado el 11.08.2019. p.1.

[18] MARCOS DEL CANO, A.M., DE LA TORRE, J. (Edit.): *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, ed. Dykinson, Madrid, 2019, pp. 213-216.

mediante la decisión del cónyuge o en su defecto, de los familiares de primer grado de consanguinidad, que en este último caso se requerirá unanimidad en la decisión. Es decir, en Uruguay está regulado el derecho a redactar un documento de voluntades anticipadas o "testamento vital", así como una *"jerarquía de decisiones" que incluye a cónyuges y familiares*.

IV. RESULTADOS DE SONDEO POBLACIONAL Y SANITARIO SOBRE LA EUTANASIA EN ESPAÑA

Durante estos últimos años se han realizado diversas encuestas a la población española sobre la eutanasia pudiendo comprobar, a la vista de los resultados, que la mayoría de los españoles están a favor de la legalización y regulación de la eutanasia en España.

Se tomaron como referencia, para conocer la opinión pública española sobre la eutanasia, las encuestas más recientes sobre la misma y que se muestran a continuación, antes de abordar los datos de la encuesta poblacional propia realizada durante los primeros meses del año 2021.

En el año 2009, se realizó una encuesta por el *Centro de Investigaciones Sociológicas* (CIS) en la que se preguntó[19]:

PREGUNTA 37 ¿Cree Ud. que en España debería regularse por Ley la eutanasia?
— Sí, con toda seguridad 58.4% (1449)
— Creo que sí, pero no estoy totalmente seguro/a 15.2% (377)
— Creo que no, pero no estoy totalmente seguro/a 4.2% (104)
— No, con toda seguridad 10.3% (256)
— No sabe qué significa eutanasia 5% (125)
— N.S. 5.9% (146)
— N.C. 1% (24)
TOTAL 100% (2481)

Es decir, el 58,4% contestó sí, con total seguridad y el 15,2%, que cree que sí, pero no está seguro, por tanto un 73,6% podrían estar de acuerdo con la regulación de la eutanasia por ley en España. Debe señalarse que, para ciertos autores, dicha pregunta *"fue lo suficientemente abierta y ambigua como para simplemente preguntar por la*

[19] Estudio número 2803 del CIS, *Atención a pacientes con enfermedades en fase terminal*, mayo-junio 2009. http://analisis.cis.es/cisdb.jsp?ESTUDIO=2803.

regulación y no el sentido, como puede ser la legalización o la despenalización entre otros"[20].

En 2011, el CIS volvió a realizar una encuesta, incluida en el *barómetro sanitario*, que preguntaba lo siguiente[21]:

PREGUNTA 31. ¿Está Ud. de acuerdo con que en España se apruebe una ley que regule el derecho de las personas a tener una muerte digna?
— Sí 77.5% (6013)
— No 9.8% (760)
— N.S. 11.2% (866)
— N.C. 1.5% (116)
TOTAL 100% (7756)

Un 77,5% estaría de acuerdo con dicha aprobación, pudiendo interpretar que cuando se les preguntaba por una muerte digna, se puede intuir que dicha muerte digna se asocia a la práctica de la eutanasia.

En el año 2015, se realizó un sondeo de *IPSOS-The Economist* en 15 países, incluido España, en el que un 78% de los encuestados españoles se mostraron a favor de la legalización de la muerte asistida por profesionales sanitarios a pacientes mayores de 18 años con una enfermedad terminal y con un pronóstico de seis meses de vida o menos[22].

Metroscopia por su parte, en el año 2017 realizó una encuesta en relación a la eutanasia preguntando lo siguiente: *"¿Cree usted que un enfermo incurable tiene derecho a que los médicos le proporcionen algún producto para poner fin a su vida sin dolor?"* El resultado fue que un 84% de los encuestados contestaron que sí apoyaban un *supuesto derecho* a una muerte digna[23]. En este caso habrá que tener en cuenta la mención que hace la Catedrática Ana María Marcos relativa a que dicha pregunta no es clara, y que *la cuestión no es tanto si el ciudada-*

[20] MARCOS DEL CANO, A.M., DE LA TORRE DÍAZ, J.: *Así, no; no así. La ley de la eutanasia en España,* ed, Dykinson, Madrid, 2021, p. 52.

[21] Estudio número 8811 del CIS, barómetro sanitario, febrero-octubre 2011. http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/Globales/8811/Es8811_mod.pdf.

[22] Ver resultados en https://www.ipsos.com/sites/default/files/migrations/en-uk/files/Assets/Docs/Polls/economist-assisted-dying-tables-jun-2015.pdf.

[23] Ver en https://metroscopia.org/muerte-digna/.

no quiere que le practiquen la eutanasia, cuanto el hecho de que se le ayude a morir dignamente, sin dolor y acompañado en su domicilio[24].

Por otra parte, en octubre de 2019 la *Fundación BBVA* realizó un Estudio Internacional sobre Valores y Actitudes en Europa acerca de la esfera privada, en el que recogía que un 83% de los españoles aceptaban la regulación de la eutanasia, entendida como *el proceso para acelerar la muerte con ayuda médica a enfermos en fase terminal y que hayan expresado su voluntad de no seguir viviendo*[25].

Otra encuesta del CIS, incluida en el barómetro de enero de 2021, recogía la siguiente pregunta y resultados[26]:

PREGUNTA 26. Por lo que Ud. sabe, ¿está de acuerdo o en desacuerdo con la eutanasia?
— Totalmente de acuerdo 23,9%
— De acuerdo 48,4%
— Ni de acuerdo ni en desacuerdo 5,1%
— En desacuerdo 10%
— Totalmente en desacuerdo 5,1%
— Duda, no sabe 6%
— N.C.1,5%
TOTAL 100% (3.829)

En este caso se puede constatar que el 72,3% de los encuestados se mostraron *totalmente de acuerdo o de acuerdo* con la eutanasia, entendiendo que estar de acuerdo, en este caso, coincidiría con estar a favor.

Por tanto, en todos los resultados de las encuestas de referencia se observa, sin duda, que sea como fuere la pregunta, las respuestas han mostrado un posible posicionamiento *a favor* de la eutanasia por parte de la población española.

Entre los meses de enero y marzo de 2021, se realizó una encuesta anónima de elaboración propia, a través de redes sociales, a nivel nacional, a personas naturales censadas mayores de 18 años con el objetivo de poder conocer la percepción, sentimiento y conocimiento

[24] Ibídem., p. 91.
[25] Ver Estudio Internacional sobre Valores y Actitudes en Europa acerca de la esfera privada de la Fundación BBVA en https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2019/10/Presentacion_Estudio_Valores_Esfera_Privada_2019.pdf.
[26] Estudio número 3307 del CIS, barómetro enero 2021. http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3300_3319/3307/es3307mar.pdf.

de la población española sobre la eutanasia y de otros términos relacionados con el final de la vida.

El universo o tamaño de la población fue tomado del último censo electoral en el que constaban registradas 36.893.976 personas mayores de edad. Por otra parte, el tamaño de la muestra fue de *1.136 encuestados*, que con un nivel de confianza del 95% que deja un margen de error del 2,91%.

A continuación se muestran dieciséis preguntas, tal como quedaron recogidas en la mencionada encuesta, así como los resultados obtenidos de las mismas.

1 ***¿Sabía que se ha votado y aprobado en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley con el fin de legalizar la eutanasia en España?***

El conocimiento por parte de los encuestados sobre la votación de la *Proposición de Ley de eutanasia* resultó ser realmente elevado, ya que el 90,1% de los mismos respondió tener conocimiento de dicha votación.

2. ***¿Está de acuerdo con la legalización de la eutanasia en España?***

En cuanto a la *legalización de la eutanasia en España*, el 70,7% se mostró a favor de la misma, que desagregada por sexos, los hombres se mostraron a favor en un 70% y las mujeres en un 72%, quedando cerca de otros resultados de encuestas similares, como por ejemplo la última del CIS de enero de 2021, mencionada anteriormente, en la que el 72,3% de los encuestados contestaron estar de acuerdo con la eutanasia. Diferencia significativa la observamos por tramos de edad. Entre los 18 y 35 años, se mostraron a favor de la legalización el 83%. En cambio, entre los 60 y los 99 años, contestaron estar a favor el 47%, destacando que a mayor edad menor aceptación tiene la legalización de la eutanasia.

3. ***¿Además de por pacientes terminales, estaría de acuerdo con que se pudiera solicitar la eutanasia también por pacientes con patologías degenerativas como el alzheimer o la demencia senil, entre otras?***

El 38,8% de los encuestados manifestaron estar de acuerdo con la solicitud de eutanasia por parte de otros enfermos que no fueran *"terminales"*, con enfermedades degenerativas como alzheimer o demencia senil, entre otras. El 44,1% manifestaron no estar de acuerdo, y un 17,1% contestó que no sabe.

En cuanto al requisito de sufrir un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, ¿qué ocurrirá con las personas con discapacidad, y con otros enfermos no terminales, considerados vulnerables?, ¿quedarán finalmente incluidos en este grupo con el riesgo que ello conlleva?, ya que con el tiempo puede aparecer la tan temida *pendiente resbaladiza*. Existen argumentaciones sobre el temor de que la práctica de la eutanasia pueda suponer *"abrir la puerta al caos"*, lo cual pondría en duda la licitud moral y ética de dicha práctica[27]. En el momento en el que se legalice la eutanasia existirá el riesgo de que con el paso del tiempo se puedan llegar a cometer *errores y abusos*, así como que dicha práctica se pueda extender a otros grupos de pacientes vulnerables[28].

4. ***La citada Ley recoge que se pueda practicar la eutanasia en centro médico o en el propio domicilio. ¿Está de acuerdo con que se pueda suministrar al paciente la sustancia "letal" para su auto administración domiciliaria?***

El resultado fue que el 43,5% de los encuestados estarían de acuerdo con dicha auto administración por parte del paciente, frente al 56,5% que contestó no estar de acuerdo con la misma.

En cuanto a la práctica de la *eutanasia directa* no hay duda en su realización, la cual se llevará a cabo por parte del profesional sanitario competente en la materia, el cual provocará la muerte del paciente solicitante. Pero, ¿qué ocurrirá con el *suicidio asistido*?, por cierto, término que no se menciona a lo largo de la redacción de la Ley, sustituyendo ambos términos por *"prestación de ayuda a morir"* ¿Qué control habrá realmente de esa sustancia *"letal"* que haya sido prescrita y suministrada al paciente para su auto administración una vez que haya salido dicha sustancia del hospital? ¿Quién controlará dicha auto administración domiciliaria, por ejemplo? Habrá que estar a lo que especifique el *manual de buenas prácticas*.

5. ***Un paciente que cumple los requisitos previstos en la citada Ley para poder solicitar la eutanasia sufre a su vez una depresión diagnosticada. ¿Estaría de acuerdo que dicha persona en ese estado pudiera solicitar la eutanasia?***

En cuanto a pacientes que sufran *depresión diagnosticada*, el 68,3% de los encuestados contestaron no estar de acuerdo con que dichos pacientes puedan solicitar la eutanasia en ese estado.

---

[27] DWORKIN, G., FREY, R.G., BOK, S.: *La eutanasia y el auxilio al suicidio*, ed. Cambridge, Madrid, 2000, p. 67.

[28] Ibídem., p. 139.

Para los pacientes que tengan diagnosticada una depresión, ¿se tendrá en cuenta tal circunstancia a la hora de valorar la solicitud de prestación de ayuda para morir? Surgen dudas al respecto. Por tanto, se debería estudiar la posibilidad de la realización de una valoración psiquiátrica previa *a todo solicitante* de prestación de ayuda para morir, y sobre todo a los enfermos que tengan diagnosticada una *enfermedad o trastorno mental*.

6. ***Si tras sufrir una enfermedad o accidente usted quedara en una situación de muerte cerebral (coma profundo) o en estado vegetativo, ambos irreversibles, ¿querría que le mantuvieran con vida?***

Preguntados por un hipotético accidente que les hubiera dejado en situación de *muerte cerebral o estado vegetativo*, supuestamente ambos irreversibles, el 73,2% de los encuestados manifestaron que no querrían que se les mantuviese con vida, frente al 12% que respondieron que sí, y un 14,9% que no sabe. Por sexos, no querrían que les mantuviesen con vida el 73% de los hombres y un 73,5% de mujeres. Según el tramo de edad de 18 a 35 años, el 74% no querrían que le mantuvieran con vida, así como el 65% en el tramo de edad que va de los 60 a 99 años.

7. ***¿Cree que es preferible morir a vivir sin calidad de vida?***

Por otra parte, el 62,4% de los encuestados creen que es preferible morir a vivir sin calidad de vida, frente a un 37,6% que no. El 59% de los hombres creen que es preferible morir a vivir sin calidad de vida, frente a un 68% de las mujeres, observándose una diferencia significativa entre ambos sexos. Por tramo de edad, de 18 a 35 años contestó que sí es preferible morir a vivir sin calidad de vida el 66%, mientras que en el tramo de edad de 60 a 99 años, contestó afirmativamente un 51%. En este caso también se observa una diferencia significativa en cuanto a la edad del encuestado. A mayor edad, menor porcentaje de personas que opinan que es preferible morir a vivir sin calidad de vida.

8. ***¿Cree que la eutanasia puede considerarse un derecho?***

El 71,1% de los encuestados creen que la eutanasia puede considerarse un *derecho*, frente a un 28,3% que no. Cifras que coinciden prácticamente con las de la pregunta número dos relativa a la opinión de la legalización de la eutanasia, es decir, los encuestados que han respondido que están de acuerdo con la legalización de la eutanasia, creen que la misma puede considerarse un derecho.

La Ley 3/2021 recoge en su preámbulo que la eutanasia queda introducida en nuestro ordenamiento jurídico como un *nuevo derecho individual*. ¿Realmente la eutanasia puede considerarse un derecho? ¿Así pues, se está legalizando el *derecho a la muerte*? Parece, por tanto, que se justifica la legalización de la práctica de la eutanasia con el principio de la autonomía del paciente o la autodeterminación del individuo. El bien de la vida no debería decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado tal como recoge el citado preámbulo. En ningún caso el principio de autonomía debería utilizarse para legitimar la *muerte*.

9. *¿Sabe qué son los cuidados paliativos?*

En cuanto al concepto de los *cuidados paliativos*, el 96,3% de los encuestados contestaron saber que son los citados cuidados, frente al 3,7% que contestaron no conocer dicho término.

10. ***¿Y la obstinación terapéutica?***

En el caso del concepto de la *obstinación terapéutica* únicamente el 35,8% manifestó conocer dicho término. Es normal que dicho concepto sea desconocido para una gran parte de la población, ya que es un término exclusivamente médico y demasiado técnico.

11. *¿Conoce qué es el documento de voluntades anticipadas o testamento vital?*

El resultado fue que el 88,6% de los encuestados contestaron sí tener conocimiento de qué es un Documento de Voluntades Anticipadas o Testamento Vital, frente al 11,4% que manifestaron no conocer dicho documento.

12. ***¿Tiene usted suscrito testamento vital o documento de voluntades anticipadas?***

Sobre la misma muestra, el 92,9% contestaron no tener otorgado ningún tipo de Testamento Vital o Documento de Voluntades Anticipadas, frente al 7,1% que manifestaron sí tener suscrito uno de los mencionados documentos.

En relación al resultado del 7,1% de los encuestados que contestaron tener otorgado un Testamento Vital o Documento de Voluntades Anticipadas, hay que tener en cuenta que no se corresponde con las cifras que se manejan en el Registro Nacional de Instrucciones Previas del Ministerio de Sanidad, ya que en España actualmente tiene suscrito un Documento de Voluntades Anticipadas o Testamento Vital aproximadamente el 0,7% de la población.

Uno de los posibles motivos que ha llevado a ese tanto por ciento tan elevado de respuestas afirmativas, concretamente un 7,1% de los encuestados contestaron tener suscrito un Testamento Vital o Documento de Voluntades Anticipadas, se puede deber a que algunos de los encuestados pudieran haber confundido los términos citados con otros como *Testamento en Vida o Últimas Voluntades* del Derecho Civil.

Este aspecto fundamental deberá tenerse en cuenta para futuras encuestas sobre las *Instrucciones Previas*, ya que preguntado de esta manera ha quedado demostrado que puede llevar a error en las respuestas, con la más que probable distorsión en el resultado de la encuestas.

Puede que el término *Testamento Vital* no haya sido muy acertado a la hora de elegirlo para tratar sobre las Instrucciones Previas de los diversos tratamientos, intervenciones o procedimientos médicos, o actualmente para la prestación de ayuda para morir, ya que puede presentar cierta ambigüedad y confusión entre la ciudadanía, y que con una unificación de términos a nivel nacional se podría resolver dicha cuestión, como por ejemplo denominando al citado documento, exclusivamente, *"Instrucciones Previas Sanitarias"*.

13. ***¿Está de acuerdo con que se debería haber consultado y votado en referéndum nacional la legalización de la eutanasia en España?***

El resultado fue que el 69,8% de los encuestados contestó afirmativamente, frente a un 30,2% que no estaba de acuerdo con dicha consulta. Así que, según el resultado de la misma, queda claro que cerca del 70% de los encuestados hubiera estado de acuerdo con la realización de un referéndum consultivo en España, independientemente de su posición a favor o en contra de la eutanasia, dato muy significativo y a tener en cuenta.

Se ha perdido una oportunidad única de poder conocer el sentir general *"real"* de la sociedad española al no haber tenido en cuenta su opinión, y que de forma consultiva, aunque no hubiera sido vinculante, los dirigentes y otras instituciones del país se hubieran hecho una idea más aproximada de lo que pensaba la población en general sobre la legalización de la eutanasia.

No sólo no se ha contado con la opinión de los ciudadanos, sino que tampoco se ha tenido en cuenta a colectivos especialmente importantes de nuestro país como por ejemplo el Comité de Bioética de España, la Organización Médica Colegial, la Sociedad de Cuidados

Paliativos, la Asociación Española contra el Cáncer, la Sociedad Española de Psiquiatría, ni a los juristas, entre otros.

En un tema tan relevante y de tanta trascendencia como es la regulación de una ley sobre la eutanasia, podría encajar perfectamente un referéndum consultivo a nivel nacional en nuestro país, ya que es un asunto que afecta directamente a toda la población en general y a los enfermos en particular, y por tanto, haber tenido la posibilidad de conocer la opinión de una parte importante de la ciudadanía habría servido de orientación para nuestros dirigentes, además de dar legitimidad al asunto, haciendo partícipe a la población española, tal como se ha llevado a cabo en Nueva Zelanda, siendo el primer país en legalizar la eutanasia mediante referéndum[29].

14. ***¿Cree que la eutanasia es realmente una demanda social sostenida en el tiempo o más bien una demanda política?***

El 49,4% de los encuestados creen que la eutanasia es realmente una demanda social, frente a un 41% que opinan que es una demanda política. Un 9,6% *no sabe*. Como puede verse no hay mucha diferencia de opinión entre una opción y otra. Por sexos sí que se observa una diferencia significativa, resultando que el 44% de los hombres opinaron que es una demanda social, frente a un 56% de las mujeres. En cuanto a si es una demanda política el 47% de los hombres dijo que sí frente a un 33% de mujeres. Es decir, las mujeres se decantan más por una demanda social. Por tramos de edad, de 18 a 35 años creen que es una demanda social el 60%, mientras que el 28% piensan que es una demanda política. En el tramo de 60 a 99 años, contestaron un 31% que es una demanda social y un 58% que es una demanda política. Aquí observamos, significativamente, que los jóvenes opinan que es mayormente una demanda social, y a mayor edad la opinión varía hacia la demanda política.

15. ***Sexo.***

Por sexos, contestaron a la mencionada encuesta un 58,8% de hombres y un 41,2% de mujeres.

16. ***Edad.***

Han contestado a la encuesta personas con edades comprendidas entre los 18 y los 89 años, ambos inclusive.

[29] Legalización de la eutanasia en Nueva Zelanda. https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/eutanasia-legalizacion-nueva-zelanda-primer-pais-referendum-4619.

Por otra parte, entre los días 5 y 29 de abril de 2021 se realizó una encuesta *on line* a *profesionales sanitarios colegiados* de la Provincia de Zaragoza, tanto de medicina como de enfermería, con la finalidad de poder conocer la opinión de dicho colectivo sobre la eutanasia y de otros aspectos relacionados con los pacientes y el final de la vida.

El universo o tamaño de la población fue tomado del último registro de colegiados en medicina y enfermería de Zaragoza que asciende a unos 14.000 profesionales sanitarios. Por otra parte, el tamaño de la muestra fue de 307 profesionales sanitarios encuestados (152 médicos/as y 155 enfermeros/as), que con un nivel de confianza del 95% deja un margen de error del 5,53%. Dicha encuesta tiene carácter anónimo, la cual consta de trece preguntas de elección múltiple con una única respuesta.

A continuación se muestran las *preguntas*, tal como quedaron recogidas en la mencionada encuesta, así como los *resultados* obtenidos de las mismas.

1. ***¿Está de acuerdo con la legalización de la eutanasia en España?***

El 78,2% de los colegiados encuestados considera que está de acuerdo con la legalización de la eutanasia, frente a un 18,2% que no lo está, y un 3,6% que no sabe. Hay que indicar que el *tanto por ciento* de colegiados que está a favor de la legalización de la eutanasia es superior al de la población en general (70,7%). Desagregados por profesión, el 69% los profesionales de medicina están de acuerdo con la legalización de la eutanasia, frente al 87% de los profesionales de enfermería, observando una diferencia significativa entre ambos colectivos.

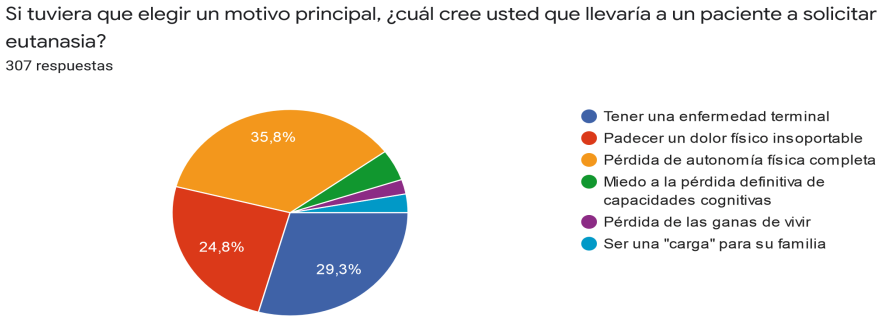
2. ***¿Considera que la Ley de eutanasia es adecuada para los fines que se propone?***

En este caso, cuando se pregunta por *la adecuación de la citada Ley con los fines que persigue*, entre los profesionales sanitarios surgen dudas, ya que únicamente el 54,4% de los mismos consideran que la Ley de eutanasia es adecuada para los fines que se propone. Es significativo que el 23,1% contestó que *no saben* si es adecuada.

3. *En base a su experiencia, si tuviera que elegir un motivo principal, ¿cuál cree usted que llevaría a un paciente a solicitar la eutanasia?*

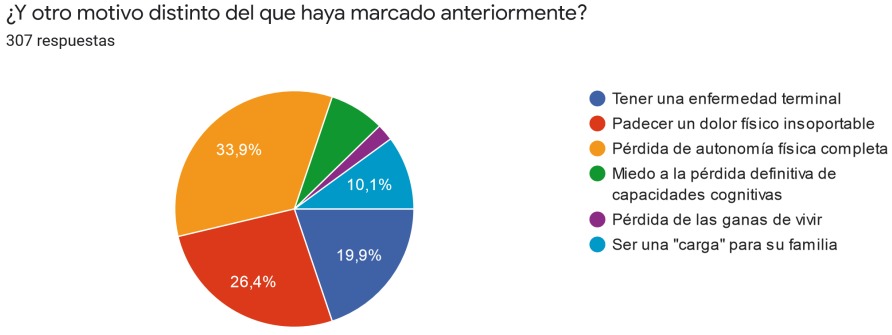
Se les propuso un total de *seis respuestas* en relación a esta pregunta. El 35,8% de los profesionales sanitarios encuestados considera

que la razón más importante que llevaría a un paciente a solicitar la eutanasia sería *la pérdida de autonomía física completa*. En segundo lugar el 29,3% eligieron la opción *tener una enfermedad terminal.* Y en tercer lugar, con un 24,8% padecer un *dolor físico insoportable*. En cuanto al *miedo a la perdida definitiva de capacidades cognitivas*, la eligieron como respuesta un 4,9% de los encuestados. Un 2,3% contestó que *la pérdida de ganas de vivir* pudiera ser otro motivo que llevaría a un paciente a solicitar la prestación de ayuda para morir. Y finalmente, un 2,9% eligió como respuesta *ser una "carga" para su familia*.



4. *¿Y otro motivo distinto del que haya marcado anteriormente?*

Preguntados por otro motivo distinto al elegido anteriormente, en base a las mismas opciones de respuesta de la pregunta anterior, volvieron a copar las tres primeras posiciones las mismas respuestas que en la pregunta anterior, destacando que esta vez el 10,1% de los encuestados eligieron la opción *ser una carga para la familia.*



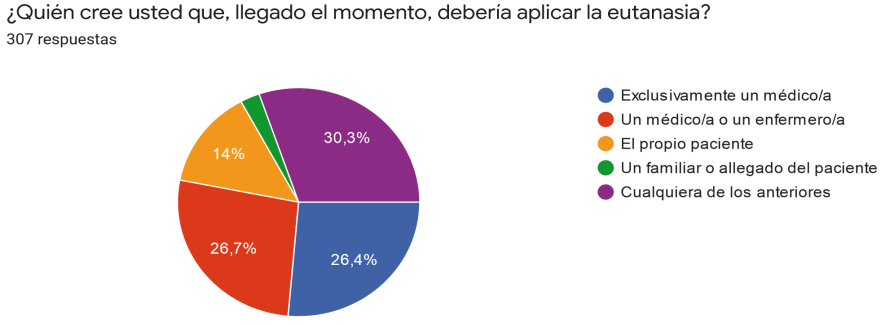
5. ***Una vez autorizada la práctica de la eutanasia, la citada Ley contempla, entre otras opciones, la posibilidad de suministrar al paciente una sustancia "letal" para su auto administración domiciliaria. ¿Está de acuerdo?***

En este caso, contestaron estar de acuerdo con dicho procedimiento el 59,6% de los profesionales sanitarios encuestados, frente a un 31,3% que eligieron como respuesta no estar de acuerdo con dicha posibilidad. Un 9,1%, no lo tiene claro y contestaron que *no saben*.

Se aprecia una diferencia significativa entre lo que opinan los profesionales sanitarios y la población en general. Hay que recordar que en la encuesta poblacional se mostraba de acuerdo con la auto administración domiciliaria el 43,5% de los encuestados, frente al prácticamente 60% de los sanitarios.

6. ***¿Quién cree usted que, llegado el momento, debería aplicar la eutanasia?***

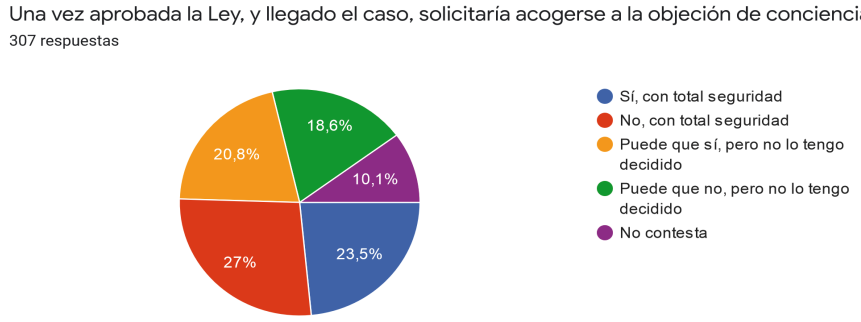
En cuanto a *quién* debería aplicar la eutanasia, el 26,4% consideran que exclusivamente un médico/a. El 26,7% contestaron que indistintamente un médico/a o un enfermero/a. El 14% eligieron como respuesta *el propio paciente.* El 2,6% eligieron como respuesta *un familiar o allegado del paciente*, y el 30,3% de los profesionales sanitarios consideraron que debería aplicarla *cualquiera de los anteriores,* destacando, que en esta última respuesta, de ese 30,3%, el 64,5% corresponde con profesionales de enfermería.



7. Una vez aprobada la Ley, y llegado el caso, solicitaría acogerse a la objeción de conciencia?

En cuanto al derecho a la *objeción de conciencia sanitaria*, el 23,5% contestó que sí lo solicitará en todo caso, frente a un 27% que no, des-

tacando que cerca del 40% todavía no lo tiene decidido. El 10,1% de los encuestados eligieron como respuesta *no contesta*. Por otra parte, entre los encuestados que contestaron que sí se acogerían a dicho derecho, y los que tal vez sí pero no lo tenían todavía decidido alcanzaron un 44,1% del total. Y en cuanto a los que contestaron que no, y los que no lo tenían decidido en el momento de la realización de la encuesta sumaron un 45,7%, resultados que nos deja cerca de un *empate técnico*. Desagregados por profesión, se observa que existe una diferencia significativa entre los profesionales sanitarios, en cuanto a la afirmación de acogerse al citado derecho, ya que solicitaría la objeción de conciencia el 33% de los profesionales de medicina frente a un 14% de los profesionales de enfermería.



En relación con la eutanasia, en la ley que la regula en España, se recoge explícitamente el derecho a la objeción de conciencia sanitaria, por lo que en general y ante cualquier solicitud de práctica de eutanasia recogida en un Documento de Voluntades Anticipadas, el profesional sanitario se podría acoger a dicha objeción, siempre a nivel individual y nunca de forma colectiva, ya que el derecho a la objeción de conciencia es una forma de ejercer la libertad individual.

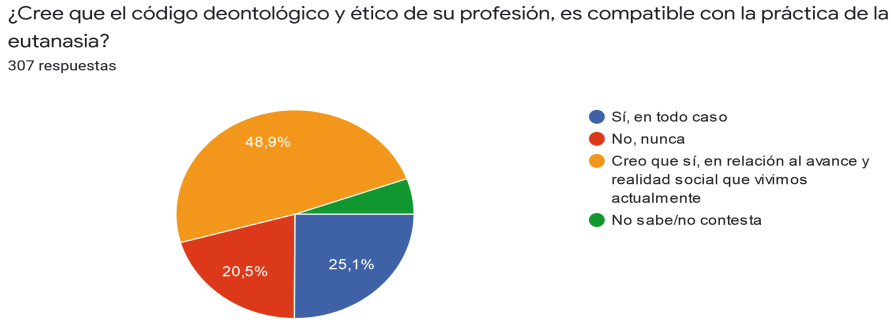
El derecho a la objeción de conciencia sanitaria se encuentra recogido en el artículo 16 *"Objeción de conciencia de los profesionales sanitarios"*, quienes podrán ejercer este derecho cuando estén directamente implicados en el acto propio de la prestación de ayuda para morir. Al acogerse a este derecho rechazan llevar a cabo la citada prestación por razones de conciencia, lo cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito.

A tal efecto, se creará un registro de profesionales sanitarios *objetores de conciencia*, el cual tendrá por objeto facilitar la información

necesaria a la administración sanitaria para garantizar la adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. Por supuesto, los datos recogidos en dicho Registro serán confidenciales y los datos personales protegidos, según su normativa.

8. *¿Cree que el código Deontológico y ético de su profesión es compatible con la práctica de la eutanasia?*

El 74% de los encuestados creen que el *Código Deontológico y Ético* de su profesión es compatible con la práctica de la eutanasia. Desagregados por profesión, el 26% los profesionales de medicina piensan que no, frente a un 14% de los profesionales de enfermería.



9. *Durante su carrera profesional, ¿alguno de sus pacientes le ha manifestado que estaría dispuesto a solicitar la eutanasia si hubiera estado legalizada?*

Un 49,8% de los profesionales sanitarios encuestados contestaron que durante su trayectoria profesional algunos pacientes les habían manifestado haber estado dispuestos a solicitar la eutanasia en el caso de estar legalizada. El 45,6% contestó que nunca les han preguntado sobre dicha cuestión, y el 4,5% no contesta.

10. *¿Estaría de acuerdo con la realización de una valoración psiquiátrica obligatoria, a todo paciente solicitante de la eutanasia? Especialmente en pacientes diagnosticados con trastornos mentales, o incluso en pacientes con depresión diagnosticada.*

En este caso, el 85,7% de los encuestados manifestaron estar de acuerdo con una valoración psiquiátrica previa y obligatoria, frente a un 7,4% que contestó no estar de acuerdo. Un 6,8% contestó *no sabe*.

¿Qué ocurrirá con los pacientes que tengan diagnosticada una depresión?, ¿se tendrá en cuenta tal circunstancia a la hora de valorar la solicitud de prestación de ayuda para morir? Tal como refleja el resultado de la pregunta, casi un 86% de los profesionales sanitarios encuestados estarían de acuerdo con la realización de una valoración psiquiátrica previa a todo solicitante de prestación de ayuda para morir, y sobre todo a aquellos enfermos que tengan diagnosticada una *enfermedad o trastorno mental,* porcentaje muy significativo y a tener en cuenta, ya que dicho aspecto no ha quedado recogido en la ley que regula la eutanasia en nuestro país.

11. ***¿Cree usted que los cuidados paliativos y la eutanasia pueden llevar caminos "paralelos"?***

El 71,7% de los encuestados contestó que sí, frente al 20,5% que piensa que no. Un 7,8% de los mismos *no sabe* si los cuidados paliativos y la práctica de la eutanasia podrían llevar *caminos paralelos*.

Al término del presente estudio no existe en nuestro país ninguna ley nacional de cuidados paliativos, así como tampoco la especialidad, en el ámbito sanitario, en dichos cuidados.

12. ***¿Piensa que la cuestión de la atención de la vida se podría resolver con la regulación de la sedación terminal?***

El 64,2% de los profesionales sanitarios encuestados consideran que la cuestión de la atención de la vida se podría resolver mejor con la *regulación de la sedación terminal*, frente a un 15,3% que opinan que no. El 20,5% contestó que *no lo sabe*. No se observan diferencias significativas entre los grupos de estudio.

13. ***Es usted profesional de medicina o enfermería.***

El 50,3% (155) de los profesionales sanitarios encuestados eran enfermeros/as, y el 49,7% (152) médicos/as, quedando así equilibrada la muestra de ambos colectivos.

V. CONCLUSIONES

Cuando un paciente valora y considera someterse a la práctica de la eutanasia o del suicidio asistido, se produce en dicha persona un importante y difícil conflicto individual, donde lo complicado será

conseguir valorar y *medir* el grado de dignidad que ostenta cada individuo y en qué contexto.

Así pues, y en el tema que nos ocupa, morir con dignidad no es otra cosa *"que vivir dignamente hasta el último momento de nuestra vida"*, definición aportada por la Organización Médica Colegial de España. Por tanto, el principio de la dignidad humana está estrechamente relacionado con otro derecho fundamental como es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto a la propia autodeterminación y a la autonomía de la voluntad del individuo.

En cuanto a la autonomía del paciente, en la actualidad se ha superado, sin duda, el llamado paternalismo médico, y será a raíz de su inclusión en la legislación sanitaria, como se irá garantizando la autonomía del paciente frente a dicho paternalismo. Hoy en día, en el proceso de la toma de decisiones en el ámbito sanitario, existe una *responsabilidad compartida* entre médico y paciente.

Por tanto, habrá que tener muy en cuenta el *Modelo de Planificación Compartida de la Atención*[30], y que en relación con la eutanasia será un proceso de comunicación y deliberación que se centrará en el paciente y el resto de personas implicadas, como profesionales sanitarios y familiares, entre otros, con el fin de poder facilitar la reflexión y la comprensión en relación a las preferencias, objetivos y expectativas del enfermo.

En relación a los Documentos de Voluntades Anticipadas o Instrucciones Previas, ¿Qué ocurrirá con los casos de muerte cerebral o estados vegetativos persistentes y que no se haya otorgado dicho documento? La Ley recoge en su artículo 9 que *en los casos que exista una situación de incapacidad de hecho se estará a lo que disponga el documento de instrucciones previas o documento equivalente*. Pues bien, ¿y si no lo hay? ¿Quién será la persona autorizada o más bien caracterizada para tomar la decisión de solicitud de eutanasia en su caso? Aquí la importancia de la *jerarquía de decisiones*, que no se ha tenido en cuenta en la Ley.

Ciertamente, se ha comprobado que a partir de los resultados aportados, el 71% de los participantes de la encuesta poblacional propia está a favor de la legalización de la eutanasia, coincidiendo prácticamente con los resultados recogidos en otras encuestas nacionales como las del CIS, los cuales, mayoritariamente consideran que la eutanasia es un derecho y opinan que es preferible morir a vivir sin calidad de vida.

[30] Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, jornada de Bioética de fecha 13.05.2021. http://www.asociacionbioetica.com/videos.

De los resultados no se desprende que la eutanasia sea realmente una demanda social, ya que solo el 49,4% de los encuestados creen que la misma es una demanda social sostenida en el tiempo, destacando que una amplia mayoría de los participantes opinan que se debería haber realizado un referéndum en España sobre la legalización de la eutanasia.

Asimismo, se ha podido comprobar como la gran mayoría de los encuestados conocen lo que es el Documento de Voluntades Anticipadas o Testamento Vital, destacando que el conocimiento de dicho documento es bastante elevado pero no así la suscripción al mismo (0,7%).

Por otra parte, debe subrayarse que el 78% de los profesionales sanitarios encuestados están a favor de la legalización de la eutanasia en España, los cuales consideran que el motivo principal que llevaría a un paciente a solicitar la eutanasia sería la *pérdida de la autonomía física completa,* significando que dichos profesionales consideran que se debería realizar una valoración psiquiátrica previa a todo solicitante de eutanasia. La mayoría de dichos sanitarios consideran que el código Deontológico de su profesión es compatible con la práctica de la eutanasia, en relación al avance y realidad social actual, destacando que según los resultados de la encuesta hay prácticamente un 50% de los mismos que se acogerían o puede que se acojan al derecho de objeción de conciencia sanitaria, frente a otro 50% que no lo solicitarán seguro o que puede que no.

Del estudio de los resultados referente a los profesionales sanitarios, se extrae que hay un tanto por ciento más elevado de enfermeros/as que de médicos/as a favor de la regulación de la eutanasia. Por otra parte, y en consonancia con lo anteriormente mencionado, los profesionales de la enfermería serían más reacios a solicitar el derecho a la objeción de conciencia[31].

VI: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, G., FREY, R.G., BOK,S .: *La eutanasia y el auxilio al suicidio*, ed. Cambridge, Madrid, 2000.

ESQUIROL CAUSSA, J., SÁNCHEZ ALDEGUER, J., HERRERO VILA, E.: *El documento de Voluntades Anticipadas: normativa estatal y com-*

[31] Estudio realizado sobre una muestra de profesionales sanitarios colegiados de la Provincia de Zaragoza. Habría que realizar un estudio y cotejo de la misma pregunta sobre médicos/as y enfermeros/as a nivel nacional.

parativa de normativas autonómicas, en Healh, Aging and end of Life, Vol. 4, 2019.

García Sánchez, E.: *"La autonomía del paciente como justificación de la eutanasia. Análisis de su instrumentalización y perversión",* Scripta Theologica, vol. 51, Universidad Cardenal Herrera, Valencia, 2019.

Marcos del Cano, A. M.: *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico.* ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

Marcos del Cano, A.M., de la Torre, J. (Edit.): *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, ed. Dykinson, Madrid, 2019.

Marcos del Cano, A.M., de la Torre Díaz, J.: *Así, no; no así. La ley de la eutanasia en España,* ed, Dykinson, Madrid, 2021.

Parejo Guzmán, M.J.: *La eutanasia, ¿un derecho?*, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

Santos, J.A, Albert, M., Hermida, C: *Bioética y nuevos derechos*, ed. Comares, Granada, 2016.

WEBGRAFÍA

Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, jornada de Bioética de fecha 13.05.2021. http://www.asociacionbioetica.com/videos.

Caso Lambert: Debate sobre la muerte digna. https://www.diagnosticsnews.com/especialidades-medicas/33433-francia-caso-lambert. Artículo publicado el 11.08.2019.

Declaración Universal sobre Bioética y Bioderecho de la UNESCO (2005) https://es.unesco.org/.

Instrumento de Ratificación del Convenio, BOE 251, de octubre 1999. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638.

Legalización de la eutanasia en Nueva Zelanda. https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/eutanasia-legalizacion-nueva-zelanda-primer-pais-referendum-4619. Publicado el 30.10.20.

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia. https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/03/24/3.

Organización Médica Colegial de España, en *Documentos Atención al Final de la Vida.* https://www.cgcom.es/doc_atencion_medica.

LA CLIENTELA MEDIACIÓN EN LA INCORPORACIÓN A LA CIUDADANÍA

THE CLIENTELE MEDIATES IN THE INCORPORATION TO THE CITIZENSHIP

ANTONIO GIMÉNEZ SÁEZ

Doctor en Derecho

Sumario: *I. La clientela encarnación institucional de los mores. II. El desarrollo histórico de la institución. A. De la clientela en el orden gentilicio al cliente ciudadano. B. La relación entre la clientela y la plebe en la Ley de las XII tablas. C. La Institución a partir de las Leges Liciniae Sextiae. III. La perenne inclusividad de la institución.*

Resumen: Pretendemos abordar la relación de la clientela con la ciudadanía, el orden gentilicio y la plebe, —desde su proceso de evolución histórica— a los efectos de esclarecer su naturaleza fiduciaria y su relación con los *mores.* Se observa el contraste entre el orden gentilicio precívico y el nacimiento de la ciudad; la clientela en la etapa monárquica, el régimen de la misma recogido en la Ley de las XII tablas y desarrollo posterior, hasta su politización definitiva en el ocaso de la República. Lo que implica el estudio de la relación clientela-plebe, su confusión, amplitud institucional para concluir con su función integrativa del extranjero.

Palabras clave: clientela, jerarquía, *fides*, Ley de las XII tablas, *mores*, patronazgo.

Abstract: We intend to address, from its historical study, the linkage between clientele and citizenship, the gentile order and the plebs, trying to clarify the fiduciary nature of clientele and the Mores. The institution is studied observing the contrast between the precivic

gentile order and the birth of the civitas; the clientele of the monarchy and the clientele contemplated in the Law of the XII tables and its development until its definitive politicization in the twilight of the Republic. This implies the study of the Mores, the law of the XII tables and the clientele-plebs relationship, and its subsequent institutional confusion and institutional breadth. With the purpose of examining how and when it has an integrative role of the foreigner.

Key word: Clientela, *Hierarchy*, *fides*, *Law of the Twelve Tables, mores, patrocinium*.

Recepción original: 10/03/2022

Aceptación original: 20/04/2022

I. LA CLIENTELA ENCARNACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS *MORES*

Entre los términos que se relacionan a la condición de cliente encontramos por un lado los que refieren a la esfera familiar como *familiaris, familia o cognatus,* junto a los que, sin llegar a tal grado, refieren a un sentido de cercanía o proximidad como *vicinus, propinquus, sodalis, affinis* o *necessarius*. En otro sentido encontramos alusiones a su subalternidad y servilismo, como *famulus* y en ese mismo sentido los que los vinculan a la pobreza como *tribulis*. De acuedo con el pensamiento, y planteamiento metodológico, tantas veces reiterado por Federico Fernández de Buján[1], hemos querido establecer, como punto de partida, el ámbito semántico y terminológicos que se vinculan al mismo[2].

Observamos de este modo las diferentes propensiones de la institución que se presenta en su sentido semántico e histórico como una institución oscura. Pretendemos aquí acertar a clarificarla siguiendo su capacidad de incorporación al extranjero a la ciudadanía.

[1] Así afirma: "…resulta de utilidad pergeñar un boceto lingüístico, somero y sencillo, desde la firme convicción que todo jurista debe ser extraordinariamente preciso en la utilización del lenguaje, pues, sólo desde su correcto uso puede definirse, delimitarse, adecuadamente cualquier categoría o concepto que se conforme el ámbito del Derecho" Vid., entre otros del mismo A., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Danni risarcibili e principi generali in tema di riparazione*. En VACCA, L., (a cura di) Danno risarcibile. Jovene. Napoli. 2011. pág. 171.

[2] Para ello hemos seguido BANNIER. "v. *cliēns, -ntis* m. (et f., v. l. 34) en *Thesaurus Linguae Latinae Online*, vol. 3, 0, pp. 1343-1346. Berlin, New York: De Gruyter, 1909. https://tll.degruyter.com/article/3_0_6_cliens_v2007. Acceso el 09-02-2022.

Como primera premisa, debemos tener en cuenta que, como indica Andrés Santos, los *mores* no eran conceptos abstractos, sino que se encarnaban institucionalmente[3], la clientela aparece así, como una de sus más concretas expresiones, en su seno se vislumbra la jerarquía del orden de la *maiestas*[4] y la potencia del vínculo fiduciario[5].

Una de las razones de la oscuridad de la institución es que se ignora su procedencia con exactitud. Parece ampliamente extendida —como forma natural de poder e influencia—, en la Antigüedad[6]. Y

[3] Cfr. ANDRÉS SANTOS, F.J. Roma, instituciones e ideologías políticas durante la República y el Imperio. Tecnos, Madrid, 2015. pág. 110.

[4] En ese sentido queremos referirnos al sentido jerárquico comparativo alumbrado por Fiori. Cfr. FIORI, R., *Homo Sacer.* Jovene, Napoli. *1996*. pags. 114 y 121.

[5] En referencia al aspecto jerárquico de la fides Vid. FIORI, R., *Fides e Bona fides gerarchia sociale e categorie giuridiche*. En A.A.V.V. Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 3. Jovene. Napoli. 2008. Por otro lado el A. subraya las convergencias entre la *fides* y la *maiestas:* "Le nozioni di maiestas, terminus e fides, pur non esaurendo o strumentario concettuale del pensiero giuridico arcaico, e particolarmente sacerdotale, sembrano porsi come i princìpi cardinali di una rappresentazione e universo — divino, umano e naturale — che, anche se non dà vita ad un concetto astratto unitario, nella sostanza costituisce quello che potremmo definire un "ordine giuridico-religioso… Anche se i tre princìpi concorrono insieme al mantenimento della pax deorum, il ruolo fondamentale sembra essere svolto da maiestas, nozione che, peraltro, per la sua vicinanza con la sfera del potere appare essere particolarmente sensibile a manipolazioni e riletture". Vid. FIORI, R., *Homo Sacer.* Jovene, Napoli. *1996.* págs. 518-519.

[6] De modo que nombraremos algunos ejemplos de antecedentes en el Oriente Mediterráneo. Con relación a los Sumerios y a la figura temprana y carismática figura denominada *lugal*, refiere Lara Peinado: "Así aparecería la institución del *lugal*, cargo que se depositaría tal vez en un rico propietario, joven y capaz de aglutinar en torno a su persona una amplia clientela". Vid. LARA PEINADO, F., *La Civilización Sumeria*. Historia 16. Madrid. 1999. pág. 109. En referencia a Asiria dice Liverani: "En la Edad del Hierro son moneda corriente la expropiación de las viejas comunidades de aldea en beneficio de los acreedores públicos y privados, y la mezcla de campesinos reducidos a servidumbre y esclavos propiamente dichos, que llegará a formar una categoría servil indiferenciada, vinculada a la tierra y a los propietarios. Éstos coinciden en buena parte con los altos funcionarios de la corte y la administración estatal, beneficiarios de tierras concedidas por el rey, que a veces gozan de exenciones fiscales, y mediante préstamos con interés y fianza logran incrementar sus propiedades y su clientela. La orientación imperialista y militar de Asiria influye en estos procesos como un eficaz multiplicador". LIVERANI, M., El Antiguo Oriente. *Historia, sociedad y economía*. Critica. Barcelona. 2012. pág. 632. Sobre formas institucionales parecidas en Atenas, a pesar de su *isonomía*, señala Gallego: "Las póleis griegas se muestran en su gran mayoría como sociedades no jerarquizadas, segmentarias, como ya hemos indicado. No obstante, en ciertos casos las formas de patronazgo de unos ciudadanos sobre otros cumplieron un rol en la constitución de apoyaturas sociales, que los líderes usaron para el desarrollo de sus carreras políticas. En otras situaciones, las relaciones clientelares sirvieron de canal de expresión y acceso a ciertos bienes y servicios por parte de grupos no incluidos en la ciudadanía plena, o con derechos políticos restringidos". GALLEGO, J., *La polis griega*. *Orígenes, estructuras, enfoques*. Filo Uba. Buenos aires. 2017. pág. 17. En relación con los Ibe-

en todo caso extendida en el Lacio en un periodo muy anterior a la fundación de la ciudad, como indica Peroni y en concordancia con la temprana formación de los grupos gentilicios[7]. Pretendemos en primer lugar estudiar su proceso de juridificación como desarrollo de la especificidad romana que la distingue de otro tipo de relaciones de jerarquía social que surgen en cualquier sociedad por la consabida Ley de hierro de la oligarquía. La originalidad de su carácter jurídico es capaz de crear un tejido estable y codificado de relaciones en las que, a causa del vigor de la *fides* se produjeron relaciones obligatorias sacrales.

La poca claridad de la clientela viene dada por la ignorancia de su origen y su drástica mutación en el devenir de la historia de Roma, —desde el orden gentilicio, a la cada vez más fuerte vertiente política en la República dónde comprendía en sí una amplísima movilidad, pasando por formas específicas como los patronatos cívicos, etc.—,tiene como consecuencia qué, especialmente en el seno de esta institución, se haga imprescindible distinguir históricamente.

Por otro lado, la plebe —que como tal no existiría desde el inicio de la ciudad, sino que su conciencia identitaria respondería a la conformación de la identidad patricia—, en un primer momento deberíamos más bien hablar de habitantes que viven al margen del orden gentilicio, o inmigrantes incorporados a una Roma arcaica en pleno auge económico, tienden a la confusión con la clientela. Bien es sabido que las primigenias formas de integración al extranjero, se "biparten" del mismo modo en que lo hace la sociedad romana arcaica, coexistiendo una integración en el orden gentilicio mediante la clientela y una integración directa en el orden cívico que vendría dada por el auge comercial y la existencia de enclaves sacrales en la periferia de la ciudad que dieron asilo a la población sin necesidad de una intermediación gentilicia. A ella se sumarían los habitantes de las poblaciones vencidas en guerra[8].

---

ros, encontramos entre otros textos (Plut. Sert. 14) "Es una costumbre ibérica que los que forman alrededor de un jefe mueran con él si cae, y los bárbaros de allí la llaman consagración; a los demás jefes les acompañaban unos pocos escuderos y amigos, pero a Sertorio muchas decenas de miles de hombres que se habían consagrado a ello." En referencia a la especial forma de clientela militar llamada *devotio* ibérica. Entre otros Vid. BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, J.M., "La religión de los pueblos de la Hispania Prerromana" en *Zephyrus*, n.º 43, (1990), pags. 223-233.

[7] Peroni refiere la aparición de este tipo de relaciones en la edad del Bronce, describiendo grandes desequilibrios. Cfr. PERONI, R., *L'Italia alle soglie della storia*. Laterza. Roma-Bari. 1996. págs. 8 y 17. Tomado de RIBAS ALBA, J.M. *Origen del Estado en Roma* Tecnos, Madrid, 2018. pág. 156.

[8] Pueden mencionarse, entre otras fuentes, Dion. Hal. *Antiquit*. *Rom*. 1.9.4 ; 2.35.2.; 53.2; 3.37.4. ; 3.38.2 y ss.; Liv. *Ab Urbe Cond*. 1.10.2; 1.33.1-8;11.1-4.; 14.4.;

Entendemos que en la capacidad de la clientela de integrar al extranjero puede encontrarse una nota casi imborrable de su desarrollo, que se apoya en su perpetua nota fiduciaria.

II. EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN

Por la naturaleza mutable de la institución, se hace imprescindible detenerse en los diferentes periodos de su desarrollo, con el propósito de observar los alcances y límites de la misma en materia integrativa.

No obstante, es necesario diferenciar entre las fases históricas del desarrollo de la clientela. Así diferenciaríamos: en el seno del orden gentilicio tanto la clientela precívica como la de los orígenes de la ciudad en la época monárquica, cuya configuración general hemos mencionado anteriormente.

En todo caso, cabe distinguir cierta influencia del definitivo desarrollo institucional de la clientela que, a nuestro juicio, se desarrolla principalmente de tres modos, el primero de ellos fundado en los lazos de fidelidad que se dan entre patrono y cliente, en la que respectivamente se prestan protección y servicio. Por otro lado, la clientela como institución similar a la clientela de Derecho Público —en la que unos pueblos se hacen clientes de otro—, en este sentido habrían apuntado las tesis de la clientela fundada en la *deditio. Y p*or último y en relación con el *ius applicationis,* podríamos reconocer tanto alguna huella de lo que posteriormente serían los patronazgos cívicos, entendidos como clientela colectiva, cómo relativa confusión con el *hospitium* [9].

33.9.; Plut. *Rom*. 23.10; Cic. *Rep*. 2.18.33. En ese sentido dice Badian: "*The most direct form was incorporation in the Roman state, the mark of which was the conferment of citizenship. This was an old and unsophisticated way, which was bound to reach its natural limits soon, under the influence of increasing difficulties presented by distance and national differences. Originally it implied the transfer of the conquered population to Rome and the destruction of the town concerned: the new Roman citizen had to come to the city of Rome*". Vid. BADIAN, E., *Foreign Clientelae (264-70 B.C.)*. Clarendon Press. Oxford. 1958. pág. 15.

[9] En una tabla itálica de siglo II a.C. se atestigua el *hospitium* público confundido con la clientela, posiblemente en su forma tardía de patronazgo cívica: CIL1²611, https://db.edcs.eu/epigr/epi_einzel.php?s_sprache=en&p_belegstelle=CIL+01,+00611 Consultado el 16 de octubre de 2021. Al respecto señala Beltran Lloris: "establecía con un individuo de nombre incompleto un pacto de hospitalidad ([*hospitium*] fecere) y se acogía además a su fides ([i]n eius fidem om[nes nos tradimus et] couenumis —por conuenimus—), en lo que supone el ejemplo epigráfico más antiguo, seguramente del siglo II a. E., de convergencia entre fórmulas de hospitalidad y patronato. …constituye un claro precedente de un tipo diferente de pacto que entra dentro de la categoría del denominado patronato sobre colectividades públicas. Cfr. BELTRAN

En lo que respecta al origen nos parece que las funciones económicas y el desarrollo de la mano de obra en la Roma arcaica haya contribuido, notablemente, a potenciar y transformar la clientela, si bien, en nuestra opinión, su papel no es determinante. La perspectiva económica no agota pues el estudio de las causas de esta institución. En este sentido, aunque la *fides* pueda apoyarse en el poder económico como forma social de crédito, no se funda únicamente en esta. Nos parecería reduccionista si el estudio del nacimiento de la clientela se basase estrictamente en causas económico estructurales, relegando la sacralidad y la *fides* a un papel accesorio.

A. De la clientela en el orden gentilicio al cliente ciudadano

Si bien algunos autores defienden el surgimiento del orden gentilicio conexo a la formación de la ciudad y favorecido por el papel del Rey; la doctrina mayoritaria opta por la preexistencia de un orden gentilicio jerarquizado.

La orografía romana contiene en sí una serie de elementos fundamentales para su desarrollo urbano; es enclave defensivo natural, zona comercial concurrida y tiene la fertilidad procedente del río Tíber, en torno al cual se habrían ido distribuyendo diferentes *pagus* y *vicus* alrededor del siglo VIII a.C.[10]. Estos se van reduciendo debido al sinecismo en los asentamientos de mayor consistencia, agrupando estos en torno a sí, una gran cantidad de población[11]. En este contexto tuvo origen el orden gentilicio, por ende, la clientela aparece también con bastante antelación a la formación de la ciudad[12]. Asumiendo la

---

LLORIS, F., "La hospitalidad celtibérica: una aproximación desde la epigrafía latina" en *Palaeohispanica*. n.º 1, (2001). pág. 38

[10] Cicerón es consciente de la posición privilegiada de la ciudad, Cic. *De Rep*. *2,6, 11: "Urbis autem ipsius nativa praesidia quis est tam neclegens qui non habeat animo notata planeque cognita? cuius is est tractus doctusque muri cum Romuli tum etiam reliquorum regum sapientia definitus, ex omni parte arduis praeruptisque montibus ut unus aditus, qui esset inter Esquilinum Quirinalemque montem, maximo aggere obiecto fossa cingeretur vastissima, atque ut ita munita arx circuitu arduo et quasi circumciso saxo niteretur, ut etiam in illa tempestate horribili Gallici adventus incolumis atque intacta permanserit. locumque delegit et fontibus abundantem et in regione pestilenti salubrem; colles enim sunt, qui cum perflantur ipsi tum adferunt umbram vallibus"*.

[11] Cfr. AMPOLO, C., *La nascita della città*. En MOMIGLIANO A., SCHIAVONE A., (Dir.) Storia di Roma Vol. 1. Enaudi. Torino.1988. págs. 168-169.

[12] Señala Carandini: "*La formazione di gentes e di clientes, cioè di una nobiltà che si avvale di rapporti contrattuali di dipendenza, emergerebbe per la prima volta, almeno come fenomeno materialmente percepibile nella necropoli di Gabii (Osteria dell'Osa), a partire dal periodo laziale IIB/IIIA, ma nel sito di Roma, più importante e verosimilmente più progredito, il fenomeno potrebbe essere cominciato prima*" Vid. CARANDINI,

institución la función de aumento demográfico e incorporación comunitaria en una forma jerárquica que asume formas obligacionales.

Para De Francisci la *gens* es un núcleo de vida política con autonomía suficiente para desplegar en su territorio —el *pagus (*o comprendiendo el *vicus*, lo que ha sido denominado como "organización pagano-vicanica")—*,* la actividad social y el mando[13]. Y contiene en sí, una primaria identidad nominal, un culto, y unos lazos comunes que son vertebrados por un caudillo. De Francisci concibe en una lógica "vasallal" el desarrollo de la *gens* y el nacimiento de la clientela*:*

A., La nascita di Roma. Einaudi. Torino. 1997. pág. 300. Y bibliografía allí referida: BIETTI SESTIERI, A. M., *The Iron Age Community of Osteria dell'Osa: a Study of Socio-Political Development in Central Thyrrenian Italy*. Cambridge University Press. Cambridge. 1992.

[13] Esta concepción señorial de la *gens,* nos parece que hipotéticamente podría ser conexa con la influencia indoeuropea que han atribuido algunos autores. Rodríguez Adrados describe las tribus indoeuropeas dentro de las grandes culturas, subrayando su peculiar carácter épico: "Hay en el camino algo importante: la creación de las grandes culturas. Están presupuestas por los griegos: no habrían llegado, sin ellas, a ser lo que fueron, desarrollaron muchas cosas que eran comunes. Efectivamente, esto es bien claro para la épica indoeuropea, está bien estudiada, se reconstruye a partir de la posterior". Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *El Reloj de la historia*. *Homo Sapiens, Grecia Antigua y Mundo Moderno*. Ariel. Barcelona. 2006. pág. 134. El A. alude a otras obras suyas sobre el tema: IDEM, *Mito e historia en la Epopeya*, en 3° Coloquio de Estudiantes de Filología Clásica. Valdepeñas. 1992. págs. 217-227; IDEM, *La épica romance a la luz de la épica indoeuropea*. En A.A.V.V., *Nuevos estudios de Lingüística General y de Teoría literaria*. Ariel. Barcelona. 1988. págs. 309-322; IDEM, *El Kalevala dentro del contexto de la épica indoeuropea*. En A.A.V.V., *Nuevos estudios de Lingüística General y de Teoría literaria*. Ariel. Barcelona. 1988. págs. 232-330. Esta influencia indoeuropea romana ha sido afirmada en el caso romano por Dumézil. Cfr. DUMÉZIL, G., *La religione romana arcaica*. Genérico. Milán. 2007. pág. 83. Entre las críticas que señala Carandini y a las cuales parece adherirse, encontramos las de Renfrew que atribuye los elementos comunes al propio progreso civilizatorio y Cornell que los atribuye a los contactos entre los pueblos mediterráneos. Cfr. CARANDINI, A., *La nascita di Roma…* Op. cit. pág. 30. nt. 54. Y bibliografía allí citada: RENFREW, C., *Archaeology and Language: The Puzzle of Indo-European Origins*. Pimlico. Londres. 1988; CORNELL, T.J., *The Beginnings of Rome*. *Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic War*s (c. 1000.1995 264 BC). Routledge. London - New York. 1995.

[D]e admitir esta teoría nos parece que el componente épico que dimana de la concepción señorial y fiduciaría de las *gens,* podría proceder del influjo sabélico. Talamanca refiere el contraste entre la influencia sabelica de marcado carácter tribal y la italiota: *"Bisogna rammentare che le strutture socio-giuridiche di non indifferenti zone dell'Italia orientale e meridionale, in territori principalmente abitati da popolazioni osco-sabelliche e non sottoposti a durature influenze della cultura della città-stato italiota, presentavano ancora largamente connotati ispirati alla realtà tribale"*. Vid. TALAMANCA, M., *L'organizzazione dell'Italia dopo la guerra sociale*. En TALAMANCA, M. (Dir.) *Lineamenti di storia del diritto romano*. Giuffrè. Milán. 1979. págs. 406-407. Torelli apunta a su marcado carácter aristocrático. Cfr. TORELLI, M., *Le popolazioni dell'Italia antica*. En MOMIGLIANO, A., SCHIAVONE, A., (Dir.) *Storia di Roma…* Op. cit. pág. 72.

"Ma, in modo anche più sicuro, il una categoria di soggetti o vassalli e cioè dei clientes. Il rapporto di clientela si concreta da parte del cliens *in doveri di obbedienza, di prestazioni di lavoro, di* obsequium*, cioè in origine, di seguito armato (obsequium da obsequi in senso proprio), verso il patrono che poteva essere, a seconda dei casi, il princeps della gens o il capo di uno dei gruppi familiari costituenti la gens:… e l'espressione tecnica per indicare la posizione del cliens è* in fide esse*, che sorge da un assoggettamento indicato con le espresssioni* in fidem se dedere *rispetto al cliens e* in fidem recipere *da parte del patronus."* [14].

Preexistiendo a la ciudad un sistema de obediencia en la que los clientes se someten a estos patronos, actuando como fuerza de trabajo agrícola y militar[15]. El A., abunda especialmente en la propensión militar de este consorcio gentilicio de patronos y clientes. Este carácter "vasallal-caballeresco" de la *gens* se haría explicito en el contexto bélico y la diferenciación de funciones militares[16].

Arcaria y Licandro, observando este origen gentilicio y asumiendo la óptica marxista, plantean una interpretación económica en la cual el peso de la tierra y la función de la clientela como fuerza de trabajo son una de las claves. Y como consecuencia, la guerra tendrá un gran peso aglutinador en relación con la conservación y ampliación territorial. Señalan así una lógica de clase en las agregaciones gentilicias, describiendo la subalternidad de los clientes como una servidumbre que servía como fuerza de trabajo en la tierra entendida como el principal medio de producción y la posición hegemónica de los patronos en función de la guerra[17]. Si se acoge este análisis se minusvalorará necesariamente el papel desarrollado por la *fides*, en esta

---

[14] Vid. DE FRANCISCI, P. Primordia civitatis. Apollinaris, Roma, 1959. pág. 185..

[15] Cfr. DE FRANCISCI, P., *"La comunità sociale e politica romana primitiva…" Originariamente recogido en Relazioni al X Congresso Internazionale di Scienze storiche, Roma, págs. 4-11 settembre 1955), II, Firenze, 1955, 61-166. Posteriormente en SDHI, XXII, 1956, 1-86. Actualmente recogido y tomado de DE FRANCISCI, P., Scritti scelti. Jovene, Napoli. 2021. pág. 171.*

[16] Así lo describe *De Francisci: "II combattimento doveva svolgersi a piedi, attraverso una serie di azioni isolate, in cui gli appartenenti agli stessi gruppi gentilizi combattevano vicini sostenuti dai loro clientes","Nelle curie sono distribuiti tutti i gruppi parentali e gentilizi con i loro clientes, esse costituiscono i quadri di leva della fanteria, che si aggiunge all'antica milizia di tipo cavalleresco — nobiliare formata dalle sei centuriae dei celeres. In base al nuovo schema le curie forniscono all'esercito altrettante centurie e cioè in totale (30x100) tremila uomini, che stando a Varrone erano divisi in tre contingenti di mille uomini, corrispondenti alle tre tribù e comandati da tribuni militum".* Vid. DE FRANCISCI, P., *La comunità sociale e politica romana primitiva… en* op. cit. págs. 96 y 103 respectivamente.

[17] Cfr. ARCARIA, F., LICANDRO, O., *Storia costituzionale di Roma*. Giappichelli. Torino. 2014. págs. 6 y ss.

institución. Por su propio carácter bilateral, la *fides* no permite una lógica de opresión generalizada. Si además observamos la vertiente militar antes descrita, se hace difícil el mantenimiento de un poder coactivo suficiente. Creemos que en su fundamento fiduciario tiene lugar la especificidad romana. En todo caso y como parece confirmar la arqueología, el proceso de diferenciación social entre patronos y clientes acaecería con posterioridad[18].

No obstante, el elemento territorial y agrario debe ser especialmente considerado. De Francisci igualmente concibe la *gens* como señorío agrícola, en la que los clientes son: *"Piccoli contadini o artigiani o stranieri, abitanti di piccole comunità vicine sconfitte o emigrati, insomma individui economicamente deboli che si sottoponevano al potere di un pater familias per godere di protezione e di mezzi di sostentamento"*[19]. *La* clientela del orden gentilicio gozaría, en base a una relación de subalternidad basado en la *fides,* de libertad y pertenencia[20].

La concepción del orden gentilicio defendida por De Francisci es coherente con la latencia de un orden jerárquico y no isonómico en la fase precívica, que permanecería, a diferencia del caso ateniense, a pesar del surgimiento de la *civitas*. En relación con el orden gentilicio y la ciudadanía afirma Crifó: *"Pertanto all'origine il fondamento della cittadinanza fu la gentilità, unico legame tra l'individuo e Stato, se questo era formato dalle gentes"*[21]. Sin embargo, esto no implica una clausura ni dentro de la *gens*, ni dentro de la *civitas*, como puede constatarse, entre otras situaciones similares, con la emigración de la

---

[18] De forma que De Martino indica: *"Dopo l'ondata critica, la maggior parte degli studiosi oggi torna all'ipotesi della preesistenza della gens*. Sarebbe difficile negarlo, dopo i ritrovamenti archeologici che hanno confermato l'esistenza di gruppi disseminati nei luoghi dove sorse Roma e individuato due fasi, nella prima delle quali i corredi delle tombe provano che non vi erano grandi diversità sociali, mentre nella seconda, che corrisponde al sorgere della città, queste differenze si accentuano"* Vid. DE MARTINO, F., *La costituzione della città-stato*. En MOMIGLIANO, A., SCHIAVONE, A., (Dir.) *Storia di Roma…* Op. cit. pág. 347.

[19] Vid. ARCARIA, F., y LICANDRO, O., *Storia costituzionale di Roma…* Op. cit. pág. 27..

[20] Según Carandini el establecimiento urbano de la sociedad gentilicia tiene lugar desde el inicio de la ciudad.*"Dalla seconda metà dell'VIII secolo, i segni esteriori della ricchezza diventano inequivocabili, facendosi in seguito sempre più vistosi, ma in questo stadio si è già formata una aristocrazia gentilizio-clientelare propriamente urbana, perfetto corrispettivo sociale dell'avvento dello stato. Si tratta ormai di una aristocrazia egemonizzata da un re e dalla sua famiglia, in cui si incarna l'unità centralistica della città, là dove il fondatore dello stato sembra essere anche il fondatore del primo colpo di stato ed un colpo di stato si può comprendere solo in termini di fondazione, di fondazione innanzi tutto del potere assoluto del rex"*. Vid. CARANDINI, A., *La nascita di Roma*. Einaudi. Torino. 1997. pág. 470.

[21] Vid. CRIFÓ, G., v. "Cittadinanza" en ED. vol.7. Giuffrè. Milano.1990. pág. 130.

gens claudia[22]. Una vez formada la ciudad, en su primera fase se desarrollaría como una ciudad abierta cuya aristocracia admitiría la llegada de gentes provenientes de otros lugares. En una segunda fase de la monarquía denominada etrusco-latina, el papel desempeñado por los reyes, de procedencia extranjera, empezaría a vertebrar cambios sociales importantes que se acompañarían de una gran transformación económica y urbanística[23].

En relación con el origen de la clientela, Ribas Alba se inclina por la tesis de la existencia de grupos de guerreros-pastores comandadados por *rex-ductor* —asimilables a los líderes de las emigraciones nacientes del *ver sacrum*—, que mantienen su poder en relación con la capacidad de aglutinar a su alrededor servidores armados, clientes o *sodales*[24]. Apreciando una clientela menos definida y en confusión con formas de *amicitia* o *sodalitas* y que tendría en la guerra su núcleo de actividad[25]. A ellos atribuye la fundación de Roma, como una fundación que asume el carácter definido por Livio I,19,1 y conexo con la fundación de la política "hobessiana" *"condita vi et armis"*[26]. Desde esta perspectiva alude a la excepcionalidad que el espacio pacificado de la *urbs,* como asentamiento tomado por estos grupos, representa en contraste con el estado de guerra que permanentemente producían estos grupos condotieros.

---

[22] Liv. *Ab Urbe Cond.* 2.16.

[23] Cfr. ARCARIA, F., y LICANDRO, O., *Storia costituzionale di Roma*… Op. cit. pág. 33.

[24] En relación con esto el autor cita a Cornell. Vid. CORNELL, T.J., *Los orígenes de Roma*. *C*. *1000-264 a*. *C*. Crítica. Barcelona. 1995. pág. 176. En RIBAS ALBA, J.M. *Origen del Estado*… op. cit. pág. 208.

[25] La *sodalitas,* entendida como asociación se recoge en la Ley de las XII tablas VIII, 27. (D. 47.22.4 *Gai*. *4 ad leg*. *XII Tab*.) *"His (sodalibus) potestatem facit lex (XII tabularum), pactionem quam velint sibi ferie, dum ne quid ex publica lege corrumpant; sed hace lex videtur ex lege Solonis translata ese*". La *sodalitas* entendida como cofradía religiosa es tratada ampliamente por De Francisci en DE FRANCISCI, P. *Primordia civitatis*. Apollinaris, Roma, 1959. págs. 456 y ss. Sobre el texto Vid. HUMBERT, M., "La c.d. libertà associativa nell'epoca decemvirale: un'ipotesi a proposito di XII Tab. VIII.27", en *AUPA*. n.º 53, (2009). passim. La *sodalitas* es una de las formas junto con *collegia*, *universitates*, o *societates*, en que según Fernández de Buján se denomina a las asociaciones con fines lícitos, incluso a la persona jurídica en Roma. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A.. Derecho Privado Romano. Iustel. Madrid. 2017. págs. 215 y 218. Sobre la sodalitas en general. Vid. LAURENDI, R., "Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano". en *AUPA*. n.º 59, (2016). págs. 261-285.

[26] Para el A., "la hipótesis más probable sobre la fundación de Roma nos lleva a un escenario en el que un grupo de guerreros-pastores (y sus familias) toman por la fuerza el asentamiento y constituyen un núcleo inicialmente distinto jurídica y políticamente del que ya existía en el sitio de Roma" Vid. RIBAS ALBA, J.M. *Origen del Estado en Roma*. Tecnos, Madrid, 2018, pág. 208.

Como hemos señalado, tras un largo debate sobre la preexistencia del orden gentilicio a los momentos de la formación de la ciudad, parece confirmarse su existencia previa[27]. En este contexto, para Torelli los clientes surgen en vinculación al nacimiento de la propiedad privada como fundamento del poder de los propietarios, que por su participación militar y por la belicosidad entre los propios grupos propietarios tiende a aligerar su carácter servil impulsando el nacimiento de vínculos cívicos[28]. Es decir, Torelli, el carácter subalterno que se hace patente en la clientela como fuerza de trabajo agrario, suavizado a su vez por las guerras entre grupos gentilicios, que contribuyen a igualar las relaciones.

Las propias fuentes infieren una doble naturaleza de la clientela por la que se hace notar a la vez su latencia fiduciaria y la situación de subalternidad. En ese sentido Dionisio de Halicarnaso dice: "A los patricios les entregó los plebeyos como depósito", lo que infiere un carácter inferior de los plebeyos e indica la vinculación entre plebeyos y clientes a la que aludiremos más adelante; a lo que se añade: "ordenando que cada plebeyo escogiera al que quisiera como patrono", lo que señala su carácter fiduciario. En suma, el propio Dionisio de Halicarnaso lo describe como una mutua dependencia[29].

En todo caso, la clientela romana, a diferencia de otras formas semejantes, como refiere Torelli, conlleva un carácter más atenuado de estas relaciones de dependencia que en otras sociedades más opulentas como la etrusca están más enfatizadas[30]. Sobre este tema, Calore, distinguiendo esta vinculación de la esclavitud, subraya como la *gens* les reconocía como pertenecientes a la comunidad[31].

Por otra parte, Franciosi advierte de la necesidad de diferenciación entre *gens* y familia y concibe aquella como un grupo principalmente cerrado y la clientela, en su origen, como el declive de algunas

---

[27] Cfr. DE MARTINO, F., *La costituzione della città-stato* MOMIGLIANO A., SCHIAVONE A., (Dir.) *Storia di Roma* Vol. 1. Enaudi. Torino. 1988. pág. 347.

[28] Cfr. TORELLI, M., *Le popolazioni dell'Italia antica*… en MOMIGLIANO A., SCHIAVONE A., (Dir.) *Storia di Roma*… Op. cit. vol. I. pág. 57.

[29] Dionisio de Halicarnaso, 2.9.

[30] Cfr. TORELLI, M., *Le popolazioni dell'Italia antica*… en MOMIGLIANO A., SCHIAVONE A., (Dir.) *Storia di Roma*… op. cit. págs. 62-63.

[31] Refiere Calore*:"Il rapporto, instauratosi, si basava sulla fiducia, che più tardi, nella repubblica, sarà elevata a divinità, la Fides, garante dei rapporti tra soggetti interni e soggetti 'intemazionali'. I clienti erano accolti e riconosciuti dal potere gentilizio non tanto come schiavi - il fenomeno della schiavitù si impose successivamente al periodo regio - quanto come appartenenti alla comunità"*. CALORE, A., *Cittadinanze Nell'antica Roma*. Torino. Giappichelli. 2018. pág.43.

familias dentro de la *gens*, no como un advenimiento[32]. A mi juicio, el motivo de la falta de inclusión de los extranjeros se incardina en una concepción de éstos que no tiene en cuenta, de forma suficiente, las relaciones de reciprocidad y el referido proceso de sinecismo, ni tampoco unas relaciones con el extranjero que se producirían en un territorio no demasiado amplio.

A pesar de que el cliente queda integrado dentro de la familia, se desconoce exactamente en qué grado están vinculados a las mismas. Se ignora si usaban el *nomen gentilicium*, del patrón, o si participaban o no en los *sacra gentilicia,* aunque compartirían, si bien, de manera diferenciable, tumba con su Patrono[33]. A propósito del *nomen gentilicio* se puede apreciar esta vinculación familiar de los clientes, tal y como refiere Cassola quién explicando los nombres gentilicios alude a los posteriores casos de homonimia patricio-plebeya, y refiere a la vinculación patrono-clientes en el *nomen gentilicio*[34].

Podemos tener en cuenta como la antigua institución de la clientela, podría haber contribuido a la conformación del orden político romano. En línea con esto De Francisci, hipotetiza que el papel de la *fides* atribuido al patrono se extendería y confluiría con el *imperium*. Se asigna así a la *fides* no solamente el fundamento de la clientela sino

[32] En ese sentido, apunta Franciosi : "*… mi induce a ipotizzare che il primo nucleo della clientela fu costituito appunto da quelle famiglie pauperizzate e politicamente decadute (o non emerse) nel senso stesso della* gens*, le quali alla rottura col gruppo avevano preferito, per necessità, una permanenza ai livelli piú bassi del l'organizzazione gentilizia che, nella sua seconda fase di sviluppo, al di là della solidarietà e della presenza di istituzioni ancora formalmente co muni, rappresenta un gruppo stratificato, guidato da un'aristocrazia di famiglie emergenti. Certo, nel corso del tempo si saranno potuti porre in posizione di clienti anche gruppi e individui in origine estranei alla* gens*, ma ciò non esclude che il fenomeno si sia venuto delineando sulla base del permanere in essa, in posizione subordinata, di membri originariamente appartenenti allo stesso gruppo gentilizio*." Vid. FRANCIOSI, G., "Una ipotesi sull'origine della clientela" en *LABEO*, n.º 32. (1986), pág. 280. De Francisci, por motivos similares habría rechazado la entrada de extranjeros en el seno de la clientela: *"…Per quanto riguarda la sottomissione di estranei o la loro* applicatio *al gruppo esse sembrano contrastare con la struttura della societá gentilizia e non giustificano adeguatamente il carattere domestico della clientela" Vid*. DE FRANCISCI, P. *Primordia civitatis… Op. Cit.* pág. 187 y nt. 473.

[33] Cfr. MARTINEZ-PINA, J., *Los orígenes de Roma*. Síntesis. Madrid. 1999. pág. 187.

[34] El A. señala: "*Naturalmente il fatto che un nome gentilizio scompaia dai fasti dei magistrati e dei sacerdoti non significa di per sé che la* gens *sia estinta*. *Va sottolineato che tutti (o quasi) i patrizi hanno degli omonimi plebei; l'omonimia può essere casuale o dipendere dal fatto che i plebei discendono da clienti, o anche liberti, di una gens patrizia*. *Come è noto, i* Claudii Fulcri *e i* Claudii Neroni *sono patrizi, i* Claudii Marcelli *plebei; cosi i Servilii Cepioni sono patrizi, e i Servilii Gemini plebei; ecc". Vid*. CASSOLA, F., *Lo scontro fra patrizi e plebei*. En MOMIGLIANO A., SCHIAVONE A., (Dir.) *Storia di Roma* Vol. 1. Enaudi. Torino. 1988.. pág. 462. nt.29.

también el del poder magistral en la República, considerada por su parte, criterio de conducta del magistrado[35].

Considerando igualmente la naturaleza de la vinculación entre clientes y patronos, Arcaria y Licandro subrayan las analogías que se dan entre el orden familiar y el orden monárquico en lo que refiere a: religión, ruptura de la *pax*, *auctoritas* del pater familias y sumisión al mismo[36]. Por otro lado, se ha asemejado la fuerza vinculatoria de estas relaciones con la sujeción al poder del rey militar, político y religioso, o con las relaciones de Derecho público y admisión de la *maiestas* romana recogida en D.. 49.15.7.1, en dónde Próculo señala que a los clientes se les considera libres, pero no iguales ni en dignidad, ni en autoridad ni en derecho[37]. En línea con lo expuesto procede ahora indicar las formas de vinculación de la institución. Para De Martino la *deditio* como medio colectivo de sometimiento al patrono y la *applicatio* como acto de sumisión del extranjero, constituirían, en principio, ciertos indicios que harían pensar en la clientela como me-

[35] A propósito del periodo anterior a Roma, De Francisci concluye que estaría sustentado en la *fides: "Tale, io credo, deve essere stata la posizione di colui, che la leggenda chiama Romulus, intorno al quale accorre la moltitudine* obscura atque humilis *delle regioni vicine: tale ancora la figura di condottieri di bande come Mastarna e Coele Vibenna o di capi di* gentes *come* Atta Clausus. *Tracce di quelle concezioni si ritrovano ancora: sia nella struttura del gruppo gentilizio, dove il binomio patronus - clientes corrisponde a quello* duxcomites vel amici *(Führer - Gefolgschaft) l'uno e l'altro fondati sulla fides: sia nell'indole imperium, potere che trova in sé stesso il proprio fondamento di legittimità, che nemmeno nel periodo repubblicano cercò mai la sua base negli ordinamenti o nelle leggi della civitas, e le cui caratteristiche si possono spiegare soltanto risalendo ad un'epoca in cui l'imperium era potestà spettante al capo per il fatto dell'essere capo in forza delle sue qualità personali non già in applicazione di una norma contenuta in un ordinamento: sia nella larga sfera d'influenza riconosciuta alla fides nel diritto pubblico romano che la considera quale criterio di condotta del magistrato…. ".* Vid. DE FRANCISCI, P., "Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano" en Scritti in onore de C. Ferrini pubblicatti in occasione della sua beatificazione. I. Milán 1947, 192-232. Tomado de DE FRANCISCI, P., Scritti scelti. Jovene, Napoli. 2021. pág. 7.

[36] Los autores afirman: *"Questa complessa situazione potestativa del pater familias, quasi un vero sovrano, ha indotto diversi studiosi a scorgere forti analogie con il* rex *… subiecti al sommo potere del* rex*, … l'autorità somma era il* pater familias*… come nella religione pubblica si manifestava il rapporto* rex/vestales*, allo stesso modo nei culti privati dominava il rapporto* pater familias/mater familias *quasi riflesso del primo o addirittura viceversa…, e i rapporti di sudditanza a Roma trovavano una sintesi nelle* locuzioni in fide esse o in fidem se dedere*, che riflettevano esemplarmente il rapporto tra* pater *e* cliens *improntato alla sacralità della* fides". Vid. ARCARIA, F., y LICANDRO, O., Storia costituzionale di Roma… Op. cit. *pág 23*.

[37] D. 49.15.7.1 (Proc. 8 epist.)

dio de incorporación de extranjeros en la *gens*. Sin embargo, descarta esta hipótesis por la lentitud del proceso[38].

Para entender la naturaleza vinculatoria de la clientela se debe comprender la configuración familiar. Por un lado, el cliente se liga al patrono mediante las cláusulas *in fide esse, in fidem se dedere* y por otro lado el patrono la recibe *in fidem accipere*. Ribas Alba apunta a la *deditio-adrogatio*, como forma de incorporación de un grupo familiar de clientes en el del patrono, como la forma preeminente de vinculación[39].

Así la hipótesis de la *maiestas* se incardinaría en la aceptación inicial de las formas vinculantes colectivas, en relación con el *in fidem se dedere,* la *deditio*, que significa rendición tiene sobre todo un sentido bélico, de rendición en guerra y posteriormente asume en relación con la noxa, una vinculación con el *ius civile*[40].

En todo caso, y sobre todo inicialmente, el latente carácter jerárquico de la institución ha hecho señalar además de la *fides*, la *maiestas*. A esto se suma la confusión con la denominada clientela pública, que ha podido contribuir a confundir aún más la naturaleza inicial de la institución[41].

A pesar de que cabe la posibilidad de que la bilateralidad fiduciaria, estuviese confundida en un primer momento con formas de servidumbre, más o menos nítidas, a nuestro juicio observaríamos como al formarse la ciudad, y al homogeneizarse las practicas del orden gentilicio, estas tenderían a suavizarse.

La posición subalterna de la clientela ha suscitado a su vez el problema sobre su participación en la ciudadanía. Al principio, el vínculo fiduciario aparece de una forma especialmente vinculante tal y como se codifica en los *mores* y recoge Dionisio de Halicarnaso, al principio

---

[38] Cfr. DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*. *Vol*. *I*. Napoli, Jovene, 1972. pág. 38 y ss.

[39] Así subraya.: "Asimismo, la forma primordial en la que los clientes quedan absorbidos en la comunidad, la *deditio-adrogatio*, es decir, una forma de adopción de un grupo familiar por otro, pero preservando la supervivencia jurídica del grupo subordinado" Vid. RIBAS ALBA, J.M. Origen del Estado en Roma. op. cit, pág. 178.

[40] En este sentido, nos remitimos a Nörr para un estudio de la *dedictio* en relación con el *ius belli.* Vid. NÖRR, D., *La Fides en el Derecho Internacional Romano*. Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Madrid. *1996*. *págs*. *24 y 40*.

[41] Tratada especialmente por Badian. Cfr. BADIAN, E., Foreign Clientelae (264-70 B.C.) Oxford. Clarendon Press, 1958.

del orden cívico, por tanto, la sanción era fundamentalmente sacral, la *sacertas*[42].

Una vez fundada la ciudad presumimos una homogeneización definitiva entre las prácticas de los diferentes grupos gentilicios, que quedaría registrada en los *mores*. De modo que el carácter diferencial de la ciudadanía romana quedará registrado en los *mores*.

Dionisio de Halicarnaso compara la situación de los clientes romanos con los *thethes* y los *penestas* contemplados en la legislación de Solón[43]. Cicerón alude a un cambio en las sanciones a la desobediencia de la clientela —sucesiva a la fundación de la ciudad— con penas pecuniarias lo que constituía un gran avance con respecto a las otras formas de subordinación del entorno[44]. Así parece que la clientela romana es capaz de generar vínculos sociales en su interior con la suficiente duración, permanencia y fuerza vinculatoria como para extenderse en el tiempo y ser considerada "benéfica y social".

En la tradición literaria se recoge una codificación de las relaciones entre clientes y patronos con la fundación de la ciudad. Entre alguna parte de la historiografía romanista, normalmente coincidente con aquellos que definen la institución dentro del marco de la servidumbre, rechazan este origen romuleo que conciben como leyenda[45].

En la perspectiva de nuestro estudio, y sin ahondar en la crítica histórica de los hechos que se narran, nos parece que dentro del proceso de juridificación de instituciones comunes a otros pueblos como es el caso de la clientela efectivamente entre el nacimiento de esta institución, tal y como hemos podido ver, seguramente con bastante anterioridad a la fundación de la ciudad y su posterior regulación en la Ley de las XII tablas, debió existir un proceso por el que la institución paulatinamente se fue uniformando y se pudo recibir en los *mores*.

---

[42] Fiori describe así la *sacertas*: "*Si ricorre perciò alla sacertà: se nessuno può uccidere secondo le regole il colpevole, cada rispetto a lui ogni regola e sia legittimo l'atto di chiunque*" Vid. FIORI, R., *Homo Sacer*. Jovene, Napoli. 1996. Pág. 227.

[43] Gallego, alude, en relación con la poca claridad del léxico que refiere a la clientela ateniense a la existencia de un debate acerca de su propia delimitación Así menciona, entre otros, a: Veyne, Whitehead Finley, Millett, Schmitt-Pantel, Arnaoutoglou, Mossé, Dillon, Zelnick-Abramovitz, Kallet, Jones y Pébarthe. Cfr. GALLEGO, J., *La polis griega*. *Orígenes, estructuras, enfoques*. Editorial de la facultad de Filosofía y letras Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2017, pág. 17.

[44] *Cic*., *De Rep*. *2.9*.

[45] Entre la historiografía reciente: Cfr. ARCARIA, F., y LICANDRO, O., *Storia costituzionale di Roma…* Op. cit. pág. 26.

Aulo Gelio, recoge un orden de prelación entre las obligaciones de cuidado de hijos, de acogida a los huéspedes y de protección de clientes.

> *Seniorum hominum et Romae nobilium atque in morum disciplinarumque veterum doctrina memoriaque praestantium disceptatio quaedam fuit praesente et audiente me de gradu atque ordine officiorum. Cumque quaereretur, quibus nos ea prioribus potioribusque facere oporteret, si necesse esset in opera danda faciendoque officio alios aliis anteferre, non consentiebatur. Conveniebat autem facile constabatque ex moribus populi Romani primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere fidei tutelaeque nostrae creditos; secundum eos proximum locum clientes habere, qui sese itidem in fidem patrociniumque nostrum dediderunt; tum in tertio loco esse hospites; postea esse cognatos adfinesque*[46].

Serrao da credibilidad a la narración de las fuentes literarias sobre regulación de la clientela, y resalta las diferencias entre la regulación precívica y la recogida en la Ley de las XII tablas[47]. En ese sentido, Dionisio de Halicarnaso, como es muy habitual en su obra, contrasta la vigencia de instituciones similares atenienses en las que los clientes eran tratados de manera desdeñosa, casi como siervos. Interesa referir a las obligaciones que nacen de la clientela que vienen recogidas en Dionisio de Halicarnaso:

> Los usos sobre el patronazgo fijados entonces por Rómulo y continuados durante largo tiempo por los romanos eran los siguientes: los patricios debían explicar a sus clientes las leyes que no sabían; en su presencia o ausencia preocuparse de igual manera de hacer todo lo que hacen los padres por sus hijos en cuanto al uso del dinero; entablar procesos en nombre de sus clientes si alguien los engañaba en sus contratos, y defenderlos si eran acusados. En suma, proporcionarles completa seguridad en sus asuntos privados y públicos.
>
> Los clientes, por su parte, debían ayudar a sus patronos a dotar a sus hijas casaderas, si los padres tenían escasos recursos económicos y entregar rescates a los enemigos, si ellos o sus hijos caían prisionero. Si los patronos eran condenados en juicios privados o tenían que satisfacer penas civiles con multas en metálico, los clientes debían pagarlas de su propio dinero, considerándolo no como un préstamo, sino como una muestra de agradecimiento. Como si fueran parientes debían contribuir a los gastos de los cargos, dignidades y los restantes desembolsos para actos públicos.
>
> Era considerado impío y al tiempo ilícito, a ambos por igual, acusarse en juicios, aportar testimonios contrarios, votar en contra o aliarse con los enemigos mutuos. Y si se probaba que alguien lo había

[46] Aul. Gell. *Noct*. *Att*. 5.13

[47] Cfr. SERRAO, F., *Diritto Privato Economia e società nella storia di Roma*. Jovene. Napoli. 1999. pág. 68.

> hecho era reo de traición ante la ley que según la tradición sancionó Rómulo, y era líicito que cualquiera matara al acusado como víctima consagrada al Júpiter subterráneo.
>
> Es bien sabido que era costumbre entre los romanos, cuando se pretendía matar a alguien, sin incurrir en pena, ofrecer su cuerpo a cualquier dios, principalmente a los subterráneos. En consecuencia, los lazos entre clientes y patronos permanecieron durante muchas generaciones sin diferenciarse de los vínculos familiares, transmitiéndose a los hijos de los hijos. Y era un gran elogio para los hombres de ilustres casas tener el mayor número posible de clientes, conservando la herencia de patronazgos familiares y obteniendo otros nuevos por sus propios méritos. Y unos y otros tenían una enorme y extraordinaria competición de buena voluntad por no quedar atrás en agradecimiento: los clientes haciendo a sus patronos todos los servicios que podían; los patricios procurando no molestar en absoluto a sus clientes, y no recibiendo ningún regalo de dinero. Tan superior era para ellos la vida a todo placer, midiendo la felicidad por la virtud, no por la fortuna[48].

En primer lugar, debemos destacar cómo se parangona la relación patrono con su cliente a una relación paterno filial, siendo evidente la relación de subordinación y de respeto del cliente al patrono [49].

De entre las "funciones útiles", referidas por Dionisio de Halicarnaso, que deben prestarse mutuamente patronos y clientes destacan la Información y protección legal por parte de los patronos —lo que alude a su mayor grado de familiaridad con las practicas jurídico-sacrales propias de los patricios; ayuda económica mutua, —que en el caso de la ayuda al patrono se extinguió en fruto de un posterior desarrollo republicano—, prestación de servicio por parte de los clientes; y finalmente la imposibilidad de acusarse mutuamente en juicio, que inferiría la participación procesal que apunta su completa inclusivi-

---

[48] Dion. Hal. *Antiquit*. *Rom*. 2.10.1 al 4.

[49] Así, por ejemplo, en el comentario al Edicto, recoge Ulpiano como el patrón se hace cargo de la responsabilidad que surja por los objetos arrojados desde habitaciones que se hubiesen cedido a libertos o clientes: "*Si quis gratuitas habitationes dederit libertis et clientibus vel suis vel uxoris, ipsum eorum nomine teneri trebatius ait: quod verum est*. *idem erit dicendum et si quis amicis suis modica hospitiola distribuerit*. *nam et si quis cenacularíam exercens ipse maximam partem cenaculi habeat, solus tenebitur: sed si quis cenacularíam exercens modicum sibi hospitium retinuerit, residuum locaverit pluribus, omnes tenebuntur quasi in hoc cenaculo habitantes, unde deiectum effusumve est*". D. 9, 3, 5, 1 (Ulp. 23 *ed*.).

Cicerón en uno de sus escritos más tempranos —*Cic*. *De Inventione 1*. *109*— recoge unas enseñanzas sobre el arte de generar compasión, en una de ellas propone lamentarse del mal trato recibido por personas a las que se ha ayudado y de las que es indigno recibir una afrenta, como por ejemplo los clientes : "*Tertius decimus, per quem cum indignatione conquerimur, quod ab iis, a quibus minime conveniat, male tractemur, propinquis, amicis, quibus benigne fecerimus, quos adiutores fore putarimus, aut a quibus indignum [est], [ut] servis, libertis, clientibus supplicibus*".

dad[50]. Del mismo texto se dimana una cualidad casi familiar de la institución clientelar, como un *status* personal.

Por contra, De Martino enfatizando la vertiente servil de la clientela referida sostiene: *"Gli obblighi del cliente si riassumono nell'obbedienza, nell'ossequio e nelle opere; praticamente tutta la sua attività deve essere rivolta a vantaggio del patrono"*[51]. En general, debemos señalar que el autor, niega la integración de los clientes en la ciudadanía, subrayando su subalternidad[52].

En cualquier caso, la fuerza vinculatoria de la clientela compele a los clientes de la *gens* Fabia luchen contra Veio, o que los de la *gens Claudia* emigren con su patrono como cuenta Livio[53]:

> *Namque Attius Clausus, cui postea Appio Claudio fuit Romae nomen, cum pacis ipse auctor a turbatoribus belli premeretur nec par factioni esset, ab Inregillo, magna clientium comitatus manu, Romam transfugit*[54].

Nos parece que su vinculación a la comunidad gentilicia y por tanto a la comunidad ciudadana queda acreditada por su inclusión en la *gens* y por su participación en el ejército. La participación en el ejercito es precisamente el elemento que les incluye en la ciudadanía mediante su inclusión en las curias, lo que simultáneamente incorpora a los clientes en el ejército y en la vida política de la ciudad[55].

---

[50] La repercusión de esta obligación de no acusarse en juicio se extenderá y su latencia es recogida por Paulo, así en referencia al nacimiento de la acción de hurto dice: *"Si libertus patrono vel cliens, vel mercennarius ei qui eum conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur". D*. 47.2.90 *(Paulus l.S. de poen. paganorum.)*

[51] Vid. DE MARTINO, F., Storia della costituzione romana… Op. cit. vol. I. pág. 38.

[52] En ese sentido afirma: *"Oscura è l'origine della clientela. Il nome sembra accennare ad un vincolo di obbedienza. Se si guarda ai rapporti storici fra clienti e patroni non vi è dubbio che si tratta di una vera e propria classe di rango inferiore, di subordinati, i quali non hanno stato di cittadini e non possono quindi esercitare i diritti da esso dipendenti ; così si spiega l'istituto della f i d e s, che presuppone la mancanza di un vincolo giuridico, nonché la protezione e l'assistenza giudiziaria, che fanno pensare ad un tempo nel quale il cliente non poteva stare in giudizio. Se poi si considera l'obbligo di prestare le operae, giornate di lavoro al patrono, è chiaro che il vincolo antico di subordinazione economica stava alla base del rapporto"*. DE MARTINO, F., Storia della costituzione romana… Op. cit. vol. I. pág. 39.

[53] Liv. 2, 49, 3.

[54] Liv. 2, 16, 4.

[55] En ese sentido nota Valditara:*"Le curie sono la base dell'esercito: i maschi adulti che stanno nelle curie combattono. Nelle curie ci sono anche i clienti delle grandi genti latine e sabine, costoro seguono e votano quello che decide il patrono, l'esponente più eminente della gens a cui si sono aggregati, fornendo le proprie attività lavorative in cambio di protezione. I clienti combattono insieme con i membri romani della gens a cui appartengono. Grazie all'inserimento nelle curie diventano pure loro cittadini"* Vid.

Incluso subrayando carácter militar de la clientela, Ampolo, sugiere la posibilidad de que la escisión de la plebe fuera una rebelión de un grupo de clientes-hoplitas[56].

En torno a la cuestión de si fue admitido el cliente dentro de la ciudadanía conviene observar su participación militar y el elemento de cohesión interna que supone[57].

El modo de pertenencia al orden gentilicio de época precívica apunta a su vez algunos aspectos que se repetirán en el periodo monárquico[58]. De forma que en relación con la pertenencia uno de los aspectos fundamentales en los que se ha de incidir es en el militar, por el que viene el modo de acceso efectivo a las curias. No obstante, algunas autores, entre los que destaca Guarino, los diferencia de los ciudadanos pese a su inclusión en las curias, distinguiéndolos de los plebeyos —ciudadanos sin plenos derechos—, no obstante, no descarta su inscripción en las curias[59]. Por tanto, interesa examinar ahora

---

VALDITARA, G., *L'immigrazione nell'antica Roma, una questione attuale*. Rubbettino Università. Catanzaro. 2015. pág. 12.

[56] En ese sentido el autor los asemeja a los hoplitas: "*Si tenga presente che anche bande al seguito di condottieri, e persino genti con i loro clienti (come i Fabii alla battaglia del Cremerà) potevano combattere come opliti disposti a falange, come certamente facevano aristocratici greci in lotta fra loro o contro tiranni o popolazioni barbariche (Pisistrato e gli Alcmeonidi in Attica, Alceo a Mitilene, Milziade nella Chersoneso, ecc.)*" Vid. AMPOLO, C., *La città riformata* en MOMIGLIANO A., SCHIAVONE A., (Dir.) Storia di Roma Vol. 1. Enaudi. Torino. 1988. pág. 227.

[57] Martínez-Pina remarca: "A este respecto es interesante señalar que la utilización del armamento e incluso de la táctica hoplítica no era algo exclusivo de las instituciones cívicas, donde ciertamente sí tenía un papel destacado en cuanto factor de cohesión y de expresión de un sentimiento de comunidad, lo que a la larga conduce a reforzar la solidaridad entre los ciudadanos. Pero también los ejércitos privados, constituidos por elementos gentilicios y sus clientes, se organizaban a partir de similares principios, siendo por tanto capaces de formar falanges según el esquema hoplítico. Si estas fuerzas centrífugas representan una amenaza implícita para la estabilidad y el desarrollo de las instituciones cívicas, no es menos cierto que su potencia no podía ser despreciada por el poder público, por lo cual, aunque resulte un tanto paradójico, sin duda el ejército admitía en sus filas a estos ciudadanos no ajenos a las prácticas de la guerra". Vid. MARTÍNEZ-PINA, J., Los orígenes de Roma… Op. cit. pág. 245.

[58] En ese sentido, apunta Randazzo:"*Si pensi alla clientela, che può legare anche un non cittadino al capo di una gens, assicurandogli una salvaguardia giuridica, ovvero alla situazione di tutela attribuita a quegli stranieri cui veniva concesso l'hospitium Sobre Attio Clauso"*. Vid. RANDAZZO, S., *Lo statuto giuridico dello straniero e l'hospitium nel diritto romano arcaico*. En ASTORRI, R., y CAPPELLETTI F.A., *Lo straniero e l'ospite*. Diritto. Società. Cultura. Giappichelli. Torino. 2002. pág. 54.

[59] Señala Guarino: "*L'apporto organizzativo di Tarquinio Prisco consistette nel concentrare in un luogo di riunione unico, e precisamente nel Foro, le curiae in cui le tribú erano ripartite. Ne risultò un totale di 30 curiae (dieci per ciascuna tribú), in cui si davano convegno, …, i cives (sia di piena capacità che di capacità limitata) e forse anche i clientes*" Vid. GUARINO, A., *Storia del Diritto Romano*. Jovene. Napoli. 1993.

hasta qué punto fue la clientela un medio de incorporación eficaz a la ciudadanía. Es pertinente cuestionarse si el *status civitatis* estaba abierto a los clientes.

En relación con la clientela, parte de la doctrina subraya la propensión sumisa, obediente, dependiente, o subordinada que está implícita en la institución. Esta característica de la clientela, sin embargo, no la excluiría necesariamente de la ciudadanía dado que como veremos la ciudadanía romana se expresa de forma asimétrica y jerárquica, lo que precisamente facilita su inclusividad.

Palma, ha abordado, recientemente, la cuestión de si la clientela excluye, en los primeros momentos, del *status civitatis* como afirma Magdelain[60]. Palma concibe la clientela como una institución principalmente privada y fundada en la *fides* niega a su vez que fuese reclutada de entre extranjeros, dado que estos tendrían que haber creado una clase diferenciada similar a los metecos griegos, cuya existencia no se recoge en las fuentes y cree en suma que los clientes gozaban de ciudadanía[61].

Todo parece indicar que los clientes, gozaron de ciudadanía como atestigua participación militar. Debido a la transformación de la institución, debemos considerar que en un primer momento los clientes, cuya proveniencia podría ser también extranjera, quedaban vinculados a los patronos y por lo tanto a la *gens* y a la ciudadanía. Sin embargo como descarta Palma no se crea ninguna identidad entre ellos, por proveniencia, hasta el ocaso de la Monarquía y por el influjo de la plebe[62]. Posteriormente la institución incluso antes de su politización definitiva en la República se extendería a la plebe, también de proveniencia extranjera.

A su participación militar se sumaría el hecho de que en los *mores*, recogidos por Dionisio de Halicarnaso, se remita a distintas formas de protección jurídica, así como el impedimento de accionar contra

---

pág. 86. Ribas Alba, en ese sentido sugiere una inclusión por participación militar pero quizá no plena: "Sin embargo, su probable participación en el ejército sugiere que tenían la condición de miembros de la comunidad (ciudadanos a partir del nacimiento del Estado-ciudad), aunque con limitación de algunos derechos, puesto que parece probable que en los momentos fundacionales sólo los integrantes del *populus* poseían la plenitud de los derechos políticos" Vid. RIBAS ALBA, J.M. *Origen del Estado en Roma*… Op. cit. pág. 178.

[60] Cfr. MAGDELAIN, A., "Remarques sur la société romaine archaïque", en *Revue des Études Latines*, n.º49. (1971). págs. 103 y ss. Tomado de PALMA A. *Civitas* Romana, *Civitas* Mundo. Giappichelli, Torino, 2020. págs. 85.

[61] PALMA, A. *Civitas Romana Civitas Mundi,* Giappichelli, Torino, 2020. págs. 85 y ss..

[62] IDEM.

el patrono o el cliente —que, como hemos indicado, se recoge en fragmentos Paulo[63]—, lo que implicaría que participarían del mismo proceso del *Ius civile*.

B. La relación entre la clientela y la plebe en la Ley de las XII tablas

Además de en los *mores,* referidos en la obra de Dionisio de Halicarnaso, encontramos el testimonio de la institución en las XII tablas, donde se recoge:

Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer *esto* [64].

Aquí se recoge que el Patrono, en caso de *fraus*, se hace *sacer*, se ha de notar la ausencia de sanción para el cliente. Se ha hipotetizado esta ausencia como evidencia de la decadencia de la forma arcaica de la institución y causa de su mutación. Este desequilibrio expone en cualquier caso que, a partir de entonces la situación de preeminencia del patrono ya no sería la misma y a su vez descarta, al menos en el momento de la promulgación de la ley de las XII tablas, una posición de servidumbre de la clientela[65].

De Martino, quién niega la verosimilitud del texto de Dionisio de Halicarnaso y que estuviese recogido en los *mores* un comportamiento de mutua ayuda, encuadra el precepto como el primer reconocimiento a los clientes, por lo que, para él significaría una igualación[66]. Acerca de esta ausencia, Bernardi apunta a que la sanción del cliente vendría dada en el ámbito de justicia privada del *paterfamilias,* si bien identifica tal vacío legislativo como un síntoma del decaimiento institucional de la clientela arcaica, auspiciado por las transformaciones económicas del siglo V a. C. [67]. Santalucia por su parte, sostiene

---

[63] *D*. 47.2.90 *(Paulus l.S. de poen. paganorum.)*

[64] XII Tablas. VIII, 21. (Serv., *ad. Aeneida* 6.609).

[65] Sobre la capacidad de sanción de los patronos a los clientes también Vid. *Cic., De Rep. 2.9*.

[66] Considerando la situación anteriore el A. afirma: "*Non meno importante é constatare che, mentre si trova una sanzione contro il patrono, non se ne trovano affatto nei confronti dei clienti, il che puó solo spiegarsi nel senso che essi, sebbene liberi e non schiavi, erano interamente subordinati ai gentili, ai quali dovevano piena obbedienza*" DE MARTINO, F., Storia económica di Roma antica. Tomo I. La nuova Italia, Firenze 1979. pág. 20.

[67] Por ello dice: "*Nessuna punizione è prevista per il cliente mancante ai suoi doveri, ma qui si è nell'ambito della giustizia di competenza del padre, e la legge non vi interferisce. Va tuttavia osservato che questo disinteresse aprirà la strada a un processo di ridimensionamento nell'istituto della clientela, come conseguenza delle trasformazioni sociali del tempo per le tante possibilità nuove di lavoro nell'area urbana in espansione*"

la existencia de una bilateralidad de la *sacertas* que se comportaría como sanción al vinculo fiduciario de la clientela[68].

Para Fiori, el contraste entre lo recogido en los *mores* y la Ley de las XII tablas refiere a una primera transformación de la clientela que tiene lugar en el periodo etrusco[69]. Como ya indicábamos con anterioridad, el nacimiento de la ciudad y la monarquía habrían debilitado la posición gentilicia, lo que a su vez iría debilitando el vínculo clientelar.

En cambio, para otros autores el papel de la plebe será fundamental para que esta desproporción se contemple en el precepto decenviral. Así Serrao la refiere como una norma en sentido único, un precepto de parte, coherente con la lucha plebeya[70]. Fiori, añade a esta explicación por un lado una serie de circunstancias que contribuyen a debilitar este vínculo fiduciario como son las ya aludidas transformaciones económicas, que menoscabaron el papel preponderante de la agricultura, el debilitamiento de los clanes gentílicos, o la existencia de un ejército ciudadano y de ciudadanos ajenos al orden gentilicio a la que sumaría él acercamiento de la Plebe a la clientela[71].

En lo que respecta a su regulación en la Ley de las XII tablas, se protege al cliente contra el patrono con sanciones sacrales. No obs-

---

Vid. BERNARDI, A., Le XII Tavole: i contenuti legislativi. MOMIGLIANO A., SCHIAVONE A., (Dir.) Storia di Roma Vol. 1. Enaudi. Torino.1988. 416

[68] Cfr. SANTALUCIA, B., *Dalla vendetta alla pena* en MOMIGLIANO A., SCHIAVONE A., (Dir.) Storia di Roma Vol. 1. Enaudi. Torino. 1988. pág. 431.

[69] Cfr. FIORI, R., *Homo Sacer*. Jovene. Napoli. 1996. pág. 237.

[70] Serrao refiere los distintos aspectos del cambio y su regulación en los *mores diciendo*: "*Quindi in breve la norma delle XII tavole: aa) è una norma a senso unico, … è solo il cliente, nell'ideologia della norma, che ha bisogno di protezione; bb) è posta, si potrebbe dire, ex parte clientium, mentre quella romulea derivava, chiaramente, ex more gentium ; cc) è coerente con i metodi di lotta, … che si erano sviluppati nella lotta plebea di mezzo secolo; dd) comunque, per una via o per l'altra, ha le sue radici nell'ideologia e nella lotta politica plebea, e si inscrive nel tentativo della plebe di aggregare alle sue lotte lo stuolo dei clienti*." Vid. SERRAO, F. *Diritto Privato Economia e società nella storia di Roma*. Jovene. Napoli. 1999. Pág. 69.

[71] En relación con la plebe, Fiori apunta también al proceso de desacralización del Derecho: "*In più intervengono le lotte della plebe: quest'ultima, al fine di acquistare alla propria causa i clienti, tenta di allentare il vincolo di fides clientelare, trasfigurando e mettendo al servizio dell'azione plebea l'antica norma*. *Se prima la responsabilità della* fraus *ricadeva su entrambi i soggetti del rapporto, adesso sarà considerato* sacer *il solo patrono, mentre per il cliente non vi sarà sanzione*. *Condizione per questo mutamento di prospettiva è naturalmente anche la progressiva laicizzazione del diritto, che inizia con la monarchia etrusca e prosegue con le lotte patrizio-plebee: la possibilità di derogare ad un principio (giuridico-)religioso, ossia ad un valore ritenuto essere solidale con la* pax deorum*, non può che derivare da una visione maggiormente profana del giuridico*" Vid. FIORI, R., *Homo Sacer*. Jovene. Napoli. 1996. pág. 237.

tante el cliente no puede ni testimoniar ni accionar contra su patrono y viceversa[72]. En las fuentes se suele vincular a la plebe con la clientela, sin embargo, eso no significa que sean dos realidades identificables[73]. Llegados a este punto, parece procedente ahondar en el advenimiento de la plebe con el fin de esclarecer su vinculación con la clientela y comprender mejor la integración romana. Debe tenerse en cuenta que la notoria convergencia entre ambas no es originaria. En el origen de la ciudad existe una diferencia entre la inclusión mediata el orden gentilicio y la ocasionada por los grandes flujos migratorios con independencia de la mediación de las gentes. En ese sentido podemos situar un origen sociohistórico de la plebe con autonomía de su inclusión en el orden gentilicio que ya incluiría por su parte a los clientes.

Cuando hablamos de la plebe estamos describiendo a una situación de hecho que viene dada por la toma de conciencia de la identidad de quienes no son *nobilitas*[74]. En cambio, cuando hablamos de clientes, nos estamos refiriendo a una institución concreta, que se despliega de manera jerárquica, en la cual, los clientes están subordinados a los patronos, si bien, se prestan ayudas y servicios de manera bilateral. Es probable que la habitual coincidencia de la posición de patronos y patricios, que entre otras cosas podemos reconocer en su propia raíz léxica, y la subordinación de ambos a estos promueven de alguna manera la identificación de ambas situaciones. Aunque no excluimos abundantes concomitancias, en nuestra opinión no es posible identificar ambas, ya que de hacerlo se perdería de vista la movilidad vertical que se posibilita en la clientela, la cual por su naturaleza obligacional, amparada en la *fides,* goza de una flexibilidad mucho mayor.

En un momento posterior la inmigración comienza a llegar de forma masiva, ya sea de la población proveniente de las ciudades vencidas en guerra, antes mencionadas, ya sea por motivos económicos.

Dentro de un contexto de amplia movilidad, los cambios económicos acaecidos en la Monarquía acrecentaron los flujos migratorios en relación con la necesidad de mano de obra que surgía por las nuevas necesidades de la economía cuyos intercambios mercantiles no se da-

[72] Cfr. DE FRANCISCI, P. *Primordia civitatis*. *Apollinaris,* Roma, 1959, pág. 187.

[73] En ese sentido podemos observar como en las fuentes se las vincula, pero se las distingue. Cic., De Rep. 2, 9, 16.

[74] En este sentido, Cfr. RIBAS ALBA, J.M. *Origen del Estado en Roma*. Op. cit. Madrid, 2018, pág. 178.

ban ya en el ámbito ciudadano sino en un contexto sacro. Lo que denota el crecimiento de la ciudad en detrimento del orden gentilicio[75].

Examinando la efectiva inclusión de estos grupos en la ciudadanía se debe tener en cuenta la *feriae stultorum* como un mecanismo valido para la incorporación directa de estos flujos de extranjeros en la ciudadanía. La *feriae stultorum* viene testimoniada en Ovidio:

> *stultaque pars populi quae sit sua curia nescit, sed facit extrema sacra relata die*[76].

La vertiente religiosa de las curias llevaba aparejada una serie de ritos y ferias de origen agrario. Algunas de las cuales eran conjuntas, entre las anuales existía una fiesta móvil, denominada Fornicalia donde se reunían los miembros de cada curia. Para quienes no sabían cual era su curia o no habían podido ir, se movía esta feria y se la hacía coincidir con el 17 de febrero, las *quirinalia*, denominándose *feriae stultorum*, la feria de los necios[77]. Arcaría y Licandro apuntan a

---

[75] Torelli atribuye a los ya mencionados Asilos —con un acentuado carácter comercial—, una función fundamental en relación con el surgimiento de la clientela: "*Ma il filtro più importante e veramente produttivo ai fini dell'integrazione di stranieri e di elementi provenienti da classi subalterne è quello offerto dai santuari extraurbani, muniti di varie forme di* asilia *e funzionali a un assetto dello scambio non più mediato dal rex o dal princeps, ma che avviene attraverso il santuario, con le relative guarentigie di protezione e di reciprocità offerte dalla divinità. …Mercanti, artigiani, intermediari di condizione sia libera sia servile, non sono ora più alla mercé della prepotenza aristocratica, ma godono di libertà o comunque di guarentigie sacre, che ne fanno elementi essenziali per lo sviluppo urbano, anche se marginali e comunque non sottoposti al vincolo di dipendenza del rapporto sociale di produzione dominante, alla* fides *gentilizia*". Vid. TORELLI, M., Dalle aristocrazie gentilizie alla nascita della plebe. En MOMIGLIANO A., SCHIAVONE A., (Dir.) Storia di Roma Vol. 1. Enaudi. Torino.1988. págs. 258-259. Más recientemente los autores, Arcaria y Licandro confirman la existencia de estos asilos: *"Gli scavi archeologici hanno poi dimostrato che un altro canale di potenziamento della popolazione di provenienza straniera e socialmente subalterna furono gli* asilia *offerti dai santuari extraurbani che nacquero proprio in questo arco temporale nel mondo latino ed etrusco"*. Vid. ARCARIA, F., y LICANDRO, O., *Storia costituzionale di Roma…* Op. cit. pág. 72.

[76] Ovid. Fasti. 2, 530:

[77] En ese sentido lo explica Martínez-Pina: "El *curio maximus* determinaba la fecha de reunión de cada curia, pero para aquellos que no habían podido acudir el día que les correspondía o bien porque desconocían cuál era su curia, el día 17 de febrero, coincidiendo con los *Quirinalia*, podían cumplir con su obligación de curiales; por esta razón la festividad era conocida también con el nombre de *stultorum feriae*, esto es, «fiesta de los necios»" MARTÍNEZ-PINA, J., *Los orígenes* de Roma… Op. cit. Pág. 180. Por otra parte, Ribas Alba describe la vinculación entre la función religiosa, agrícola y censal: "Parece evidente que este esquema doble *Fomacalia Quirinalia* cumplía en sus orígenes una función censal, de recuento de la población de cada una de las curias, es decir, de confirmación y nueva incorporación de los individuos que pertenecían a cada una de ellas. Esta conclusión puede encontrar su fundamento en lo que sabemos de otra fiesta muy antigua, que debemos encuadrar también en la

una política favorable a la incorporación en la ciudad, considerando la *feriae stultorum,* como una *fictio*[78].

C. La Institución a partir de las *Leges Liciniae Sextiae*

Tras la crisis del orden gentilicio, y su sustitución por el orden patricio-plebeyo de la República y a partir de las *leges Liciniae Sextiae*, se desarrolló un proceso de politización de la institución clientelar. En relación con la integración del extranjero se expresa sobre todo en los patronazgos cívicos, que anticipaban la concesión de latinidad o de ciudadanía. Los patronazgos cívicos perpetuaron la confusión entre *amicitia*, *hospitium* y clientela, así en tiempos de Mario y de César. A partir de entonces, una vez debilitado el fuerte vínculo fiduciario que incluía a los clientes dentro del orden gentilicio y familiar, aumento la llegada de clientes no necesariamente vinculados ni a la *gens* ni a la ciudad. La clientela es una institución, a mi juicio, abierta en cuanto a su delimitación y contenido, sobre todo durante la República y que, en su desarrollo, pasa de una definida subordinación, con obligaciones recíprocas, a una relación más general, *amicitia,* con intereses bilaterales. Así, asume diferentes funciones, en las que entra en relación con otros institutos como el *hospitium,* y empezará a cumplir otras funciones como las de respaldo durante el exilio de los patronos[79]. En ese sentido, su condición inicial de *status perpetuo*

Roma de la época protourbana: las *Feriae Sementivae* o Paganalia, una fiesta móvil (*conceptivaé*) de finales de enero, vinculada, como los *Fornacalia* con el ciclo agrícola del farro, pero con una función política de primera importancia. Nacía el nuevo grano y también el nuevo año". Vid. RIBAS ALBA, J.M. *Origen del Estado en Roma*… Op. cit. pág. 202.

Torelli subraya como la forma *ne quis scivit* replico el mismo proceso en las centurias: *"Già le strutture politiche, sin dalla prima fase urbana, recuperando la dimensione ugualitaria di epoca preurbana, avevano creato forme di integrazione di stranieri, ritualmente definiti «distratti», attraverso la festa delle* ferìae stultorum*, celebrate nelle curiae per gli stulti, i «distratti» appunto, dimentichi della curia di appartenenza. La stessa formula viene replicata nella centuria ne quis scivit dell'ordinamento «serviano», sempre per attribuire a una centuria i «distratti»"*. Vid. TORELLI, M., *Dalle aristocrazie gentilizi*e… Op. Cit. pág. 258.

[78] Arcaría y Licandro en relación con las formas de los diferentes movimientos migratorios afirman: *"I costanti fenomeni migratori producevano una mobilità sia orizzontale anche a livello elevato, quali i gruppi gentilizi o affini come i gruppi di* sodales *che si integravano nel tessuto cittadino già a livello di ceti dominanti, …e in ciò venivano corrisposti da una politica di favore e di integrazione nelle strutture cittadine di cui si serba traccia nelle* feriae stultorum*, cioè dei 'distratti' che avevano dimenticato la curia di appartenenza (una chiara fictio)"* Vid. ARCARIA, F., y LICANDRO, O., *Storia costituzionale di Roma…* Op. cit. pág. 72.

[79] Cfr. ZAHERA GARCÍA, A., *El exilio voluntario en Polibio* 6.14.7. en PIRO, I., (coord.) Scritti per Alessandro Corbino. Vol.7. Libelula. Tricase. 2016. pág. 607.

y hereditario, por el que estarían vinculados a la *gens,* al diluirse su carácter de status, se iría perdiendo. En este proceso, al fin de la segunda guerra púnica y con el grandísimo flujo de inmigración, la clientela se convertiría en un vínculo difuso y abierto, con la realidad social y negocial de la comunidad romana.

Refiere Capasso que la clave jerárquica en la clientela tendería a desaparecer, quizá por influjo griego, al final de la República, para mantener la apariencia de una formal igualdad[80].

Posteriormente con la República y principalmente con la paulatina igualación de derechos políticos, —que al amparo de la *Leges Licinae Sextae*, se empezó a constatar—, la clientela se iría transformando en un medio cada vez más abierto y una condición cada vez más mutable, cuya función y obligaciones empezaran a inclinarse hacia la influencia política. De forma qué, en el ocaso de la República la naturaleza de la clientela se habría ido debilitando, abandonando su hondo carácter familiar y fundamentándose en su índole reputacional y jerárquica, en base a una potencial influencia y una credibilidad mutable, como ilustra fielmente Cicerón:

> *Sed cum in hominibus iuvandis aut* mores *spectari aut fortuna soleat, dictu quidem est proclive, itaque volgo loquuntur, se in beneficiis collocandis* mores *hominum, non fortunam sequi. Honesta oratio est, sed quis est tandem, qui inopis et optimi viri causae anteponat in opera danda gratiam fortunati et potentis? A quo enim expeditior et celerior remuneratio fore videtur, in eum fere est voluntas nostra propensior. Sed animadvertendum est diligentius, quae natura rerum sit. Nimirum enim inops ille, si bonus est vir, etiam si referre gratiam non potest, habere certe potest. Commode autem, quicumque dixit, 'pecuniam qui habeat, non reddidisse, qui reddiderit non habere, gratiam autem et, qui rettulerit, habere et, qui habeat, rettulisse'. At qui se locupletes, honoratos, beatos putant, ii ne obligari quidem beneficio volunt; qui etiam beneficium se dedisse arbitrantur, cum ipsi quamvis magnum aliquod acceperint, atque etiam a se aut postulari aut exspectari aliquid suspicantur, patrocinio vero se usos aut clientes appellari mortis instar putant*[81].

[80] Así lo refiere Capasso a propósito de Cesar: *"quando parla di patronus e di clientes: ciò fa supporre una possi bile vicinanza tra i costumi romani e galli o anche intento di romanizzazione, dato l'uso di termini romani per descrivere relazioni cliente ari tra Galli che sostanzialmente si espletavano tra comunità politiche. L'interessante giustificazione che l'a. fornisce a riguardo mette in luce la demagogica scelta di diffondere il mito della formale uguaglianza, forse per non innescare la presa di coscienza di soggezione e sudditanza, preferendo cosí termini come hospitium e amicitia"*. Vid. CAPASSO, S., "Il patronato civico durante la Repubblica e il Principado en INDEX, n.º 44, (2016). pág. 169. (Recensión Sobre NICOLS, J., Civic Patronage in thè Roman Empire, "Mnemosync. Supplement. History and Archaeology of Classical Antiquity, 365". Brill, Leiden- Boston, 2014).

[81] Cic. *De Off*. 2.69.

La clientela durante la República asumirá diferentes valencias y funciones. Como indica Luraschi, la clientela irá asumiendo a lo largo de la República diferentes cualidades, así podrá comportarse como clientela militar[82]. El mismo A. indica como la clientela durante la República, funciona como medio de integración y se convierte en el preludio perfecto para la concesión de ciudadanía a los itálicos al mantener la idiosincrasia de la ciudad, su jerarquía y gradación[83]. Reigadas ofrece al respecto un ejemplo concreto en los censores Valerio y Antonio en relación con su expectativa de clientela[84].

El poder político añade nuevos modos de desarrollo clientelar, desvinculándolo del orden gentilicio, en tanto en cuanto, a partir de la *Leges Liciniae Sextae* y la participación de la plebe en los cargos públicos, la clientela política habrá cambiado totalmente su inicial naturaleza. Estos cambios políticos, coadyuvaran por su parte al crecimiento de clases intermedias. En conjunción con los numerosos cambios comerciales, potenciará el advenimiento de la clase ecuestre que encuentra su fortuna en los intercambios mercantiles[85]. La agrupación de clientes vertebrará los ascensos en la política romana,

---

[82] Señala Luraschi: "*Le conseguenze di un simile comportamento saranno amplificate dall'arruolamento volontario, che non sarà stato una novità assoluta e neppure una riforma definitiva, ma che cèrtamente ebbe l'effetto di trasformare in modo radicale il rapporto fra imperator ed* exercitus*, fra* exercitus *e res publica, segnando la nascita ed il repentino trionfo delle clientele militari. La prova si ebbe subito, quando, proprio nel 100, grazie ai veterani mariani, la lex agraria di Saturnino riuscì a passare nonostante la durissima opposizione del senato e dei tribuni*". Vid. LURASCHI, G., "La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo" en SDHI. n.º 61, (1995). pág. 32.

[83] Sobre la incorporación a la ciudadanía de los itálicos en relación con la clientela, remarca Luraschi: "*In conclusione dobbiamo credere che l'oligarchia romana non temesse gran che, neppure dal punto di vista politico, l'incorporazione degli Italici, fidando, come sempre, nella sua sperimentata capacità di assorbirne, attraverso le clientele, le classi dirigenti, cui la legavano la solidarietà di ceto e di interessi. Anzi, io sono convinto che sino ad allora l'estensione della civitas, in ogni sua forma, si fosse sempre tradotta in un consolidamento della* nobilitas *e dello* status quo". Vid. LURASCHI, G., "La questione della cittadinanza…" Op. Cit. pág. 48.

[84] Respecto al aumento de las clientelas de los censores Valerio y Antonio, contemporáneos de Mario y la concesión de la ciudadanía a los itálicos dice el A. : *"En cuanto a las operaciones del censo, nuestros dos censores —antiguos amigos de Marius— no sólo no cuestionaron las concesiones de ciudadanía —y consecuente inscripción en el censo— realizadas por éste en el campo de batalla, sino que parece que no tuvieron ningún reparo en admitir en las listas del censo a un buen número de itálicos, en especial, aquellos que por su influencia pudiesen servir mejor a los propósitos políticos de ampliación de clientelas"*. Vid. REIGADAS, E., *Censura y Res Publica*. Publicaciones de la universidad pontificia comillas. Madrid, 2000. *pág. 426*.

[85] Cfr. D'ORTA, M., *Dalla morfogenesi alla struttura del diritto commerciale*. En D'ORTA, M., *Diritto e Storia. Percorsi in sinergia*. Giappichelli. Torino. 2020. págs. 211-236. *Passim*.

obligando a que los *novi homines,* de la clase *equestre,* para conseguir prosperar, tengan que aumentar su influencia clientelar[86].

Este afán de engrandecimiento de las clientelas se extiende y generaliza en época republicana. Así, y en relación con la concesión de ciudadanía, refiere Reigadas el caso del censor Licinio que, bajo la influencia de Cesar, pretendió la concesión de ciudadanía a los traspadanos, pretendiendo quizás agrandar y extender su clientela[87]. En este sentido, la eficacia de la politización de la clientela, se hace sentir incluso en la más digna magistratura republicana.

III. LA PERENNE INCLUSIVIDAD DE LA INSTITUCIÓN

Con anterioridad a la forma que asumirán los patronatos cívicos como expansión de las clientelas provinciales, la clientela funcionó como una primera forma de integración mediante el trato obligacional privado con los patronos, determinando la inscripción en las curias.

Debe admitirse que la funcionalidad de la clientela como medio de incorporación a la ciudadanía decayó, en su forma inicial, para volver a servir para el acceso a la ciudadanía durante la guerra social y en la plenitud republicana. Llegado ese momento la clientela, en su forma de patronato cívico, se confunde con el *hospitium publico*[88].

La clientela, asimismo, fue capaz de incluir en el tejido social romano al extranjero, ya en sus inicios como forma abierta de inclusión, primero en la *gens* luego también en la ciudad; ya durante la tardía república con una clara finalidad política, motivando a los patronatos cívicos a hacer concesiones de ciudadanía en tiempos anteriores a la Guerra Social[89].

---

[86] Cfr. CASSOLA, F., *Lo scontro fra patrizi e plebei*. En MOMIGLIANO, A., SCHIAVONE, A., (Dir.) *Storia di Roma…* vol. I. Op. cit. pág. 477.

[87] Vid. REIGADAS, E., *Censura y Res Publica*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 2000. Pág. 460.

[88] A.e. se define *applicatio* "ius applicationis" como el acto por el cual un extranjero fija su residencia en Roma y se coloca como cliente bajo la protección de un ciudadano. Vid. DOMINGO OSLÉ, R. (Coor.), Textos de Derecho Romano. Aranzadi. Elcano. 2002. pág. 443.

[89] En ese sentido, Valditara la inscribe dentro de la propia dinámica romana de integración, al decir: *"Dall'inserimento nelle curie dei clienti, che non erano necessariamente cittadini, alla annessione di Alba Longa, alla estensione della cittadinanza agli immigrati benestanti effettuata da Servio Tullio con la sostituzione di distretti territoriali per la leva al posto di quelli genetici e parentali, questa fu sempre, fin dalle origini, la politica romana"* Vid. VALDITARA, G., *L'immigrazione nell'antica Roma…* Op. cit. pág. 36.

Afirma Andrés Santos: "La obligatoriedad de las relaciones que caían bajo la clientela la garantizaban más bien modos de comportamiento y actitudes como la *fides* o la *pietas*, pero también la *moderatio/temperantia*, el *consilium*, la *constantia*, la *clementia*, la *gravitas*, la *fortitudo*, la *patientia*, la *dignitas*, la *humanitas* o la *probitas*, por mencionar solo algunos ejemplos pregnantes. En la realización de tales valores esenciales se basó la capacidad de funcionar de la clientela romana en todas las épocas…"[90].

En conclusión, la clientela, durante toda su vigencia actualizó el *telos* integrativo romano— recogido, entre otros episodios, en el Asilo de Rómulo[91]—, encarnando vigorosamente los *mores*.

[90] Vid. ANDRÉS SANTOS, F.J. *Roma, instituciones e ideologías políticas* … Op. Cit. págs. 110-111.

[91] Visible entre otros en Salus. *Bell. Cat*. 6.2. Liv. *Ad Urb Cond*. 1.7.2-3, o Plut. *Rom*. 11.2.

FERNANDO VII, REY *PLENO* POR LA GRACIA DE DIOS. DEFINICIÓN Y MARCO JURÍDICO DEL "DELITO POLÍTICO" EN SU REINADO 1808-1833

FERNANDO VII, ABSOLUTE KING BY THE GRACE OF GOD. DEFINITION AND LEGAL FRAMEWORK OF "POLITICAL CRIME" IN HIS REIGN 1808-1833

DIEGO HINOJAL AGUADO

(UNED) - Investigador en formación en la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, Programa de Doctorado en Unión Europea.

Sumario: *Introducción. I. Fernando VII Rey Pleno por la Gracia de Dios. II. Los delitos políticos durante su reinado. III. La represión de los delitos políticos. IV. Conclusiones. V. Fuentes Archivísticas y Bibliográficas.*

Resumen: En el marco de un estudio más extenso, resaltamos la figura del monarca Fernando VII y la defensa a ultranza de su soberanía absoluta, en una etapa de crisis de la monarquía marcada por el tránsito hacia el nuevo Estado liberal. La represión definirá su reinado en un intento de erradicar el Liberalismo por todos los medios tradicionales y también algunos nuevos. Porque, para el absolutismo fernandino, los defensores del *sistema constitucional* eran considerados como los peores criminales para el *Trono* y el *Altar*, y *reos del crimen de lesa Magestad humana y divina*. En su persecución no sólo se empleó la Justicia del Rey, sino que tuvieron gran protagonismo las jurisdicciones especiales eclesiástica y militar. Finalmente, y después de superar las reformas promovidas durante los lapsos liberales de su reinado, gracias a la concentración de poder en manos del monarca,

la represión de los delincuentes políticos fue dirigida desde palacio. Labor en la que destacaron, siguiendo los dictados del monarca absoluto, la Secretaría o ministerio de Gracia y Justicia, la Superintendencia General de Policía del Reino y la difusión de una legislación represiva, vía Real decreto.

Palabras clave: Delito político, Fernando VII, Absolutismo, Liberalismo, Represión.

Abstract: We highlight the figure of the monarch Ferdinand VII and the staunch defense of his absolute sovereignty in a period of crisis for the monarchy marked by the transition to the new liberal State. The repression will define its reign in an attempt to eradicate Liberalism by all traditional methods and also some new ones. At the Ferdinand's Absolutism, the defenders of the constitutional system were considered as the worst criminals for the *Throne* and the *Altar*, and guilty of the crime *of lesa Magestad humana y divina*. In his persecution, special ecclesiastical and military jurisdictions played a leading role, because of the crisis of King's Justice. Finally, and after overcoming the reforms promoted during the liberal periods of his Reign, thanks to the concentration of power in the hands of the monarch, the repression of political criminals was conducted from the palace. Where the Ministry of Grace and Justice, the General Police Superintendence of the Kingdom and the dissemination of repressive legislation had all the leadership.

Keywords: Political Crime, Ferdinand VII, Absolutism, Liberalism, Repression.

Recepción original: 06/02/2022

Aceptación original: 17/03/2022

> *Llegamos, por fin, al exámen de otra clase de reos, que ha sido muy numerosa en estos últimos tiempos, cuanto mas frecuentes han sido también las ocasiones para delinquir, en unas épocas en que los gobiernos han tenido que castigar los mismos delitos de que los gobernantes no se hallaron exentos á su vez. En una época en que los partidos vencedores han hecho sufrir á los vencidos unas represalias que las circunstancias justificaban, a pesar del espíritu de equidad con que se procuraba ocultar las mas pequeñas venganzas, nada estraño es que el número de reos políticos fuera mas considerable. Sin contar la pena de muerte, que de medio siglo á esta parte ha ofrecido cuadros demasiado frecuentes para que se olvide todavía su memoria, no son los presidios los que menos número de víctimas han recibido por espacio de muchos años. "Los crímenes contra la seguridad del Estado y contra la persona del sobera-*

no tienen muy funestas consecuencias", decía en la tribuna francesa un orador ministerial; son incalculables los perjuicios que puede producir la simple tentativa de estos crímenes…

… ¿por qué cuando los vencedores declaran reos á los vencidos, les han de considerar como asesinos infames? ¿No es esto perpetuar una serie de represalias que no tendrán fin en mucho tiempo, porque en mucho tiempo no se consolidará la paz de la Europa? ¿cómo? ¡antes de llegar á los honores se puede ser conspirador, se puede atacar al gobierno constituido, se pueden eludir sus disposiciones, se puede ser criminal; y obtenidos aquéllos, todos estos pasos han de ser tenidos por criminales y pecaminosos! Tú, partido ciego que venciste ¿por qué declaras reos á tus contrarios, cuando les obligas á adorar al mismo que fue conspirador contigo, y hoy le elevas en tus altares? …

… que esta clase de reos exige unos miramientos que á los reos comunes no le es dado dispensar: que ni era decoroso confundirles en traje, ni en trabajo; porque no puede prever si el que allí entró proscrito, humillado y pobre, presentará despues estos harapos para colgarlos al lado de sus condecoraciones cuando triunfen sus principios!

Vicente Boix, 1850[1]

INTRODUCCIÓN

Con el texto inicial pretendemos hacer reflexionar sobre la visión que tenía la sociedad liberal del siglo XIX, sobre la gravedad de la persecución que habían sufrido algunos coetáneos suyos al final del denominado *Antiguo Régimen*. Esta reflexión se hace necesaria porque la mayor parte de lo que hasta ahora conocemos sobre la represión producida en el reinado de Fernando VII, nos ha llegado en gran parte de las memorias justificativas o historias sobre los *héroes* o *mártires* del Liberalismo, escritas o publicadas en el *Nuevo Régimen*, por los que sobrevivieron al último de los reyes *por la Gracia de Dios*, con el riesgo de parcialidad que conlleva su utilización. Todo ello provocado por la pérdida y dispersión de documentación primaria, que ha dificultado el estudio del reinado de Fernando VII, y que se ha paliado con la utilización de esas crónicas o memorias publicadas con el triunfo del Liberalismo.

Para el presente trabajo nos hemos centrado en la figura del monarca Fernando VII y en la represión que se generalizó para recupe-

[1] BOIX, Vicente, *Sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia*, Imprenta del Presidio, Valencia, 1850, págs. 204-208. El autor, cronista de la ciudad de Valencia, dedica la obra sobre el sistema penitenciario valenciano al General Narváez el 8 de julio de 1850.

rar su soberanía absoluta tras las experiencias constitucionales. Por dicho motivo, en la primera parte nos centramos en la influencia desconfiada, timorata y vengativa del Rey, que se advierte en la extensión de la nueva legislación que sin romper con la penalidad del llamado Antiguo Régimen, a través de reales decretos, se multiplicó a petición del monarca para erradicar a los delincuentes políticos, a los que consideraba muy perjudiciales para los intereses de su corona.

En la segunda parte, recorreremos su reinado para advertir el cambio en la consideración que tuvo la delincuencia política provocada por los cambios en el Estado: Los traidores o infidentes *Afrancesados* que colaboraron con el gobierno *Intruso* de José Bonaparte durante la ocupación napoleónica; los *reos de lesa majestad humana* y también *divina* que habían sido influidos por las nuevas ideas revolucionarias tan contrarias a la soberanía total del monarca, y eran considerados herejes por la Iglesia; los delincuentes de Estado, que en los periodos de gobierno liberal atacaron la Constitución, las Cortes y el Estado; y finalmente, la generalización de la represión que se empleó contra cualquier ataque que el Rey considerara lesivo hacia su total soberanía.

En la tercera parte se atiende al aparato institucional y jurisdiccional de la monarquía empleado en gran parte para erradicar el Liberalismo, a pesar de los graves conflictos de competencias generados, en los que la jurisdicción castrense salió reforzada. Tras recibir la ayuda exterior de los Cien Mil Hijos de San Luis, Fernando VII institucionalizó su régimen gracias a la concentración de poder en su gabinete. Por dicho motivo, las *Secretarías de Estado y del Despacho* tuvieron gran protagonismo en la erradicación del sistema constitucional, destacando la actuación de Gracia y Justicia, y sus reales decretos adaptados a las exigencias del Rey.

Finalmente, llegamos a las preceptivas conclusiones y a las fuentes empleadas. Advirtiendo que la dispersión y eliminación de documentación relacionada, ha dificultado el estudio de la represión política en el primer tercio del siglo XIX. Por dicho motivo, gran parte de los trabajos de investigación basados en fuentes secundarias han fomentado aún más si cabe, la negativa imagen del reinado de Fernando VII. Sin embargo, la persecución de los *delincuentes políticos* alcanzó unas cotas, por las que es fácilmente percibida hasta en la documentación local, a pesar de la falta de la mayor parte de las causas políticas por su expurgo continuado.

A lo largo del estudio hemos podido comprobar como el Rey Fernando VII utilizó los medios que tenía a su alcance, conspiró y

presionó para perseguir y castigar a los considerados como peores delincuentes para sus sagradas persona y corona, que la divina providencia le había otorgado. Las nuevas ideas produjeron un cambio en la concepción del Estado, fomentando la libertad del individuo y el fin del despotismo con la separación de poderes, muy contrarios a sus intereses y pensamiento.

I. FERNANDO VII, *REY PLENO POR LA GRACIA DE DIOS*

A la delincuencia común, robos, asesinatos, delitos de índole sexual, el fraude y el contrabando, los motines por crisis de subsistencias etc., se une una nueva forma de contestación al poder establecido de difusos límites en sus inicios. Esta delincuencia denominada más tarde de política, provocó un cambio en la percepción de la Corona, por su gravedad, modificando los medios para combatirla[2]. Según Francisco Tomás y Valiente estos delitos son, *los que el rey se siente personalmente ofendido. Todo lo que perjudique, lesione o atente contra los intereses de la Monarquía, se estima lesivo contra la majestad personificada: el Rey*[3]. En palabras de la época*, crímenes de Lesa Magestad humana* y a veces *divina* también, por la condición mixta existente en la figura del monarca y en este tipo de delitos. En los que la condición humana era la traición, *infidencia* o deslealtad al rey, y la condición divina era la herejía. Lo que explica, la confusión entre las jurisdicciones eclesiástica o Inquisitorial y la Real, y que la represión o persecución de estos delitos, inicialmente estuviera en manos de la primera, a causa de la consideración herética de las ideas liberales.

Fernando VII rey deseado y detestado, desde su infancia recibió una formación marcada por el odio, el miedo, o la desconfianza, lo que se traducirá en su espíritu profundamente cobarde, desleal y vengativo[4]. Sin embargo, utilizó la propaganda de forma notable para mantenerse en el poder, a pesar de los graves problemas que tuvo que afrontar para perpetuar su régimen. Actuó con una doblez extrema que sufrieron sobre todo los liberales, propiciando la negativa ima-

[2] MARTÍNEZ RUÍZ, Enrique, "Policía, Delincuencia Política y Corrupción en Madrid a finales del siglo XVIII", *Madrid. Revista de arte, geografía e historia*, N.º 8, 2006, págs. 57-86; también en *La Seguridad Pública en el Madrid de la Ilustración*, Ministerio del Interior, Madrid, 1988; y *Policías y Proscritos. Estado, Militarismo y Seguridad en la España Borbónica (1700-1870)*, Editorial Actas, Madrid, 2014.

[3] TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "Derecho penal de la Monarquía absoluta (S. XVI, XVII y XVIII)", *Obras Completas*, CEPC, Madrid, 1997, Tomo I, pág. 361.

[4] LA PARRA LÓPEZ, Emilio, *Fernando VII. Un rey deseado y detestado*, Tusquets, Barcelona, 2018, págs. 59-67.

gen posterior de *Rey detestado* o *Rey Felón*. Por un lado, hacía gala de clemente, incluyendo en sus decretos textos como el siguiente: *Imitad el ejemplo de vuestro REY, que perdona los extravíos, las ingratitudes y los agravios sin mas excepciones que las que imperiosamente exigen el bien público y la seguridad del Estado*[5], pero si una palabra definió su reinado, fue la de *represión*.

Fue *el primer Monarca que reinó en España por la gracia de Dios y de la Constitución, breve tiempo y malamente, fué el deseado Fernando VII, el más popular de cuantos reyes gobernaron a la nación española*[6]*, De todos los Austrias y Borbones que con mayor o menor fortuna reinaron en España, no hubo ninguno más deseado y popular, ni que dejase más ominoso recuerdo que el VII Fernando*[7]. Sin embargo, pese a todo lo escrito sobre su reinado, tuvo el apoyo del pueblo desde su irrupción en escena en la Guerra de la Independencia, circunstancia que explica los vaivenes ocurridos en su reinado y su permanencia en el trono pese a pronunciamientos de uno y otro signo[8].

Su soberanía, será objeto de defensa a ultranza o de ataque a favor de la división de poderes. A lo largo de su reinado, las excepciones incluidas en los indultos decretados ante eventos señalados, como bodas y nacimientos en la familia real, nos indican cuales eran los peores delitos para el monarca. Nunca perdonaría a los causantes de la merma de sus prerrogativas. Ya que una y otra vez se reiteraba que *los reos de crimen de lesa Magestad divina o humana,* no se encontraban entre los indultados, aunque esto era común en el Antiguo Régimen[9].

Por dicho motivo, el carácter vengativo del monarca se aprecia mejor en la abundante legislación promovida para la represión del liberalismo. Entre la que podemos incluir, la *Real cédula de SM. y Señores del Consejo, por la cual se concede indulto y perdon general, con*

[5] NIEVA, Josef María, *Decretos del Rey Nuestro Señor Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1824, Tomo VIII, págs. 331-332, Real cédula de 01-05-1824.

[6] MARTÍNEZ DE VILLAURRUTIA, Wenceslao, *Fernando VII Rey Constitucional*, Librería Beltrán, Madrid, 1922, pág. 8.

[7] MARTÍNEZ DE VILLAURRUTIA, Wenceslao, *Fernando VII Rey Absoluto*, Librería Beltrán, Madrid, 1931, pág. 214.

[8] MORENO ALONSO, Manuel, "La *Fabricación* de Fernando VII", *Ayer*, N.º 41, 2001, págs. 19-30.

[9] En el Antiguo Régimen el indulto era un arma de poder de los monarcas absolutos, y era negado para los crímenes de *Lesa Magestad divina* o *humana*. Incluso en los periodos constitucionales del reinado existen ejemplos de continuidad, como ocurre con los Decretos XII de 21-11-1810, CLXV y CLXVI de 25-05-1812, LXXXVII de 3-05-1814. En el Código Penal de 1822 se adaptará la noción de *crímenes de Lesa Magestad* a los nuevos tiempos como crímenes de Estado, pero tampoco existía la posibilidad del indulto.

revelacion de las penas corporales ó pecuniarias en que hayan podido incurrir, á todas las personas que desde principios del año de 1820 hasta el dia .º de Octubre de 1823 hayan tenido parte en los excesos y desórdenes ocurridos en estos Reinos con el objeto de sostener y conservar la pretendida constitucion de la Monarquía, con tal que no sean de las que se mencionan y exceptúan en el Real decreto inserto[10]. El indulto y perdón general de mayo de 1824, parecía más una lista de causas contra los promotores del liberalismo, que una norma emanada de la clemencia del rey, porque desde el inicio nos informa de la existencia de graves penas para los revolucionarios.

En el llamado libro verde, Fernando VII había incluido su particular lista negra, que parece resumirse en las excepciones del perdón general. En el artículo segundo se incluían quince excepciones que calificaban a los que consideraba como peores delincuentes. Se trataba de los hechos en los que el monarca se había sentido más ofendido, cuando había tenido que ceder su soberanía ante los revolucionarios de 1820, y había tenido que jurar la Constitución de Cádiz. Incluso se llegó a responsabilizar *con sus personas* a los oficiales encargados de la custodia de los *reos de Estado* excluidos de la amnistía, si éstos conseguían escapar de sus prisiones[11].

Por citar otro ejemplo, incluso en momentos de debilidad del rey, en la Real cédula de 20 de octubre de 1832, decretada por la Reina Gobernadora, *por la cual se concede la amnistía mas general y completa, de cuantas hasta el presente han dispensado los Reyes, á todos los que han sido hasta aqui perseguidos como reos de Estado, con sola la excepcion que se expresa*, se confirma, que mientras viviera Fernando VII no existiría perdón para …*los que tuvieron la desgracia de votar la destitucion del REY en Sevilla, y los que han acaudillado fuerza armada contra su soberanía*[12].

Finalmente, Fernando VII gobernó a fuerza de decretos para agilizar la represión en momentos críticos, como ocurre durante los años 1824 y 1825, y sobre todo ante los movimientos revolucionarios de 1830. Por citar de nuevo al Marqués de Villa-Urrutia, *mantener su régimen absoluto a base de crueldad y violencia, sustituyendo la ley por el decreto, expresión del soberano antojo, al que estaban sometidos los fallos de los Tribunales de justicia y del que dependían la vida, liber-*

[10] NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1824, op. cit., págs. 325-333, Real cédula de 01-05-1824.

[11] *Ibidem*, pág. 370, Real orden de 24-05-1824.

[12] NIEVA, Josef María, *Decretos del Rey Nuestro Señor Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1833, Tomo XVII, pág. 224, Real cédula de 20-10-1832.

tad y hacienda de los maltrechos y esquilmados españoles, era la única preocupación de Fernando VII[13].

II. DELITOS POLÍTICOS EN EL REINADO DE FERNANDO VII

Delito político no fue una expresión incluida en recopilaciones legislativas del Antiguo Régimen, y tampoco fue utilizada durante el reinado de Fernando VII, a excepción de contadas ocasiones en los lapsos liberales. Se ha decidido su utilización en el presente trabajo para un mejor entendimiento, aunque se trata de algo bastante indeterminado y de difícil delimitación, sobre todo para el siglo XIX. Sin embargo, el estudio de los orígenes de estas amenazas al poder establecido y sus primeras respuestas facilita la comprensión de hechos actuales, y de las diversas consideraciones políticas y sociales que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo. Por otra parte, nos encontramos en el estudio de los orígenes de las intolerancias, sobre todo políticas, que han marcado la historia del siglo XIX en España, llegando incluso algunos de sus efectos negativos hasta la actualidad.

Los conflictivos inicios del reinado generaron una amplia división de la sociedad española. El rey a la cabeza del *partido* contrario a Godoy se hizo con la corona de su padre Carlos IV, para entregársela al intrigante Napoleón. Después fue cedida al hermano del emperador, José Bonaparte. Y finalmente devuelta a Fernando VII, en una larga guerra que los *patriotas* libraron en su nombre, *el Deseado*. Tras conseguir su libertad desde su encierro en Valençay de acuerdo con Napoleón, y regresar a España, esos patriotas vencedores pretendieron obligarle a aceptar la revolución que significaba la Constitución de Cádiz: el fin del Antiguo Régimen. Algo que era totalmente contrario a lo que el monarca entendía que la providencia divina le había otorgado: el gobierno absoluto.

La lucha por la implantación definitiva del Liberalismo en España marcará y definirá, esos cambios de consideración que sufrirá la delincuencia política, en las diversas etapas de su reinado. La traición o *infidencia* de los *Afrancesados* durante la Guerra de la Independencia, se convirtió en *crimen de lesa Majestad* con el regreso del absolutismo, pero durante el Trienio Liberal fue transformada en delitos de Estado.

[13] MARTÍNEZ DE VILLAURRUTIA, *Fernando VII Rey Absoluto*, op. cit., pág. 123.

II.A. *Afrancesados y patriotas liberales*

Afrancesado y *afrancesamiento* son conceptos tan difíciles de definir como el de delito político, sin embargo, durante la Guerra de la Independencia se configuraron como la personificación misma de la traición, a pesar de que se puede considerar al monarca, como el primero de ellos[14]. Fernando VII, abandonó España en abril de 1808 en lo que pensaba sería una corta ausencia para dar a Napoleón *una prueba convincente del alto aprecio que hago de su augusta persona, y de los vivos deseos que me animan de consolidar mas y mas los vínculos de amistad y estrecha alianza…*, ordenando que no se turbara ni alterara *la tranquilidad, buena armonía y ventajosa alianza* con los franceses[15]. Pero no regresaría hasta casi seis años después, y fue gracias al interesado tratado de Valençay, firmado 11 de diciembre de 1813 con el emperador. Por el que debía respetar a los españoles que habían seguido a José Bonaparte[16].

En su ausencia se produjo el alzamiento y revolución que ocupó el vacío de poder producido por la crisis de la monarquía. Por ello, las primeras medidas contra los colaboradores con el *rey intruso* fueron tomadas sobre sus pertenencias, familia y entorno, por el pueblo de Madrid, cuando José I abandona la capital tras la derrota francesa en Bailén. Una vez reunidas las Cortes en Cádiz, se discutieron las medidas a tomar contra los afrancesados por el problema de los *juramentados*, los que habían jurado fidelidad a José I por miedo a las represalias, porque si no se legislaba con cuidado, podrían recibir castigo todos los vecinos de los territorios ocupados. Sin embargo, estas medidas dirigidas contra los colaboracionistas fueron empleadas para supuestos muy diversos, y se aprovecharon de la penalidad tradicional[17].

En el indulto militar concedido el 21 de noviembre de 1810, por la instalación de las Cortes, se perdonaba a los desertores que se presentaban en tres meses, pero no se perdonaba la infidelidad cometida por los seguidores del gobierno intruso[18]. Asimismo, por Orden de las

---

[14] ARTOLA, Miguel, *Los afrancesados*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pág. 58; DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos, "El trato a los Afrancesados en la Legislación de las Cortes de Cádiz", en ALVARADO PLANAS, Javier (Coord.), *Estudios Sobre Historia de la Intolerancia*, Sanz y Torres, Madrid, 2011, págs. 573-596.

[15] *Gazeta Extraordinaria de Madrid,* N.º 33, 09-04-1808, pág. 359.

[16] ARTOLA, *Los afrancesados*, op. cit., págs. 231-233.

[17] FIESTAS LOZA, Alicia, *Los Delitos Políticos (1808-1936)*, G. Cervantes, Salamanca, 1977, pág. 55.

[18] *Colección de Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de*

Cortes de 14 de julio de 1811, se prevenía a *las Audiencias de la península, que procedan en las causas de infidencia con la brevedad posible, castigando á los reos sin dilacion alguna, y sin necesidad de consultar las sentencias de muerte, en uso de las facultades que las competen por las leyes*[19].

Después de la promulgación de la Constitución en 1812 se produjeron las primeras purificaciones políticas de afrancesados[20]. Por los decretos de 11 de agosto y de 21 de septiembre de 1812, se dictaron las medidas para cesar a empleados, servidores, jueces, y beneficiados eclesiásticos nombrados por el *Gobierno intruso*, y *para asegurar la confianza de la Nación respecto de los empleados y otras personas públicas*. Estas medidas no impedían que se formase causa judicial por la conducta política que habían seguido los purificados. Aunque se incluía la remota posibilidad de rehabilitación por un decreto general, para los no castigados *con pena corporal o infamatoria*[21],*… y se hubiesen mantenido fieles a causa de la Nación*[22].

Con el fin de la guerra y la vuelta de Fernando VII en 1814, se complicó aún más la escena, porque el monarca no iba a permitir recortes en su gobierno. El apoyo recibido desde su llegada a la frontera por el sector realista, y en general por el pueblo llano, le decidieron a terminar con la obra liberal de las Cortes de Cádiz. Así, en el famoso manifiesto de 4 de mayo de 1814 declaró *aquella Constitucion y tales decretos nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamas tales actos, y se quitasen de en medio del tiempo… Y como el que quisiese sostenerlos, y contradigere esta mi Real declaracion, tomada con dicho acuerdo y voluntad, atentaria contra las prerogativas de mi soberanía y la felicidad de la nacion, y causaría turbacion y desasosiego en mis reinos, declaro reo de lesa Mages-*

1811, Imprenta Nacional, Madrid, 1813, Tomo I, págs. 20-26.

[19] *Ibidem*, pág. 166. En AHN, Consejos 17781-17783, 49642-49644, y 49809-49810 se encuentran 175 Expedientes de afrancesados que emigraron a Francia. En los archivos que albergan documentación de las Reales Audiencias y Chancillerías hay más documentación sobre infidencia durante la Guerra de la Independencia que sobre causas por constitucionalismo, posiblemente por los expurgos que se hicieron sobre causas políticas contra liberales a partir de 1835.

[20] MORAL RONCAL, Antonio Manuel, *¡El enemigo en Palacio! Afrancesados, liberales y carlistas en la Real Casa y Patrimonio (1814-1843)*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2005, pág. 63.

[21] *Colección de Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de Mayo de 1812 hasta 24 de Febrero de 1813*, Imprenta Nacional, Madrid, 1820, Tomo III, págs. 84-87.

[22] *Ibidem*, págs. 166-168. Decreto CCIX de 14 de noviembre de 1812, por el que *Se prescriben las reglas para la rehabilitacion de los empleados que continuaron en sus destinos bajo el gobierno del Rey intruso*.

tad á quien tal osare o intentare, y que como á tal se le imponga la pena de la vida, ora lo egecute de hecho, ora por escrito o de palabra, moviendo o incitando, o de cualquier modo exhortando y persuadiendo á que se guarden y observen dicha Constitucion y decretos[23]. Al manifiesto le siguieron una batería de reales decretos y órdenes, anulando los actos y disposiciones tomados por las Cortes durante la ausencia del rey.

Tampoco cumpliría el monarca lo acordado en el tratado de Valençay con Napoleón sobre *los adictos al gobierno intruso*, porque entre sus primeros actos de gobierno, condenó al exilio a los afrancesados a través de la circular de 30 de mayo de 1814 del ministerio de Gracia y Justicia, por la que *se prescriben bajo diferentes articulos las reglas que han de observar los Capitanes generales, Comandantes, Gobernadores y Justicias de los pueblos de la frontera al volver á España los que se declararon parciales y fautores del Gobierno intruso, y salieron en pos de sus banderas no permitan entren en España con ningun pretexto*[24].

La represión, no necesitó mayor peso normativo, como puede apreciarse en el castigo ejemplar que recibieron los que no se exiliaron en las intentonas liberales de Mina en 1814, Porlier en 1815, Richart en 1816, Lacy en 1817, o Vidal en 1819[25]. Cuando Fernando VII entendía que no se actuaba con la diligencia requerida, dictaba sentencia como ocurre el 15 de diciembre de 1815, cuando condenó a 51 encausados de la Comisión de Causas de Estado a penas de destierro y cárcel, cansado de esperar el pronto castigo[26].

Y así discurrió la primera parte del gobierno de Fernando VII como monarca absoluto, utilizando los medios que le otorgaba el Antiguo Régimen para reprimir todo tipo de intentonas y conspiraciones. Medios que se encontraban tocados de la misma crisis que la que arrastraba la monarquía española, y que no pudieron frenar el golpe liberal iniciado por Riego en Las Cabezas de San Juan en enero de 1820.

---

[23] MARTÍN DE BALMASEDA, Fermín, *Decretos del Rey Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1818, Tomo I, pág. 8.

[24] *Ibidem*, pág. 49. BARBASTRO GIL, Luis, *Los Afrancesados. Primera emigración política del siglo XIX español (1813-1820)*, CSIC, Madrid, 1993, págs. 11-30.

[25] BASCUÑÁN AÑOVER, Óscar, "Historia del delito político en la España contemporánea (1808-1977)", en ALVARADO, Javier y MARTOREL, Miguel (Coords.), *Historia del delito y castigo en la Edad Contemporánea*, UNED – Ed. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 298-299.

[26] ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, María Jesús, "Invasión francesa, Gobierno Intruso. Los fondos de la Guerra de la Independencia en el Archivo Histórico Nacional", *Cuadernos de Historia Moderna. Universidad Complutense de Madrid*, N.º 37, 2007, pág. 239.

La conspiración liberal que se extendió por España no pareció a sus promotores lo bastante importante, que la pintaron de masónica[27]. Motivo que haría más odioso para Fernando VII el periodo llamado, *Trienio Liberal*, desde el 7 de marzo de 1820, *día en que S. M., hecho presa de la secta impía, quedo privado de su preciosa libertad*[28]. Y que se aprovecharía durante la restauración del monarca en sus derechos tradicionales para perseguir a los seguidores del sistema constitucional por crímenes de *lesa Majestad*, no solo *humana*, sino también *divina*.

II.B. Realistas o Serviles, *facciosos*

He oído vuestros votos, y cual tierno Padre he condescendido a lo que mis hijos reputan conducente a su felicidad. He jurado esa Constitución, por la cual suspirabais, y seré siempre su más firme apoyo[29]. Prácticamente desde los inicios del denominado Trienio, el estado liberal se vio asediado y necesitado de defensa, a pesar de tratarse de una continuación de lo establecido en Cádiz. Por dicho motivo, los delitos políticos o crímenes de Lesa Majestad pasaron a ser considerados delitos de Estado. Sin embargo, y a pesar de su indeterminación, tenían que ser ataques directos contra el entramado constitucional.

Por dicho motivo, con la restauración del régimen liberal de las Cortes de Cádiz, se actuó de forma parecida a como lo había hecho el monarca en 1814. Incluso se obligó a jurar la Constitución a todos los españoles, y se confinó a los diputados que habían apoyado en 1814 al rey, los conocidos *Persas*[30]. Pero las medidas tomadas no consiguieron frenar la difusión de proclamas y la expansión de las partidas de *facciosos* realistas por España, lo que explica que fuera el Ejército el defensor frente a los ataques contra la Constitución.

---

[27] ALCALÁ GALIANO, Antonio, *Memorias*, Imprenta Enrique Rubiños, Madrid, 1886, Tomo I, págs. 429-442, en la página 432 para referirse a la masonería, utiliza la palabra *secta*, extraña palabra en boca de un supuesto masón; ALVARADO, Javier, *Masones en la Nobleza de España*, La esfera de los libros, Madrid, 2016, págs. 125-133.

[28] MARTÍN DE BALMASEDA, Fermín, *Decretos del Rey Don Fernando VII. por los diferentes ministerios y consejos desde 1.° de enero de l820 hasta el 7 de marzo inclusive del mismo año, dia en que S. M., a impulso de una faccion impia y escandalosa, fue privado de su preciosa libertad,* Imprenta Real, Madrid, 1823, introducción del autor de 03-09-1823.

[29] http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0986278, Manifiesto de Fernando VII 10-03-1820.

[30] FIESTAS, op. cit., págs. 76-77.

La influencia que en la opinión pública tenía la difusión de ideas en escritos, folletos, prensa, proclamas, etc., fue una de las principales preocupaciones de los liberales desde la instalación de las Cortes en Cádiz[31]. La ley sobre libertad de imprenta se renovó en el Trienio liberal el 22 de octubre de 1820, estableciendo en su reglamento mayores límites a los escritos contrarios al sistema constitucional. En su Título II, *sobre los abusos sobre la libertad de imprenta* observamos mejor lo que se entendía por delitos políticos en esta materia, la difusión de escritos *sediciosos* y *subversivos*[32].

Por los decretos de 17 de abril de 1821, se establecían *las penas que habrán de imponerse á los conspiradores contra la Constitucion é infractores de ella* y *Sobre el conocimiento y modo de proceder en las causas de conspiración*[33]. Su larga vigencia para una medida de excepción figura entre las causas que explican la influencia de los militares en la política interior durante el siglo XIX y gran parte del XX. Por estos decretos, que parecen contradecirse por la jurisdicción competente para resolver las causas, los delincuentes o reos políticos podían ser fácilmente juzgados militarmente en consejos de guerra. Porque en la mayor parte de los casos, se recurría al empleo de tropa militar para su persecución, y por lo tanto la competencia final recaía en la jurisdicción castrense.

En el primero de los decretos de 1821, los liberales incluyeron una advertencia para el asustadizo Fernando VII, en el artículo 1.º: *Cualquiera persona, de cualquiera clase y condicion que sea, que conspirase directamente y de hecho á trastornar, ó destruir, ó alterar la Constitucion política de la Monarquía española, o el Gobierno monárquico moderado hereditario que la misma Constitucion establece, ó á que se confundan en una persona ó cuerpo las potestades legislativa, ejecutiva y judicial, ó á que se radiquen en otras corporaciones ó individuos, será perseguida como traidor, y condenada á muerte.* Ejercieron gran presión sobre el carácter timorato del rey para impulsar su revolucionario programa, que finalmente resultó contraproducente. El monarca se desligó muy pronto de la senda constitucional, y empezó a conspirar de forma soterrada por miedo al amenazante recuerdo de lo ocurrido a Luis XVI en Francia. La conocida después como *Ley de orden público de 1821*,

[31] *Colección de Decretos de Cortes*, Tomo I, op. cit., pág. 14, Decreto de 10 de noviembre de 1810.

[32] *Colección de los Decretos y Ordenes Generales de la Primera Legislatura*, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, Tomo VI, págs. 233-246, Decreto LV de 22 de octubre de 1820, *Reglamento acerca de la libertad de imprenta*.

[33] *Colección de decretos de Cortes*, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, VII, págs. 37-52.

terminó plasmada en la codificación penal de 1822. Sin embargo y a pesar de que en diarios de Cortes sobre los debates parlamentarios se cita las palabras delito político, continuó su indeterminación, posiblemente interesada por las circunstancias del momento[34].

En el Código Penal de 1822, los delitos políticos se encontraban divididos entre los títulos I *De los Delitos contra la Constitución y orden político de la monarquía*, II *De los delitos contra la seguridad exterior del Estado*, III *De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público*, y IX *De los delitos o culpas de los impresores, libreros y otras personas en el abuso de la libertad de imprenta*. Pero a diferencia de lo que ocurría en la antigua legislación, quedaron limitados a los ataques o conspiraciones directas contra la Constitución, la persona del rey, y contra la seguridad interior y exterior del Estado. Aunque los delitos más graves continuaron con el castigo con la pena de muerte por traición, como en la manera tradicional[35].

La división en el seno liberal, el estado de guerra civil interior y la invasión francesa, terminaron rápidamente con el nuevo régimen, devolviendo a Fernando VII nuevamente su poder absoluto el 1 de octubre de 1823. Ser o haber sido liberal se convertía con la nueva restauración, en el principal de los delitos.

II.C. Para que *desaparezca para siempre del suelo español, hasta la más remota idea de que la soberanía reside en otro que en mi real persona*[36]

La represión del Liberalismo comenzó con anterioridad a la liberación de Fernando VII el 1 de octubre de 1823. La invasión del ejército francés de *Los Cien Mil Hijos de San Luis* fue aprovechada por la

[34] FIESTAS, op. cit., pág. 57. *Diario de Sesiones de Cortes*, N.º 106, pág. 1713, 9 de enero de 1821, discusión del artículo 230 del proyecto de Código Penal: *Asi la comisión, fundándose en que está justísimamente señalada la pena de muerte contra el que intentare trastornar ó alterar la Constitucion, no solo propone esta misma pena, que es la que le ha parecido la más proporcionada contra un delito que no se puede llevar a efecto sin trastornar ó destruir, ó á lo menos alterar la Constitución, sino que claramente manifiesta que lo mira como delito político, como delito igual al del art. 191, en el hecho de proponer contra el que lo cometa la pena de traidor, que no es aplicable sino, á los delitos de Estado.*

[35] *Ibidem*, págs. 85-104.

[36] NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1825, op. cit., pág. 302, *Real cédula fijando las reglas que deben observarse en lo sucesivo para la eleccion de Alcaldes ordinarios y demas capitulares y Oficiales de los Ayuntamientos de los pueblos del Reino*, de 17 de octubre de 1824.

Junta provisional, y más tarde por la Regencia que se estableció con la ocupación de Madrid, para llevar a cabo la erradicación del Liberalismo en España[37]. El mismo día de la liberación del rey se decretó la anulación de lo acontecido desde el 7 de marzo de 1820 certificando la labor adelantada por Junta y Regencia. Hasta el mencionado decreto de amnistía de .º de mayo de 1824, se intentó borrar de la existencia, a los responsables de las vejaciones que había tenido que sufrir el monarca. Los que no lograran huir exiliándose, sufrirían penas de cárcel, destierro o la muerte, como le ocurre al general Riego, que por el protagonismo de sus acciones fue *sentenciado por la Sala 2.ª de Corte a la pena ordinaria de horca con la calidad de arrastrado, y confiscación de todos sus bienes*[38].

Asimismo, los territorios que iban siendo ocupados por *los Cien Mil Hijos de San Luis* y por el *Ejercito de la Fe*, se sembraron de depósitos de liberales o sospechosos de ello. En Benavente se confinaría a los procedentes de Galicia, en Mayorga a los de Asturias, En Talavera de la Reina a los de Extremadura, el depósito de Valdepeñas para los de Andalucía, el de Villarrobledo para los de Valencia y Murcia, y en Segorbe y Calatayud se confinarían los de Cataluña y Aragón[39].

Una vez que Fernando VII fue liberado, consignó a los principales delincuentes para su persona en la falsa amnistía de mayo de 1824: en primer lugar, los conocidos como *masones*, que fueron los responsables de la rebelión del ejército de Ultramar, de la extensión de la conspiración liberal por la Isla de León, La Coruña, Zaragoza, Oviedo y Barcelona, y de la vuelta al sistema constitucional de 1812. En segundo lugar, a los autores de la conspiración de Madrid que le obligó a firmar la Constitución de Cádiz, y al conde del *Avisbal* por la sublevación del ejército que debía cortar la rebelión. Continuando con los que obligaron al rey al establecimiento de la Junta provisional que organizó el gobierno constitucional. Con los que se habían

[37] Con anterioridad a la liberación del rey, dictaron una serie de disposiciones para volver al estado anterior al 7 de marzo de 1820. Se cesó a las autoridades constitucionales, se encerró a los diputados que destituyeron al monarca, se confiscaron los bienes de los diputados responsables del traslado del rey a Cádiz, siendo desterrados de Madrid el resto de ellos para siempre y se crearon los Voluntarios Realistas.

[38] AGMS, Celebres, Caja 144, Exp. 5, Carpeta 3, *Riego*.

[39] MARTÍN DE BALMASEDA, Fermín, *Decretos de la Junta provisional, Regencia del Reino y los expedidos por su Magestad desde que fue libre del Tiránico Poder Revolucionario, comprensivo al año de 1823*, Imprenta Real, Madrid, 1824, Tomo VII, pág. 53, *Decreto de la Regencia,* de 30 de junio de 1823*, estableciendo varios depósitos a cargo de un Comisario de Vigilancia pública, para zelar y examinar todas las personas procedentes de las provincias ocupadas o que se ocupen por las tropas francesas, con otras medidas conducentes al caso*.

reunido o se reunieran en lo sucesivo en sociedades secretas. Los escritores o editores de obras contrarias al Dogma Católico. Jueces y fiscales de las causas formadas al general Elio y al teniente de Guardias Teodoro Goffieu. Y a los autores de los asesinatos del cura Vinuesa, del obispo de Vich, y de los promovidos en Granada y en La Coruña[40].

También quedaron excluidos los comandantes de las partidas formadas para hacer frente al llamado *Ejército de la Fe*. Los diputados que votaron en Cortes el 11 de junio de 1823 la destitución del Rey y la formación de una Regencia. Al general O'Donojú y a los responsables del tratado de Córdoba con Iturbide en Nueva España. Los que habiendo tenido parte activa en el gobierno constitucional o en la revolución, hubieran pasado a la América para los mismos motivos. Y finalmente, se exceptuaba del perdón a los que exiliados en el extranjero tomaran parte en tramas y conspiraciones contra los intereses del monarca[41].

A pesar de que la persecución de liberales centraba el interés del monarca, la escisión que se produjo en el seno del absolutismo, motivó la represión de los conocidos por la policía como *realistas aparentes o apostólicos*[42]. El Rey, obligado por las circunstancias de su liberación, tuvo que adoptar medidas que fueron consideradas como reformas liberales por los realistas más extremados. Por lo que además de las intentonas liberales, como la de Valdés en Tarifa en 1824, los hermanos Bazán en Guardamar en 1826 o más tarde Torrijos en 1831, que motivaron la aparición de una dura legislación orientada a impedir la repetición de estos hechos, siendo *juzgados* por Comisiones militares[43]. Se tuvo que perseguir a los autores de las rebeliones que se produjeron en sentido contrario, en las que los responsables también fueron pasados por las armas, como ocurre con Bessières

[40] Estos asesinatos fueron incluidos entre el resto de los delitos políticos porque para el monarca el fin que perseguían era la continuidad de la revolución.

[41] Real cédula de 1 de mayo de 1824 *por la cual se concede indulto y perdon general...,* notas 10 y 11.

[42] AGP, Papeles Reservados de Fernando VII, Tomo 71, Exp. 36 -39.

[43] Real orden de 14 de agosto de 1824 *para que cualquier revolucionario que sea aprehendido con las armas en la mano, ó envuelto en tramas con ánimo de perturbar el orden, sea entregado á una comision militar para que le juzgue*; o la Real orden de 9 de octubre de 1824, *comunicada al Capitan general de Castilla la Nueva señalando las penas en que incurren los que den los gritos subversivos que se enuncian: los sectarios de sociedades secretas y demas revolucionarios, sujetándolos al juicio de las comisiones ejecutivas, segun Reales órdenes anteriores*. NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1825, op. cit., págs. 224 y 152 respectivamente.

en 1825[44] y con los responsables de la rebelión de los *Malcontents* en Cataluña[45].

Pero contra todo pronóstico, y a pesar de los avisos de la policía sobre la gravedad de las conspiraciones apostólicas y la moderación de la población considerada constitucional, el monarca otorgó su plena confianza al secretario de Estado de Gracia y Justicia Calomarde, que se encontraba implicado en las tramas ultras. Por dicho motivo, entre 1827 y 1832, la represión liberal recibirá un decidido impulso gracias al control que el ministro impuso sobre la Policía General del Reino.

Asimismo, los movimientos revolucionarios que llevaron al poder en Francia a Luis Felipe de Orleans en 1830 infundieron esperanzas en los exiliados, que aceleraron sus proyectos de invasión, buscando la insurrección en la península. Sin embargo, la extensión de las redes de información de la policía, y la falta de apoyos en el interior de España, llevaron al fracaso a las intentonas liberales, siendo sus protagonistas pasados por las armas. Todo ello conforme a la legislación represiva vía decreto real, que requerían las circunstancias, a instancias del monarca[46].

III. LA REPRESIÓN DE LOS DELITOS POLÍTICOS

A pesar de los intentos de reforma del sistema policial durante el reinado de Carlos III, para el control de la población urbana y de la difusión de las nuevas ideas, el descubrimiento y persecución de liberales, masones, y resto de *heterodoxos y sectarios*, se encontraba inicialmente en manos del Santo Oficio, a pesar de que ya no era el temido tribunal de siglos anteriores. Los nuevos tiempos revolucionarios iniciados durante la Guerra de la Independencia, no fueron compatibles con la existencia de la odiada Inquisición y la represión se tuvo que encargar a la jurisdicción militar. En el Antiguo Régimen,

---

[44] Real decreto de 17 de agosto de 1825, *prescribiendo las penas con que deberán ser castigados los rebeldes de la insurreccion de Getafe, sus cómplices, y los que en cualquiera punto cometiesen igual delito*; o el Real decreto de 4 de septiembre de 1825, *renovando la prohibicion de que el pueblo, parte ó multitud de él, tropas ó gente armada se reunan para representar á S. M. ó Autoridades, con las declaraciones que se expresan*. NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1826, op. cit., págs. 251 y 268 respectivamente.

[45] NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1828, op. cit., pág. 182, *Real orden comunicada al Capitan general de Cataluña y circulada á todos los de las provincias, relativa a las turbulencias de aquel Principado, dictando las providencias convenientes para apaciguarlas*, de 31 de agosto de 1827.

[46] El Real decreto de 1 de octubre de 1830 *con varias disposiciones dirigidas contra los facciosos y revolucionarios* actualizó al momento revolucionario liberal, el citado de 17 de agosto de 1825, NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1831, op. cit., pág. 371.

La Justicia Real no solo formaba causas a los criminales, sino que también los perseguía, ya que ejercía las funciones policiales en su jurisdicción. Sin embargo, la crisis de la monarquía española afectaba a todas las instituciones de poder tradicionales, y el Estado se había visto necesitado en sucesivas crisis de la acción del Ejército, que tenía una mejor organización y medios para aplastar las amenazas. El alzamiento del Ejército destinado a Ultramar en 1820 dejó al monarca Fernando VII sin el pilar fundamental sobre el que se apoyaba la monarquía borbónica, por lo que, para su restauración absoluta, necesitó la acción exterior.

La Iglesia católica, tampoco mantenía los mismos intereses que Fernando VII tras las dificultades padecidas en el Trienio, y pretendía influir en el Rey para recuperar sus tradicionales prerrogativas. Por lo que para consolidar su poder y mantener el decoro de su corona, el monarca, tuvo que adoptar las reformas necesarias a pesar del difícil equilibrio y presiones que sufrió. Como veremos, a lo largo de su reinado diversas instituciones y jurisdicciones se mezclaron en la lucha contra el Liberalismo generalizando la represión de estos *nuevos* delincuentes políticos. Todo ello, a pesar de las continuas idas y venidas, duplicidades y frecuentes conflictos de competencias, en un periodo de crisis total de la monarquía.

III.A. La Jurisdicción Eclesiástica. La Inquisición

El cambio de mentalidad que se va produciendo a lo largo del siglo XVIII en un sector avanzado de la sociedad, estalla con la Revolución Francesa en el continente, aflorando un pensamiento contrario al Antiguo Régimen que desbordó el reformismo Ilustrado. Este pensamiento iba acompañado de una difusión de ideas y noticias sin precedentes en periódicos y folletos propagandísticos, y había dejado a la lenta Inquisición en anticuada e inoperante. Sin embargo, el discurso de la Iglesia no cesó de recordar a los monarcas, sobre la amenaza revolucionaria que se cernía sobre las *cabezas coronadas* porque el libre pensamiento se iba extendiendo por Europa[47]. En este discurso

[47] Existen bastantes ejemplos interesantes, por ejemplo, la obra del obispo de Ceuta, VÉLEZ, Rafael de, *Apología del Altar y del Trono*, Imprenta de Cano, Madrid, 1818, Tomo I; o la Carta Pastoral de 1827 del cardenal arzobispo de Toledo, Pedro Inguanzo. Sobre libre pensamiento y Masonería, es interesante la obra de FERRER BENIMELI, José Antonio, *La Masonería Española en el Siglo XVIII*, Siglo XXI, Madrid, 1986. Sobre el discurso de la Iglesia, MORALES RUIZ, Juan José, *El Discurso Antimasónico en la Guerra Civil Española (1936-1939)*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2001, págs. 41-62.

la Iglesia invadía el terreno de la jurisdicción real, convirtiendo la disidencia política en herejía, siendo muy bien aprovechado por el regalismo de los monarcas para *universalizar* la represión[48].

Con el retorno del Rey y del *Antiguo Régimen* en 1814, se restituyó el Tribunal del Santo Oficio con plenos poderes para la erradicación de las novedades a *causa de las sectas anticatólicas introducidas en la nación durante la guerra de la Independencia*[49], aunque se convirtió en un instrumento de represión política bajo poder del monarca. Sin embargo, entre 1814 y 1820, las insurrecciones de Porlier, Lacy, Richard, y sobre todo la del Ejército Expedicionario de la Isla, organizadas por supuestas sociedades secretas con tintes masónicos, afianzaron el desprestigio de la Inquisición al no conseguir atajarlas. La vuelta del sistema constitucional en 1820 terminó definitivamente con el tribunal.

El método de investigación inquisitorial se encontraba profundamente ligado a la información que proporcionaban familiares y delatores, en la sociedad católica de la época, donde *nada hay escondido, nada secreto*[50]. Al contrario de lo que ocurre con las nuevas sociedades secretas a las que será difícil dar caza por los medios tradicionales. Aun así, se conocen varias causas por delación, como la del sargento mayor Manuel Llorente, *por libertino* en 1814[51]; Fray Pelegrín Castañas fue *delatado de oídas* en 1815 por asistir a una logia masónica cuando estaba prisionero en Francia[52]; o como le ocurre a José González Aceijas que había sido nombrado vicario apostólico por el *gobierno intruso*, y se le procesa al ser delatado en 1815[53].

Por la tradicional consideración mixta de los delitos políticos, los reos eran encerrados en las cárceles de la Inquisición para separarlos

---

48 HERRERO, Cesar, *La Justicia Española en la crisis del Poder Absoluto*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 231-237.

49 Real decreto de 21 de julio de 1814, *por el cual se restablece el Consejo de Inquisición y los demás tribunales del Santo Oficio al egercicio de su jurisdicción, guardando el uso, y ordenanzas con que se gobernaban en el año de 1808*, MARTÍN DE BALMASEDA, *Decretos F. VII,* 1818, op. cit. pág. 132.

50 Alocución Consistorial del Papa Pio IX 25-09-1865: *¡Cuánto difieren de aquella asociación, las piadosas sociedades de los fieles que florecen en la Iglesia Católica! En ella, nada hay escondido, nada secreto. Las reglas que la rigen están a la vista de todos… mientras que por el contrario, se fomenta, o al menos se tolera, la tenebrosa Sociedad masónica, tan enemiga de Dios y de la Iglesia, tan peligrosa aun para la seguridad de los reinos*.

51 AHN, Inquisición, 3720, Exp. 79.

52 AHN, Inquisición, 3721, Exp. 205.

53 AHN, Inquisición, 3723, Exp. 92.

de los delincuentes comunes[54], como le ocurrió a Juan Van Halen, que estuvo implicado en la conspiración liberal de Granada, a la que se dio el interesado título de masónica. Delatado por un compañero en septiembre de 1817, fue encerrado en la cárcel de la Inquisición de Murcia y después en la de Madrid, de donde se fugó de forma novelesca como narra en sus memorias[55].

La restauración del monarca en 1823 defraudó a la Iglesia por no restablecer la Inquisición. Sin embargo, a instancias de algunos prelados se crearon en distintas diócesis *Juntas de la Fe* con las mismas competencias que las del Santo Oficio: *Recibir libros, papeles y delaciones de dichos y hechos contra la fe y las buenas costumbres*[56]. *Finalmente, y a pesar del fin de la Inquisición, la Iglesia Española mantuvo su influencia en la sociedad y sobre todo en las partidas locales de los Voluntarios Realistas. Desapareció la Inquisición, pero no el espíritu inquisitorial*[57].

III.B. La Jurisdicción Militar. Las Comisiones Militares

En el reinado de Carlos III se emplearon comisiones militares para la persecución de malhechores y contrabandistas. Sin embargo, su empleo como consejos de guerra para castigar a delincuentes políticos, fue característico del reinado de Fernando VII, a pesar de que los franceses también las utilizaron en los territorios ocupados por las tropas napoleónicas para delitos de sangre y castigar la *infidencia*[58].

Las Comisiones Militares tuvieron su origen en Cádiz y después se extendieron por España a cargo de los capitanes generales por Real orden del ministerio de la Guerra de 6 septiembre de 1814. Se crearon

---

[54] ALONSO TEJADA, Luis, *Ocaso de la Inquisición en los últimos años del reinado de Fernando VII*, Zero, Madrid, 1969, págs. 24-25.

[55] AHN, Inquisición, 118, Exp. 23; AGMS 1.ª 552 B; AGP, Papeles Reservados Fernando VII, Tomo 18.

[56] ALONSO TEJADA, op. cit., págs. 143-191; ARTOLA, Miguel, *La España de Fernando VII*, RBA, Madrid, 2005, pág. 680.

[57] Afirmación de Caro Baroja, en DUFOUR, Gerard, "¿Cuándo fue abolida la Inquisición en España?", *Cuadernos de Ilustración y Romanticismo*, N.º 13, 2005, pág. 107. En LA PARRA, Emilio y CASADO, María Ángeles, *La Inquisición en España. Agonía y abolición*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2013, se expone que la Inquisición tuvo un final lento por las debilidades de la Ilustración y del Liberalismo en España, y porque la Iglesia estaba más interesada en aumentar el poder de los obispos.

[58] CARRUESCO, Alejandro y VARAS, Fernando, "La justicia oscense durante el reinado de Fernando VII: alcaldes mayores y gobernadores militares y políticos", *Argensola: Revista de Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Altoaragoneses*, N.º 128, 2018, pág. 230.

para que …*en el preciso término de tres días forme causa, la sustancie y concluya con arreglo a las leyes militares*… a los implicados en sediciones, conspiraciones, partidos o alborotos. En 1816 terminaron su actividad porque la *conciencia* del Rey *dispuso la supresión de las comisiones extraordinarias que entendían de ciertas causas criminales, señaladamente las políticas*[59], encomendando el conocimiento de éstas a la jurisdicción ordinaria, excepto las formadas a militares que continuarían en consejos de guerra ordinarios[60].

El real decreto de 26 de enero de 1816 de cese de las comisiones, nos informa claramente de la razón de ser de estos tribunales militares: *Durante mi ausencia de España se suscitaron dos partidos titulados de serviles y liberales: la división que reina entre ellos se ha propagado a una gran parte de mis reinos; y siendo una de mis primeras obligaciones la que como padre me incumbe de poner término á estas diferencias, … que hasta las voces de liberales y serviles desaparezcan del uso común; y que en el término de seis meses queden finalizadas todas las causas procedentes de semejante principio*[61].

La restauración absoluta de Fernando VII, también llevó a la reimplantación de las comisiones militares el 13 de enero de 1824. Por Real orden se estableció que en el plazo de quince días se formaran en todas las capitales de provincia, incluidas las Islas Baleares, *Comisiones Militares ejecutivas y permanentes, por todo el tiempo que lo exijan las circunstancias … porque existen hombres que pertinaces y obcecados en sus extravíos, ó acostumbrados á vivir y medrar en el desorden, han alterado la tranquilidad pública, ya profiriendo expresiones contra los legítimos derechos del Trono y en favor de la abolida constitucion, ya forjando y esparciendo noticias falsas que alarman á los fieles vasallos de S. M.*,[62]. Además, el 9 de octubre de 1824, se ordenaba que dictaran pena de muerte *para los que usen voces alarmantes y subversivas de Viva Riego, Viva la Constitución, Mueran los serviles, mueran los tiranos, Viva la Libertad*[63], y para *Los masones, comuneros y otros*

---

[59] ALMIRANTE, José, *Diccionario Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2002, Tomo I, pág. 262, *es, más bien que CONSEJO de GUERRA según ORDENANZA, un tribunal POLÍTICO creado en los tiempos de nuestras primeras discordias, y que es de desear no resucite en las futuras. … En la década, llamada ominosa del 23 al 33, la restauración absolutista abusó para sus venganzas de las COMISIONES MILITARES: y el nombre solo desde entonces infunde justa repugnancia*.

[60] ORTEGO GIL, Pedro, *Entre Jueces y Reos. Las postrimerías del Derecho penal absolutista*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 165-184.

[61] MARTÍN DE BALMASEDA, *Decretos Rey Fernando VII*, 1819, op. cit., pág. 28.

[62] NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1824, op. cit., pág. 64.

[63] BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, págs. 87-89; PEGENAUTE GARDE,

sectarios, atendiendo a que deben considerarse como enemigos del Altar y los Tronos…[64].

Las comisiones militares estaban por encima de fueros y se utilizaron para juzgar sumariamente, en detrimento de la jurisdicción ordinaria. Su procedimiento estaba marcado en las Ordenanzas militares de 1768 y sus causas se subsanaban *en el menor tiempo posible, bajo la responsabilidad del presidente, vocales y fiscal, debiendo omitirse el evacuar citas inconducentes, y también la formula de los careos, como no necesaria, a no pedirlos el defensor del reo por ser convenientes a su defensa*[65].

La ocupación de Tarifa por el coronel Valdés motivó un endurecimiento de la represión, por dicho motivo el 14 de agosto de 1824 se ordenó *que cualquier revolucionario que sea aprehendido con las armas en la mano, ó envuelto en tramas con ánimo de perturbar el orden, sea entregado á una comision militar para que le juzgue*, puntualizando *para que breve y sumariamente lo juzgue y ejecute lo juzgado*[66]. Y el 20 de agosto de 1824, se dictó que *Todos los españoles procedentes de Gibraltar o de cualquier otro punto que hayan desembarcado en las costas de España y que con armas, papeles sediciosos o de cualquier otro modo, intenten establecer el sistema anárquico llamado constitucional, o perturben el orden público, serán pasados por las armas inmediatamente que sean aprehendidos, sin otra dilación que la precisa para recibir los auxilios espirituales*[67].

No obstante, se decretó su cese por la Secretaría de Gracia y Justicia el 4 de agosto de 1825, por problemas entre la comisión militar de Castilla la Nueva con la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, y las presiones del Consejo de Castilla, *por haber cesado las causas que motivaron su creación y ser contrarias a otras leyes*[68]. Aunque las autoridades militares continuaron con la represión, incluso contra realistas como ocurre con el fusilamiento de Bessières[69], o de los cabecillas de la in-

---

Pedro, *Represión Política en el Reinado de Fernando VII, Las Comisiones Militares (1824-2825)*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974.

[64] PEGENAUTE, op. cit., pág. 37.

[65] ORTEGO, op. cit., pág. 191.

[66] NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1825, pág. 152.

[67] PESET REIG, Mariano y José, "Legislación contra Liberales en los comienzos de la Década Absolutista (1823-1825)", *Anuario de historia del derecho español*, N.º 37, 1967, págs. 475-476. La Real orden sobre los *acontecimientos de Tarifa* se encuentra publicada en *Gazeta Extraordinaria de Madrid*, N.º 107, 24-08-1824, pág. 431.

[68] PEGENAUTE, op. cit., pág. 80; NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1826, op. cit., pág. 230.

[69] FONTANA, Josep, *De en medio del tiempo*, Crítica, Barcelona, 2019, págs. 191-195.

surrección de los *Agraviats* o *Malcontents* en Cataluña[70]. Sin embargo, las comisiones continuaron en América y donde existiera la amenaza revolucionaria[71]. Asimismo, el 26 de agosto de 1828 se vuelve a ordenar su supresión, porque algunos capitanes generales las habían reinstaurado por su cuenta[72].

El miedo a que la revolución francesa de 1830 pudiera traspasar las fronteras, provocó que el 1 de octubre de 1830, a través del *Real decreto con varias disposiciones dirigidas contra los facciosos y revolucionarios*, se volviera a señalar el castigo dictado el 17 de agosto de 1825, por el que los insurrectos y traidores serían pasados por las armas[73]. Y el 18 de marzo de 1831 volvieron las comisiones militares, otorgado nuevamente facultades extraordinarias a los capitanes generales, incluyendo la citada Real orden de 20 de agosto de 1824[74]. El cese definitivo de las comisiones militares se dio el 21 de julio de 1834 por Real decreto de la Reina Gobernadora finalizando la represión absolutista más dura.

Mención aparte merece la actuación del Cuerpo de Voluntarios Realistas, su Reglamento, los situaba como una milicia política local, absolutista y contrarrevolucionaria, auxiliar del ejército en la represión. En el artículo 183 figura: *El grande objeto del establecimiento del Cuerpo de Voluntarios Realistas es el combatir los revolucionarios y los conspiradores, y exterminar la revolución y las conspiraciones de cualquier naturaleza y clase que sean. La tranquilidad absoluta del pueblo de que son vecinos, y su completa seguridad contra los trastornos o*

---

[70] BAYO, Estanislao de Kostca, *Historia y vida de Fernando VII de España*, Imprenta de Repullés, Madrid, 1842, Tomo III, pág. 300, el rey revistió al Conde de España *de todo el poder de su regia autoridad para modificar las sentencias impuestas a los delincuentes, o para perdonar a los rebeldes, extendiéndola a la destitución de los generales, gefes, autoridades y empleados de todos los ramos que no mostrasen la más activa decisión en el círculo de sus respectivas obligaciones para contener y reprimir la rebelión*.

[71] AHN, Ultramar, 1607, Exp.7, el secretario del Despacho de Guerra traslada al de Gracia y Justicia la Real Orden comunicada al capitán general de Cuba en 21 de junio de 1826, mandando que continúen las comisiones militares de La Habana.

[72] BALLBÉ, op. cit., pág. 90, el general Luis Fernández de Córdova solicitó en 1825 la supresión de las Comisiones Militares manifestando *que la justicia administrada por aquel odioso tribunal tomaba el carácter de una venganza horrible y furiosa que tenía consternado al país y afligidos a sus buenos servidores*.

[73] NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1831, op. cit., pág. 371.

[74] BALLBÉ, op. cit., pág. 90; MORALES RUÍZ, Juan José, "La represión de la Masonería durante el reinado de Fernando VII", SEPÚLVEDA, Isidro y BULDAÍN, Blanca (Coords.), *La Iglesia Española en la Crisis del Antiguo Régimen*, UNED, Madrid, 2003, pág. 217.

intentos de los enemigos, hijos de las revoluciones políticas, y contra los demás enemigos que puedan perturbarla[75].

Sin embargo, se convertirán en el principal exponente del radicalismo absolutista, para servir posteriormente como base en la formación del Carlismo[76]. Producirán desórdenes y conflictos a causa de las funciones que tenían reseñadas y que cumplirán de forma un tanto arbitraria, usurpando facultades de las autoridades y desobedeciéndolas en ocasiones[77]. En los archivos encontramos frecuentes casos de excesos cometidos por los Voluntarios, como ocurre en la causa de oficio entre 1825-1826 *contra Juan de la Guerra, oficial retirado de milicias y comandante que fue del batallón de voluntarios realistas, José y Manuel Castrillo, capitanes actuales del mismo cuerpo, y Juan Pescador Herbás, voluntario realista y propuesto por el ayuntamiento para oficial*, sobre su apresamiento por mantener una reunión sospechosa e insultar a la justicia[78]. Otro ejemplo lo tenemos en la causa criminal instruida entre 1823 y 1824, contra el licenciado Manuel de Lacuesta abogado de los Reales Consejos, José de Lacuesta, Ramón de Anda, Lorenzo Arana y José Pin, vecinos de Labastida, detenidos por los voluntarios realistas como sospechosos de participar en una reunión de constitucionales[79].

Los voluntarios realistas se nutrían de la sociedad rural antiliberal tan influida por el clero que, aprovechando la circunstancia de su pertenencia al Cuerpo, perjudicaron cuanto pudieron a sus vecinos, a veces por cualquier conflicto civil previo. La delación se convirtió en la principal arma para atacar a sus supuestos adversarios, convenientemente fomentada por las disposiciones reales.

---

[75] RÚJULA, Pedro, *Contrarrevolución. Realismo y Carlismo en Aragón y el Maestrazgo, 1820-1840*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1998, pág. 104.

[76] AHN, Consejos, 6308, Exp. 1, Expediente de 1827 de la Comisión de Causas de Estado, sobre la formación en Almería de una Junta Apostólica para apoyar a los sublevados de Cataluña en defensa del infante don Carlos, y averiguaciones sobre la actitud de las autoridades de esta ciudad. Los principales dirigentes de la Junta eran el deán y el maestrescuela de la Catedral, el alcalde mayor de la ciudad, Dionisio Marcelino Angulo, y Luis Acosta, comandante de los Voluntarios Realistas. Adjunta la causa instruida en la Audiencia y Chancillería de Granada, que consta de cinco piezas.

[77] AHN, Consejos, 3656, Exp. 30, Expediente del Consejo de Castilla, de marzo de 1824, formado sobre una orden circular para que los voluntarios realistas no se inmiscuyan en el gobierno de los pueblos ni en la administración de Justicia.

[78] ARCHV, Salas de lo Criminal, Caja 1828.1.

[79] AHPA, JUS,15830.

III.C. Los problemas de la jurisdicción real

En 1814 el regreso de Fernando VII significó la vuelta al Antiguo Régimen, sin embargo, la jurisdicción real no recuperó totalmente su estado anterior y se mantuvieron algunas de las reformas liberales que favorecían el aumento del poder real. No interesó una vuelta atrás sin más, porque se necesitaba unificar la forma de proceder para poder perseguir a los nuevos "delincuentes políticos". Por dicho motivo, no se restableció la jurisdicción señorial, para que no existieran excepciones que escaparan a la represión. Sin embargo, al mismo tiempo se confirieron poderes especiales a la jurisdicción militar para agilizar los procesos y conseguir un pronto castigo, medida que provocó graves conflictos de competencias y presiones entre sectores de poder.

La represión de la justicia comenzó con el restablecimiento de la *Sala de Alcaldes de Casa y Corte* en sus competencias judiciales y policiales tradicionales, a la vez que se impartían instrucciones para *el arresto ó prisiones de personas afectas á las novedades que se iban introduciendo*[80].

El 14 de mayo de 1814 creó una *Comisión de Policía* para inquirir, justificar y castigar a los autores y cómplices de los procedimientos de las Cortes contra la soberanía del Rey. Pero la Comisión de Policía reconoce el 1 de julio de 1814 que no podía *en cuatro días remitir conclusas y sentenciadas las causas*, como se les pedía, porque era un trabajo *delicado, arduo, difícil y odioso* que les había de causar *muchas penas y disgustos* que *S. M. Nombre otros Ministros que puedan satisfacer con más prontitud sus deseos, encargándose de estas causas*, por esta razón se crea por Real orden de 14 de julio de 1814 la *Comisión de Causas de Estado* al objeto de hallar y sentenciar de la forma más rápida a los culpables del menoscabo de la Soberanía Real. Pero al realizar los procesos conforme al procedimiento ordinario, no se consiguieron los resultados esperados, y el Rey cansado de esperar, el 15 de diciembre de 1815 condenó a 51 de los encausados a penas de destierro o cárcel[81].

---

[80] MARTÍN DE BALMASEDA, *Decretos Fernando VII*, 1818, Tomo I, op. cit., págs. 23-55. Por Real decreto de 23-05-1814 se restablecía la *Sala de Alcaldes de Casa y Corte*, y días después el 1 de junio, se impartieron instrucciones por una Circular de Gracia y Justicia, *por la cual se prescriben las Reales intenciones de S. M. sobre el arresto ó prisiones de personas afectas á las novedades que se iban introduciendo; mandando que los Ministros de Policía como los demas Jueces procedan á la calificacion de aquellos contra quienes haya pruebas de abuso en la conducta.…*

[81] ÁLVAREZ-COCA, op. cit., págs. 201-255, la autora nos informa que el 26 de enero de 1816 se suprimió la Comisión junto con el resto, sin embargo, por real decreto de 3 de febrero de 1816, continuaría hasta la finalización de las causas abiertas:

Al mismo tiempo, funcionó el *Ministerio* o Tribunal *de Seguridad Pública*, creado en marzo de 1815 para perseguir afrancesados por temor a una invasión, coincidiendo con la fuga y regreso de Napoleón a Francia[82]. Su verdadera razón de existencia fue la represión política al margen de la vía ordinaria, ya que *el curso ordinario y lento de las leyes no podía embarazar las maquinaciones de los malvados*[83]. Las presiones del Consejo de Castilla provocaron que fuera suprimido el 8 de octubre del mismo año[84], *a pesar de lo conveniente que es para mantener el orden social reprimir á los hombres díscolos, ociosos y vagamundos, que inquietan y perturban al pacífico y honrado habitante*[85].

Las idas y venidas producidas en el reinado de Fernando VII, no ayudaron al proceso de reforma de la Justicia que se venía desarrollando desde el siglo XVIII. Por ello, cada vez que Fernando VII demandaba una represión más enérgica, se saldría de la vía ordinaria de los tribunales, creando comisiones como las anteriormente descritas, tribunales temporales de excepción o el traslado de las causas a la jurisdicción militar, junto con una legislación adaptada a sus necesidades. Además, el órgano jurisdiccional superior, el Consejo de Castilla, no recuperó el poder que había disfrutado antes de la Guerra de la Independencia, y en la llamada *década ominosa* el monarca otorgó gran influencia a la *Secretaría de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia*.

En estudios recientes sobre casos concretos en Reales Audiencias y Chancillerías, los delitos políticos ocuparon un 8% del total de las causas criminales. Dentro de este dato general existen variaciones territoriales motivadas por causas personales, cambios de los encargados de la represión, etapas con mayor o menor presión represiva desde el Gobierno, etc., que son indicadores de la dificultad de establecer pautas fijas[86]. Sin embargo, los estudios sobre la documentación judicial existente presentan un grave problema por la eliminación de gran parte de la relacionada con las causas políticas a partir de 1835[87].

No habiendo sido mi Real ánimo alterar de modo alguno por mi decreto de 26 de Enero último la Comisión especial o tribunal creado por mí en esta Corte para entender en las causas de Estado; y bien satisfecho de la rectitud, zelo y actividad de los Jueces que la componen, quiero que continúe en sus tareas hasta finalizar las causas pendientes y sus incidencias, esperando que las concluirán y terminarán a la mayor brevedad, sin mezclarse en la formación de otras nuevas.

82 TURRADO VIDAL, Martín, *Estudios sobre Historia de la Policía*, Ministerio del Interior, Madrid, 1991, Tomo I, págs.19-20.

83 ORTEGO, op. cit., pág. 225.

84 AHN, Consejos, 1738 bis, Juzgado de Seguridad Pública.

85 MARTÍN DE BALMASEDA, *Decretos Fernando VII*, 1819, pág. 315.

86 ORTEGO, op. cit., págs. 115-117.

87 ARG, Sig. 919-12, *Causa sobre expedientes de delitos políticos de 1820 a 1832, quemados por Real orden de 4 de mayo de 1835*; ARM, Gobernació i Audiència Crimi-

Por lo que la falta de datos fiables se ha paliado en la historiografía con crónicas, o memorias justificativas que han impedido hasta el momento el conocimiento real del alcance de la represión del Liberalismo por su parcialidad[88].

El problema existente en la persecución de los delincuentes políticos se agravó porque las falsas delaciones que se generaban por problemas civiles previos iniciaban procesos criminales que lastraban la actuación de los tribunales para no llegar a ninguna parte. Los particulares se aprovecharon de la administración de justicia para perjudicar a aquel con quien tuvieran cualquier disputa, convirtiéndola en política[89]. La delación, de la misma forma que ocurría en los procesos inquisitoriales se continúa utilizando por párrocos o por la sociedad tan influida por la Iglesia, y se convierte en la principal forma de sacar a la luz supuestos delitos políticos que se producen en *reuniones sospechosas* o *tenebrosas,* o por *estar iniciados por haber pertenecido a sociedades secretas*[90].

Por otro lado, los jueces formaban parte de uno de los grupos de poder del Antiguo Régimen, a pesar de no existir separación de poderes. Instruían y a la vez sentenciaban, y además participaban del reparto de las penas de multa[91]. No existía la presunción de inocencia, llegando a la utilización de la tortura como medio probatorio, por lo que el reo se encontraba prácticamente indefenso y los jueces tenían excesiva libertad para interpretar las leyes y elegir las penas. Las penas eran crueles y desproporcionadas para los delitos cometidos[92].

---

nal, Sig. 995/7 Palma. 1835, *Expediente relativo a la quema de varias y distintas causas criminales formadas sobre materias políticas, executada en virtud de Real Orden*; o el *Expurgo de las causas criminales juzgadas... desde el año 1826 hasta el año 1840*, que se llevó a cabo entre 1870 y 1872 en la Audiencia Territorial de Zaragoza por Real orden de 4 de agosto de 1870, AHPZ, código de referencia ES/AHPZ - J/004778/0001.

88 SIMAL, Juan Luis, *Emigrados. España y el exilio internacional, 1814-1834*, CEPC, Madrid, 2012, pág. 38.

89 ORTEGO, op. cit., págs. 115-117.

90 De 30 de abril de 1831 es una Real Orden que certifica lo que se venía haciendo para favorecer la delación, en la que se resuelve que *los denunciadores de hechos o indicios contra la seguridad pública no sean responsables en ningún Tribunal de los avisos que den a la Policía, cualquiera que sea su resultado*. MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino, *Historia de los Heterodoxos Españoles*, Homo Legens, Madrid, 2011, Tomo II, pág. 638, se hace eco de que *en 1825 fue descubierta en Granada una logia de siete adeptos, que se reunían en un Carmen no lejano de la Alhambra. El jardinero los delató, y fueron sorprendidos por el juez Pedrosa en ocasión en que recibían a un adepto*.

91 CASTELLANO, Juan Luis e GÓMEZ GONZÁLEZ, Inés, "Reflexiones sobre la Justicia en el Antiguo Régimen a propósito de unas cartas a Villena", *Chronica Nova*, N.º 22, 1995, pág. 27.

92 ALVARADO PLANAS, Javier, "La Ilustración y la humanización del Derecho Penal" ALVARADO, Javier y MARORRELL, Miguel (Coord.), *Historia del delito y cas-*

Las penas, como se recordaba en la *Real cédula que contiene el reglamento de imprentas* de 12 de julio de 1830, *serán á proporcion de la mayor o menor malicia del autor, ó de sus escritos, hasta la de muerte, si fuere el delito de lesa magestad divina o humana*[93]. Y la pena de muerte, iba siempre acompañada de la confiscación de bienes y de otras penas infamantes para los delincuentes políticos[94]. A pesar de todo, y aunque las condenas se superaban el 80% de los reos, la mayoría de los jueces emplearán los castigos más leves y posiblemente más acordes con los cambios producidos en la sociedad[95].

Finalmente, la actividad judicial creció de forma exponencial a la vez que la crisis de la monarquía se hacía más evidente. De igual forma que ocurre durante la etapa constitucional del Trienio, provocado ese aumento de causas políticas por la debilidad del gobierno.

III.D. La represión desde el Gabinete del Rey: La Secretaría de Gracia y Justicia, la Superintendencia General de Policía del Reino y las Purificaciones.

La segunda restauración absoluta de Fernando VII, y la concentración de poder entorno a su persona, otorgó gran protagonismo a su gabinete, sobre todo a la Secretaría del Despacho de Gracia y Justicia. A pesar de las presiones de exteriores, del renovado Consejo de Estado de marcado carácter *apostólico*, las intentonas de uno u otro signo, la rebelión de los *Malcontens*, etc., Fernando VII se apoyó en las secretarías o ministerios para la gestión de su Estado cambiando el sistema de poder en detrimento de los Consejos[96].

Con la entrada en España en abril de 1823 de los Cien Mil Hijos de San Luis para restituir al trono a Fernando VII, se inició una feroz represión y se tomaron medidas policiales a partir del Decreto de 8 de junio de 1823 de la Regencia por el que se crea una Superintendencia general de Vigilancia pública para todo el Reino. Al objeto de *precaver y evitar todo extravío, velar sobre la conducta de las personas por sus*

---

tigo en la Edad Contemporánea, UNED – Ed. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 19-21.

93 NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1831, op. cit., pág. 278.

94 MASFERRER DOMINGO, Aniceto, "La codificación del Derecho penal en España. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador" en ALVARADO, Javier y MARORRELL, Miguel (Coord.), *Historia del delito y castigo en la Edad Contemporánea*, UNED – Ed. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 69-72.

95 ORTEGO, op. cit., págs.104-117.

96 ESTEBAN de VEGA, Mariano, "Estado y Administración Central en el reinado de Fernando VII", *Historia Contemporánea*, N.º 17, 1998, págs. 81-111.

opiniones y principios contrarios a la Religión y el Trono[97]*. Con la vuelta del Rey al poder, algunas de las medidas de la Regencia fueron cesadas, quedando los asuntos* de la Superintendencia General de Vigilancia encuadrados en la secretaría de Gracia y Justicia[98].

En enero de 1824, se creó la Policía General del Reino a partir de la experiencia de la Superintendencia General de Vigilancia Pública, remarcando la necesidad de controlar a la población. Fernando VII puso mucho interés en *el arreglo de la policía de mis Reinos, la cual debe hacerme conocer la opinión y las necesidades de mis pueblos, e indicarme los medios de reprimir el espíritu de sedición, de extirpar los elementos de discordia, y de desobstruir todos los manantiales de prosperidad*[99].

Desde su origen la Policía General del Reino se dedicó decididamente hacia el control político de la población. A través de una circular reservada de 4 de octubre de 1824 del Superintendente general, remitida *á todos los intendentes de policía del reino, previniéndoles que formen y le remitan dos indices, uno de hombres, y otro de mugeres, de todas las personas existentes en sus provincias, que merezcan alguna de las notas, que abajo se dirán cualquiera que sea su sexo, su estado y su edad. Las notas de que se trata son las siguientes: adicto al sistema constitucional; —voluntario nacional de caballeria, ó infanteria; —individuo de compañía ó batallón sagrado; —reputado por mason; conocido por comunero; —tenido por liberal exaltado ó moderado; —comprador de bienes nacionales; —secularizado. Todos los sujetos comprendidos en estas ocho notas son sospechosos, y ni á ellos, ni á sus hijos, criados ó dependientes, deben darseles pasaportes para trasladarse de un punto á otro, sino despues de probar la necesidad del viaje, y de dar fiador seguro. Ademas, los pasaportes llevan una contraseña, que sirve para que todas las autoridades á quienes tienen que presentarse conozcan que son sospechosos y vigilen su conducta*[100].

No obstante, vigiló y persiguió tanto a liberales como a ultra absolutistas, extendiendo rápidamente su red de información, advirtién-

---

[97] MARTÍN DE BALMASEDA, Fermín, *Decretos y resoluciones de la Junta Provisional, Regencia del Reino*, Imprenta Real, Madrid, 1824, Tomo VII, págs. 22-39.

[98] MARTÍN DE BALMASEDA, *Decretos y resoluciones Regencia*, pág. 166.

[99] *Real Cédula por la que se establece la creación de la Policía General del Reino* de 13 de enero de 1824 en NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1824, Tomo VIII, págs. 49-62. HINOJAL AGUADO, Diego, "La Policía de Fernando VII y la persecución de la Masonería", en José Antonio Ferrer Benimeli, coord., *La Masonería Española, Represión y Exilios*, CEHME, Zaragoza, 2010, Tomo II, págs. 1467-1488.

[100] "Documentos para la Historia moderna de España. Ordenanza del superintendente general de policía en Madrid de 4 de octubre de 1824" en *Ocios de Españoles emigrados*, N.º 10, 1825, págs. 15-20.

dose una dependencia directa del monarca, como se desprende de la correspondencia entre el rey y el Superintendente General de Policía. Su creación fue vista como una sustitución de la Inquisición por el sector ultra que presionó para su disolución. Por ello, en 1827 el secretario de Gracia y Justicia Calomarde terminó con su autonomía, situándola bajo su control, dedicándose en exclusiva a perseguir a liberales.

El sector apostólico o ultra absolutista no consiguió restablecer la Inquisición, y la Policía asumió algunas de sus funciones como la recogida de libros e impresos, con el auxilio de párrocos en sus diócesis. Para ser analizados por organismos de carácter inquisitorial dependientes del monarca. El 24 de julio de 1823, antes de la liberación del Rey, ya se había creado la *Comisión Reservada*, donde Raymundo Ettenhard y Salinas del antiguo Consejo de la Inquisición junto con otros eclesiásticos, recopilaron documentos que los *revolucionarios en su vergonzosa huida dejaron abandonados … pertenecientes a la Secta de Masones, Comuneros y demás asociaciones secretas…*[101].

Fernando VII transformó la Comisión Reservada en *Junta Reservada de Estado*, bajo dependencia del Ministerio de Gracia y Justicia y de la Superintendencia General de Policía. El Superintendente General pertenecía a la Junta Reservada y desde su reglamento de 22 de abril de 1824, se señalaba su función: *La incumbencia principal de la Junta es informar al Gobierno de cuanto tenga relación con las asociaciones secretas que existieron o existan en España y suministrarle los datos necesarios para que conozca todas sus ramificaciones e impida su reproducción*[102]. Elaboraron dos instrumentos: *una historia de las asociaciones secretas* y un *índice* de los pertenecientes a la Milicia Nacional, a Batallones Sagrados, a las Compañías sueltas de Escopeteros o Cazadores de Montaña, a los Ayuntamientos Constitucionales, a las reuniones patrióticas que habían influido en el gobierno y cualquiera que hubiera obtenido cargos o se hubiera adherido al sistema constitucional[103]. La Junta Reservada se encargaba de revisar los libros prohibidos recogidos por la Superintendencia General de Policía *por ir en contra de la santidad del Dogma, la pureza de la disciplina, las prerrogativas de la Corona, la regularidad de las costumbres y el repo-*

[101] AHN, Consejos, L-3765.

[102] *Ibidem*, artículo 3 del Reglamento.

[103] AGP, Papeles Reservados, Tomos 66 y 67. HINOJAL AGUADO, Diego, "Instrumentos de Represión de la Masonería en el reinado de Fernando VII", en José Leonardo Ruiz Sánchez e Yván Pozuelo Andrés, (Coord.), *La Masonería. Mito e Historia en el III Centenario de la Fundación de la Masonería Moderna*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020, Tomo I, págs. 107-113.

so de los españoles. Además, certificaba la pertenencia a cualquiera de las familias constitucionales en los expedientes que realizaban las Juntas de Purificación que se formaron para extirpar a los elementos liberales de la administración. Y no solo del Estado, Ayuntamientos, Ejército, etc., sino que también se atendió a cualquier tipo de empleo que pudiera ejercer influencia sobre la sociedad[104].

Hubo purificaciones sobre conducta política durante la Guerra de la Independencia y primera parte del reinado de Fernando VII. Sin embargo, las purificaciones que comenzaron durante la Regencia en 1823 y que continuaron de forma renovada con la liberación del Rey, son las que nos llaman la atención por su "especial" transcendencia. Porque se tomaron medidas para la separación y reposición de todos los empleados de la administración del Estado, para volver a la situación anterior al *atentado cometido en 7 de marzo de 1820, quedando también sin efecto los honores conseguidos desde aquella fecha, cualquiera que sea su consideración*.

Con la restauración del monarca, los Consejos repuestos se encargarían de purgar sus estructuras, mientras que *la purificación de los demás empleados en cualquiera otro ramo de administración civil del Estado correrá en Madrid a cargo de una junta* dependiente del Consejo de Hacienda[105]. El 22 de septiembre de 1823 se expidió una *Orden circular del Ministerio de Hacienda, para que en todas las provincias se instalen las Juntas de Purificaciones de los empleados* civiles. El 30 de septiembre se otorgó una mínima garantía en Orden del Ministerio de Gracia y Justicia exponiendo que *el juicio de purificación en segunda instancia, siendo negativa, tenga cumplida ejecución la separación del interesado del destino que servía*[106]. El juicio de purificación en segunda instancia se elevaba al Consejo correspondiente que era presidido por el monarca, como más alto tribunal de cada ramo.

Finalmente, las purificaciones cesaron el 30 de octubre de 1832 a través de las aclaraciones del decreto de amnistía que había sido decretada por la Reina gobernadora el 20 de octubre de 1832, para reca-

---

104 BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, Bernabé, "Las purificaciones de maestros de primeras letras y preceptores de gramática en la reforma de Fernando VII", *Revista de la Educación*, N.º 2, 1983, págs. 249-254.

105 MARTÍN DE BALMASEDA, *Decretos de la Junta provisional, Regencia del Reino*, op. cit., págs. 50-52, *Real Decreto de la Regencia, en el que se establece varias reglas sobre la separación y reposición de empleados de los diferentes ramos de la administración pública*, de 27 de junio de 1823.

106 *Ibidem*, págs. 123 y 139 respectivamente

bar apoyos frente a quienes intentaban entregar la corona al infante Don Carlos por la enfermedad del Rey[107].

En los archivos encontramos numerosos ejemplos sobre juicios de purificación que tuvieron que afrontar quienes quisieran continuar al servicio del Rey. Entre los expedientes consultados, llaman la atención los de purificaciones que, paradójicamente se pueden encontrar completos en el Archivo General Militar de Segovia dentro de expedientes personales de militares de alta graduación. Donde existen varios ejemplos que incluyen el informe/cuestionario de imprenta sobre la conducta política del interesado, en el que se enumeran las diversas conductas políticas reprobables con espacio para su contestación, seguidas del enigmático mensaje en el que llama la atención: *en la inteligencia que la Junta tiene tomadas las medidas mas eficaces para que este informe permanezca reservado hasta que a su debido tiempo se queme, como se ha practicado con todos los expedientes ya concluidos, y se ejecutará igualmente en lo sucedido*[108].

Por lo que, de la misma forma que ocurre con la documentación de instituciones judiciales sobre causas políticas, en la que, a pesar de los expurgos, podemos encontrar ejemplos significativos de los *usos* del absolutismo. Las purificaciones también nos aportan ejemplos de esa arbitrariedad interesada que sirvió para que Fernando VII se perpetuara contra todo pronóstico en el trono hasta su muerte natural.

IV. CONCLUSIONES

La transformación que la sociedad estaba experimentado, desde vasallos de un reino hasta ciudadanos de una nación, sufriendo rápidos avances y retrocesos en el camino, y en un estado de guerra casi permanente, modificó la percepción general sobre la disidencia o delincuencia política, rebajando su consideración criminal en los textos decimonónicos[109].

La crisis del Estado Absoluto se refleja en la administración de la Justicia Real, y en las dificultades que presenta para hacer frente a los *nuevos delitos políticos*. Dificultades marcadas por su lentitud, frag-

[107] NIEVA, *Decretos Fernando VII*, 1833, op. cit., pág. 232.

[108] AGMS, Celebres, Caja 160, Exp. 5, Teniente General Príncipe de Anglona, Pedro Téllez Girón.

[109] FIESTAS, op. cit., págs. 73-75, justificando el caso contrario también existen obras, como la de PINTOS VIEITES, María Carmen, *La política de Fernando VII entre 1814 y 1820*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1958, en la que se afirma que la represión de los liberales no fue dura en los inicios del reinado.

mentación y por las desigualdades existentes. Aunque las *Justicias* no tuvieran que motivar sus sentencias, pudieran utilizar la confesión mediante tortura y la delación como medios de prueba. Además de contar con un gran catálogo de las penas más rigurosas y ejemplarizantes. Por todo ello, el monarca necesitó una legislación represiva *a la carta* en los momentos difíciles de su reinado, para conseguir el pronto castigo de sus opositores. Donde los procesos criminales adquieren un aire inquisitorial, y la delación se convierte en el principal motivo de conocimiento de las causas.

El Rey necesitado de celeridad en los castigos también encargó la persecución de liberales a las jurisdicciones especiales del Antiguo Régimen, la eclesiástica y la militar. Los monarcas absolutos españoles a través de sus regalías se servían del control de las mentalidades que la Iglesia Católica venía ejerciendo con gran éxito. La Inquisición se encargaba del control de elementos y de escritos discordantes con la religión y el carácter sagrado de la monarquía. Sin embargo, la Inquisición del siglo XVIII ya no era el temido tribunal de los siglos anteriores y su restauración en 1814 no produjo los efectos esperados por Fernando VII.

Por lo que cuando quiso dar mayor rapidez a los procesos, se servirá de la mucho más expeditiva jurisdicción militar y sus Comisiones. También la jurisdicción militar se convertirá en recurso fundamental cuando los liberales ostenten el poder. La debilidad del régimen liberal desde sus inicios marcará el protagonismo que adquirieron los militares en su defensa, como se advierte en la legislación, convirtiendo los delitos políticos en delitos de Estado. La persecución de los delincuentes siempre requirió del auxilio de fuerza militar, lo que explica el protagonismo del Ejército en materias de orden público hasta no hace mucho tiempo.

La concentración del poder en manos del Rey, centró el protagonismo de la represión en su gabinete, principalmente la Secretaría de Gracia y Justicia y su titular Francisco Tadeo Calomarde, que al hacerse con el control total de la Superintendencia General de Policía del Reino y gracias a la extensión de sus redes de información, consiguió desarticular las intentonas liberales organizadas entorno al año 1830, animadas por la revolución en Francia, dando una imagen posterior muy negativa frecuentemente plasmada en la historiografía.

Finalmente hay que matizar, porque nos encontramos en el estudio de una etapa compleja y extensa, con diversas administraciones e instituciones operando al mismo tiempo, con graves conflictos de competencias, influencias internas y externas sobre el monarca,

etc., para la que la historiografía ha sido muy crítica, dejándonos una visión muy negativa. Tampoco se puede olvidar la represión de los delincuentes políticos por la *vía administrativa* de las purificaciones, que se produce sobre todo en la llamada *década ominosa*, y que produjo una revisión sin precedentes de las conductas políticas durante el Trienio Liberal de militares, empleados de los diversos ramos, eclesiásticos, profesores, universitarios, colegiales, maestros de primeras letras, etc., para separar a las ovejas blancas de las *negras* liberales.

V. FUENTES

V.A. Fuentes Archivísticas

Archivo General de Palacio (AGP).

Archivo General Militar de Segovia (AGMS).

Archivo General Real Chancillería de Valladolid (ARCHV).

Archivo Histórico Nacional (AHN).

Archivo Histórico Provincial de Álava (AHPA).

Archivo Histórico Provincial de Zaragoza (AHPZ).

Arquivo do Reino de Galicia (ARG).

Arxiu Regne de Mallorca (ARM).

V.B. Fuentes Bibliográficas

ALCALÁ GALIANO, Antonio, *Memorias*, Imprenta Enrique Rubiños, Madrid, 1886, Tomo I.

ALMIRANTE, José, *Diccionario Militar,* Ministerio de Defensa, Madrid, 2002, Tomo I.

ALONSO TEJADA, Luis, *Ocaso de la Inquisición en los últimos años del reinado de Fernando* VII, Zero, Madrid, 1969.

ALVARADO PLANAS, Javier, "La Ilustración y la humanización del Derecho Penal", Alvarado, Javier y Martorell, Miguel (Coord.), *Historia del delito y castigo en la Edad Contemporánea*, UNED-Dykinson, Madrid, 2017.

— *Masones en la Nobleza de España*, La esfera de los libros, Madrid, 2016.

ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, María Jesús, "Invasión francesa, Gobierno Intruso. Los fondos de la Guerra de la Independencia en el Archivo Histórico Nacional", *Cuadernos de Historia Moderna. Universidad Complutense de Madrid*, N.º 37, 2007.

ARTOLA, Miguel, *La España de Fernando VII*, RBA, Madrid, 2005.

— *Los afrancesados*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.

BARBASTRO GIL, Luis, *Los Afrancesados. Primera emigración política del siglo XIX español (1813-1820)*, CSIC, Madrid, 1993.

BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, Bernabé, "Las purificaciones de maestros de primeras letras y preceptores de gramática en la reforma de Fernando VII", *Revista de la Educación*, N.º 2, 1983.

BASCUÑÁN AÑOVER, Óscar, "Historia del delito político en la España contemporánea (1808-1977)", Alvarado, Javier y Martorell, Miguel (Coord.), *Historia del delito y castigo en la Edad Contemporánea*, UNED – Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

BAYO, Estanislao de Kostca, *Historia y vida de Fernando VII de España*, Imprenta de Repullés, Madrid, 1842, Tomo III.

BOIX, Vicente, *Sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia*, Imprenta del Presidio, Valencia, 1850.

CARRUESCO, Alejandro y VARAS, Fernando, "La justicia oscense durante el reinado de Fernando VII: alcaldes mayores y gobernadores militares y políticos", *Argensola: Revista de Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Altoaragoneses*, N.º 128, 2018.

CASTELLANO, Juan Luis y GÓMEZ GONZÁLEZ, Inés, "Reflexiones sobre la Justicia en el Antiguo Régimen a propósito de unas cartas a Villena", *Chronica Nova*, N.º 22, 1995.

Colección de Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811, Imprenta Nacional, Madrid, 1813, Tomo I.

Colección de Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de Mayo de 1812 hasta 24 de Febrero de 1813, Imprenta Nacional, Madrid, 1820, Tomo III.

Colección de los Decretos y Ordenes Generales de la Primera Legislatura de las Cortes ordinarias de 1820 y 1821, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, Tomo VI.

Colección de Decretos y Órdenes Generales expedidos por las Cortes ordinarias de 1820 y 1821, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, Tomo VII.

"Documentos para la Historia moderna de España. Ordenanza del superintendente general de policía en Madrid de 4 de octubre de 1824", *Ocios de Españoles emigrados*, N.º 10, 1825.

DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos, "El trato a los Afrancesados en la Legislación de las Cortes de Cádiz" en Javier Alvarado Planas (Coord.), *Estudios Sobre Historia de la Intolerancia*, Sanz y Torres, Madrid, 2011.

ESTEBAN DE VEGA, Mariano, "Estado y Administración Central en el reinado de Fernando VII", *Historia Contemporánea*, N.º 17, 1998.

FERRER BENIMELI, José Antonio, *La Masonería Española en el Siglo XVIII*, Siglo XXI, Madrid, 1986.

FIESTAS LOZA, Alicia, *Los Delitos Políticos (1808-1936)*, Gráficas Cervantes, Salamanca, 1977.

FONTANA, Josep, *De en medio del tiempo*, Crítica, Barcelona, 2019.

Gazeta Extraordinaria de Madrid, N.º 33, 09-04-1808.

Gazeta Extraordinaria de Madrid, N.º 107, 24-08-1824.

DUFOUR, Gerard, "¿Cuándo fue abolida la Inquisición en España?", *Cuadernos de Ilustración y Romanticismo*, N.º 13, 2005.

HERRERO, Cesar, *La Justicia Española en la crisis del Poder Absoluto*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

HINOJAL AGUADO, Diego, "La Policía de Fernando VII y la persecución de la Masonería", en José Antonio Ferrer Benimeli, coord., *La Masonería Española, Represión y Exilios*, CEHME, Zaragoza, 2010, Tomo II.

— "Instrumentos de Represión de la Masonería en el reinado de Fernando VII", en José Leonardo Ruiz Sánchez e Yván Pozuelo Andrés, (Coord.), *La Masonería. Mito e Historia en el III Centenario de la Fundación de la Masonería Moderna*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020, Tomo I.

LA PARRA LÓPEZ, Emilio, *Fernando VII. Un rey deseado y detestado*, Tusquets, Barcelona, 2018.

LA PARRA, Emilio y CASADO, María Ángeles, *La Inquisición en España. Agonía y abolición*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2013.

MARTÍNEZ DE VILLAURRUTIA, Wenceslao, *Fernando VII Rey Absoluto*, Librería Beltrán, Madrid, 1931.

— *Fernando VII Rey Constitucional*, Librería Beltrán, Madrid, 1922.

MARTÍN DE BALMASEDA, Fermín, *Decretos del Rey Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1818, Tomo I.

— *Decretos del Rey Don Fernando* VII, Imprenta Real, Madrid, 1819, Tomo II.

— *Decretos del Rey Don Fernando VII, o Colección de Reales Resoluciones expedidas por los diferentes ministerios y consejos desde 1.° de enero de l820 hasta el 7 de marzo inclusive del mismo año, dia en que S. M., a impulso de una faccion impia y escandalosa, fue privado de su preciosa libertad*, Imprenta Real, Madrid, 1823.

— *Decretos de la Junta provisional, Regencia del Reino y los expedidos por su Magestad desde que fue libre del Tiránico Poder Revolucionario, comprensivo al año de 1823*, Imprenta Real, Madrid, 1824, Tomo VII.

MARTÍNEZ RUÍZ, Enrique, "Policía, Delincuencia Política y Corrupción en Madrid a finales del siglo XVIII", *Madrid. Revista de arte, geografía e historia*, N.º 8, 2006.

— *La Seguridad Pública en el Madrid de la Ilustración*, Ministerio del Interior, Madrid, 1988.

— *Policías y Proscritos. Estado, Militarismo y Seguridad en la España Borbónica (1700-1870)*, Editorial Actas, Madrid, 2014.

MASFERRER Domingo, Aniceto, "La codificación del Derecho penal en España. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador", ALVARADO, Javier y MARORRELL, Miguel, coord., *Historia del delito y castigo en la Edad Contemporánea*, UNED – Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino, *Historia de los Heterodoxos Españoles*, Homo Legens, Madrid, 2011, Tomo II.

MORAL RONCAL, Antonio Manuel, *¡El enemigo en Palacio! Afrancesados, liberales y carlistas en la Real Casa y Patrimonio (1814-1843)*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2005.

MORALES RUIZ, Juan José, "La represión de la Masonería durante el reinado de Fernando VII", en Isidro Sepúlveda y Blanca Buldaín, coords., *La Iglesia Española en la Crisis del Antiguo Régimen*, UNED, Madrid, 2003.

— *El Discurso Antimasónico en la Guerra Civil Española (1936-1939)*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2001.

MORENO ALONSO, Manuel, "La Fabricación de Fernando VII", *Ayer*, N.º 41, 2001.

NIEVA, Josef María de, *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1824, Tomo VIII.

— *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1825, Tomo IX.

— *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1826, Tomo X.

— *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1828, Tomo XII.

— *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1831, Tomo XV.

— *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII*, Madrid, Imprenta Real, 1833, Tomo XVII.

ORTEGO GIL, Pedro, *Entre Jueces y Reos. Las postrimerías del Derecho penal absolutista*, Dykinson, Madrid, 2015.

PEGENAUTE GARDE, Pedro, *Represión Política en el Reinado de Fernando VII, Las Comisiones Militares (1824-2825)*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974.

PINTOS VIEITES, María Carmen, *La política de Fernando VII entre 1814 y 1820*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1958.

RÚJULA, Pedro, *Contrarrevolución. Realismo y Carlismo en Aragón y el Maestrazgo, 1820-1840*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1998,

SIMAL, Juan Luis, *Emigrados. España y el exilio internacional, 1814-1834*, CEPC, Madrid, 2012.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "Derecho penal de la Monarquía absoluta (S. XVI, XVII y XVIII)", *Obras Completas*, CEPC, 1997, Tomo 1.

TURRADO VIDAL, Martín, *Estudios sobre Historia de la Policía*, Ministerio del Interior, Madrid, 1991, Tomo I.

VÉLEZ, Rafael de, *Apología del Altar y del Trono*, Imprenta de Cano, Madrid, 1818, Tomo I.

EL INFORME DE UNICEF DEL 2013 Y LA POLÍTICA ISRAELÍ DE DETENCIÓN DE MENORES PALESTINOS EN LA ACTUALIDAD

UNICEF´S REPORT IN 2013 AND THE ISRAELI POLICY OF DETENTION OF PALESTINIAN MINORS TODAY

SIBA IRSHEID IRSHEID, LL.M.

Doctoranda del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la UNED

Sumario: *I. Introducción. II. Discriminación en la aplicación de la ley. III. Negación de Israel a aplicar el derecho internacional de los derechos humanos a los palestinos. IV. Detenciones violentas y sin condena. V. Falta de protección durante los interrogatorios. VI. Tortura y malos tratos: ¿casos excepcionales o regla general? VII. La asistencia jurídica: un derecho limitado. VIII. Presunción de culpabilidad. IX. Información en el idioma del detenido: un derecho pendiente. X. Imparcialidad del juez y del tribunal. XI. El dilema de la libertad bajo fianza. XII. El traslado de los niños palestinos a territorio israelí y las dificultades que conlleva para las visitas familiares. XIII. Uso abusivo del estado de excepción para la suspensión de las garantías procesales. XIV. Detenciones preventivas de menores incluso durante la covid-19. XV. Conclusiones.*

Resumen: El punto de partida de este trabajo es el informe de UNICEF del año 2013 sobre la detención de menores palestinos realizada por las fuerzas militares israelíes. La importancia de este Informe se encuentra en el hecho de que concluye con la proclamación de que los malos tratos sufridos por los niños palestinos durante la detención parecen ser una práctica *"generalizada, sistemática e institucionalizada durante todo el proceso, desde el momento del arresto*

hasta el enjuiciamiento del niño y su eventual condena y sentencia"[1]. Estudiaremos si ha habido cambios relevantes en la política israelí de detención de menores palestinos posteriores a dicho informe de UNICEF así como la adhesión de Israel al derecho internacional de los derechos humanos y concretamente al derecho a un juicio justo. Interesante es también examinar si Israel ha tenido en cuenta la existencia de una pandemia a la hora de practicar su política de detención en los últimos años.

Palabras clave: *night raids*, menores palestinos, fuerzas militares israelíes, malos tratos, juicio justo.

Abstract: The starting point of this work is UNICEF´s report in 2013 on the detention of Palestinian minors carried out by the Israeli military forces. The significance of this Report lies in the fact that it concludes with the proclamation that the ill-treatment suffered by Palestinian children during detention is a practice which appears to be *"widespread, systematic and institutionalized throughout the process, from the moment of arrest until the child's prosecution and eventual conviction and sentencing"*[2]. We will study whether there have been relevant changes in the Israeli policy of detention of Palestinian minors since the UNICEF report, as well as Israel's adherence to international human rights law and specifically the right to a fair trial. It is also interesting to examine whether Israel has taken the existence of a pandemic into account when practicing its detention policy in recent years.

Keywords: *night raids*, Palestinian minors, Israeli military forces, ill-treatment, fair trial.

Recepción original: 19/09/2021

Aceptación original: 05/04/2022

[1] UNICEF, Children in Israeli Military Detention. Observations and Recommendations, February 2013, pág. 1, *"[…] the ill-treatment of children who come in contact with the military detention system appears to be widespread, systematic and institutionalized throughout the process, from the moment of arrest until the child's prosecution and eventual conviction and sentencing."*, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/UNICEF-%20Children%20In%20Israeli%20Military%20Detention%20-%202013.pdf consultado el 24-5-2021

[2] UNICEF, Children in Israeli Military Detention. Observations and Recommendations, February 2013, pág. 1, *"[…] the ill-treatment of children who come in contact with the military detention system appears to be widespread, systematic and institutionalized throughout the process, from the moment of arrest until the child's prosecution and eventual conviction and sentencing."*, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/UNICEF-%20Children%20In%20Israeli%20Military%20Detention%20-%202013.pdf consultado el 24-5-2021

I. INTRODUCCIÓN

El informe de UNICEF del año 2013 sobre la detención de menores palestinos por parte de las fuerzas militares israelíes concluye que los malos tratos sufridos por los niños durante la detención parecen ser una práctica *"generalizada, sistemática e institucionalizada durante todo el proceso, desde el momento del arresto hasta el enjuiciamiento del niño y su eventual condena y sentencia"*[3]. En respuesta al informe de UNICEF, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel declaró que estudiaría las conclusiones y trabajaría para implementarlas mediante la cooperación continua con dicha institución[4]. Sin embargo, los cambios realizados por Israel en los últimos años, con respecto al tratamiento de menores, se reducen a los siguientes cinco puntos: (1) una nueva orden militar (OM) que reduce el período de tiempo dentro del cual un niño debe ser llevado ante un juez después de haber sido arrestado (OM 1798) (2) la introducción de un formulario que notifique a los padres la razón del arresto de un niño y el lugar de detención (OM 1676) (3) la emisión de un estándar operativo a todas las unidades militares israelíes que operan en Cisjordania con respecto a los procedimientos para el arresto y la retención de menores palestinos, incluido un recordatorio de la prohibición de abuso físico y verbal (OM 1651) (4) la introducción de un formulario que notifique a los niños sus derechos legales bajo custodia, incluido el derecho al silencio y el derecho a consultar con un abogado (OM 1727) y finalmente (5) la introducción de un plan piloto para utilizar citaciones en lugar de arrestar a niños por la noche[5] (OM 1676). Se estudiará a lo largo del trabajo el cumplimento que ha dado Israel a estos cinco puntos.

---

[3] UNICEF, Children in Israeli Military Detention. Observations and Recommendations, February 2013, pág. 1, *"[…] the ill-treatment of children who come in contact with the military detention system appears to be widespread, systematic and institutionalized throughout the process, from the moment of arrest until the child's prosecution and eventual conviction and sentencing."*, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/UNICEF-%20Children%20In%20Israeli%20Military%20Detention%20-%202013.pdf consultado el 24-05-2021

[4] UNICEF: Children in Israeli Military Detention- Observations and Recommendations, Bulletin No. 1: octubre de 2013, pág. 1, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/UNICEF%20BULLETIN%20No_1.PDF consultado el 31-3-2022

[5] Military Court Watch (MCW): Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

II. DISCRIMINACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Israel opera desde 1967 dos sistemas legales separados en el mismo territorio[6], cuyo criterio de aplicación se funda en la etnia o identidad nacional de las personas involucradas[7]. En la Cisjordania ocupada, los colonos israelíes que residen allí están sujetos al sistema legal civil y penal israelí, mientras que los palestinos que residen en el mismo territorio están sujetos a la ley militar que otorga menos derechos y ofrece menos protección que la ley civil aplicada a los colonos israelíes. Las leyes que se aplican a los palestinos deben contener derechos y protecciones no menos favorables que aquellas aplicadas a los israelíes que viven en los asentamientos[8]; en caso contrario se violaría el principio de no discriminación. Señalemos algunas diferencias entre los dos sistemas que afectan tanto a adultos como a menores: el periodo de tiempo que transcurre hasta que se le permite al detenido palestino ver a un abogado o juez es mucho más largo que el aplicado a los israelíes bajo las leyes civiles y penales israelíes[9]; en la mayoría de los casos, los palestinos son interrogados sin presencia de su abogado, usando métodos de tortura para obtener confesiones, que luego se usan en su contra[10]. A diferencia de lo que sucede con los colonos israelíes, en la mayoría de los casos, los detenidos palestinos no tienen acceso a las pruebas en su contra, ni se les comunica de qué se les acusa; como ya señalamos, mientras que a los colonos israelíes se les

[6] Paradójicamente, Israel sigue basándose en el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949, como base jurídica para aplicar el derecho militar a los palestinos, mientras que al mismo tiempo ignora las prohibiciones del Convenio relativas a la actividad de asentamientos.

[7] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

[8] El art. 75 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, recoge varias disposiciones que prohíben la discriminación. También contiene una serie de normas mínimas sobre el trato debido a las personas que se encuentran en poder de una parte en un conflicto internacional y que no disfrutan de un trato más favorable en virtud de otra disposición.

[9] La Ley del Menor, Juicio, Castigo y Modalidades de Tratamiento, 2008, Enmienda 14, aplicada a los niños israelíes establece que los niños de entre 12 y 13 años deben comparecer ante un juez dentro de las 12 horas, y los menores mayores de 14 años deben comparecer ante un juez dentro de las 24 horas siguientes a su detención. Las Ordenes Militares (OM) (la OM 1685 [modificada por las OMs 1694 y 1711] y la OM 1798) establecen que los niños palestinos de entre 12 y 13 años deben comparecer ante un juez dentro de las 24 horas, y los menores de 14 y 15 años deben comparecer ante un juez dentro de las 48 horas y los menores de 16 años o más deben comparecer ante un juez dentro de las 96 horas siguientes a su detención.

[10] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

aplica el código penal israelí (o civil según el caso), a los palestinos se les aplican las órdenes militares, con muchos más tipos de delitos y una definición e interpretación más amplia de los delitos y con penas más gravosas. Una vez sentenciados, a los detenidos palestinos se les traslada ilegal y forzosamente a prisiones situadas dentro de Israel, dificultando las visitas familiares[11]. Con respecto a las diferencias que afectan concretamente a los menores: los niños palestinos pueden ser interrogados de noche[12], mientras que esta práctica está prohibida con respecto a los niños israelíes; los niños israelíes tienen el derecho legal a tener uno de los padres presente durante el interrogatorio[13], mientras los niños palestinos carecen de tal derecho y la presencia de los padres depende de la voluntad del responsable del interrogatorio[14]; con respecto al derecho a consultar con un abogado antes de ser interrogado, para el niño israelí este derecho se cumple sin ninguna limitación[15], para los niños palestinos este derecho es limitado y puede ser suspendido[16]; con respecto al período máximo de detención sin

[11] Violaciones que fueron documentadas en el 2007 por Weil antes del Informe de UNICEF en el 2013. Weill, S., *The Judicial Arm of the Occupation: the Israeli Military Courts in the Occupied Territories*, International Review of the Red Cross, Selected Articles on International Humanitarian Law, Vol. 89 No. 866, June 2007, pág. 419, https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_866_weill.pdf consultado el 31-3-2022; Consejo de Derechos Humanos: A/HRC/37/42, 21 de febrero de 2018, párrs. 9, 11, 15, 17-18, https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2018/07/A-HRC-37-42.pdf consultado el 31-3-2022

[12] Ley del Menor, Juicio, Castigo y Modalidades de Tratamiento, 1971, Sección 9J.

[13] Ley del Menor, Juicio, Castigo y Modalidades de Tratamiento, 1971, Sección 9H. Se permite que un padre esté presente en todo momento en circunstancias en que el menor no haya sido arrestado formalmente, pero no puede intervenir en el proceso de interrogación. Las excepciones incluyen: Los padres no se presentan dentro de un tiempo razonable; esperar a los padres puede dañar la investigación, al niño o a un tercero; no poder localizar a los padres después de un intento razonable; y un padre puede ser retirado del interrogatorio si él / ella amenaza al niño o interrumpe el interrogatorio. Las razones por las cuales un padre no está presente deben ser documentadas por escrito por un oficial autorizado.

[14] Solo el 4% de los niños afirmaron que habían sido acompañados por uno de sus padres a lo largo de su interrogatorio. Addameer, Imprisonment of Children, diciembre de 2017, http://www.addameer.org/the_prisoners/children consultado el 31-3-2022

[15] Ley del Menor, Juicio, Castigo y Modalidades de Tratamiento, 1971, Sección I (a) (1).

[16] La Orden Militar (OM) 1676, párr. 136 b (c) establece que se le debe notificar al niño que tiene el derecho de consultar con un abogado, pero este derecho puede ser suspendido por hasta 90 días en delitos relacionados con la "seguridad". Ver aquí también la OM 1651, párr. 58 (c). Al llegar a una estación de policía, se debe informar al niño que tiene derecho a consultar con un abogado, pero no se indica cuándo debe realizarse esta consulta. Los tribunales militares han dicho en varias ocasiones que un niño debe consultar con un abogado antes del interrogatorio, pero esto rara vez sucede en la práctica. Esto se debe, en parte, al hecho de que la mayoría de los niños

acceso a un abogado, para los niños israelíes es de 48 horas[17] y para los palestinos es sin embargo 96 horas[18]; con respecto a la primera prórroga judicial de la detención con fines de investigación o el período máximo de detención antes de la imputación es de 10 días para los niños israelíes[19] y de 15 días para los niños palestinos[20]; el período máximo de detención entre la imputación y la conclusión del juicio para los niños israelíes es de 6 meses[21] y para los niños palestinos es de 12 meses[22]; a pesar de que la responsabilidad penal comienza a los 12 años tanto para los palestinos como para los israelíes, los palestinos bajo el sistema de tribunales militares son juzgados como adultos a la edad de 16 años[23], mientras que el sistema de justicia israelí establece la mayoría de edad en 18 años para los israelíes; mientras que la ley israelí y las órdenes policiales establecen que los niños detenidos en Israel deben ser interrogados solo por oficiales de policía entrenados especialmente para la tarea, los niños palestinos son interrogados por la policía o los oficiales de la Agencia de Seguridad Israelí (ISA), en situaciones que son intimidatorias en las que carecen de cualquier forma real de supervisión y están llenas de abusos[24]; a pesar de que el tribunal militar de Ofer y el tribunal militar de Salem incluyen desde 2009 tribunales militares juveniles, según la ley militar los tribunales de adultos pueden decidir sobre todas las solicitudes presentadas en los procesos contra menores, siempre que sean anteriores al juicio, solo por mencionar algunos ejemplos.

---

son arrestados por la noche y generalmente no tienen los datos de contacto de un abogado. Además, es extremadamente raro que los tribunales militares rechacen las pruebas obtenidas de un niño durante un interrogatorio porque el niño no consultó primero con un abogado.

[17] Ley de Procedimiento Penal, párr. 34. En el caso de infracciones de seguridad, el período de tiempo es de 21 días como establece el párr. 35.

[18] OM 1651, párr. 56 (e). En el caso de los delitos contra la seguridad, el plazo es de 60 días como establecen los párrs. 58 y 59.

[19] Ley del Menor, Juicio, Castigo y Modalidades de Tratamiento, 1971.

[20] OM 1726.

[21] Ley del Menor, Juicio, Castigo y Modalidades de Tratamiento, 1971, Sección 10L; la Ley de Procedimiento Penal, Sección 61 establece 9 meses para adultos, con posibles extensiones.

[22] OM 1651, modificada por la OM 1711. Hay que tener en cuenta que después de un año, un juez de la Corte de Apelaciones Militares puede extender el período de detención cada tres meses, sin límite en el número de extensiones.

[23] Esta ley se modificó el 27 de septiembre de 2011, estableciendo la mayoría de edad palestina en 18 años, sin embargo, aún no se ha implementado. Addameer, The Israeli Military Court System, julio de 2017,

[h]ttp://www.addameer.org/israeli_military_judicial_system/military_courts consultado el 31-3-2022

[24] Addameer, Imprisonment of Children, diciembre de 2017, http://www.addameer.org/the_prisoners/children consultado el 31-3-2022

Estos casos de discriminación en la aplicación de la ley[25] constituyen una violación del principio de igualdad ante la ley y ante los tribunales recogidos en normas internacionales como el art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), arts. 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), arts. 2 y 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el art. 67 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por mencionar algunas de ellas. Por tanto, toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser tratada igual que otras personas en situación similar, sin discriminación[26]. La igualdad de trato no significa trato idéntico, sino que, ante hechos objetivos iguales, la respuesta judicial debe ser la misma[27]. Así, los procesamientos que se dirigen concretamente contra un grupo étnico se pueden considerar como aplicación discriminatoria de la ley[28], así como la aplicación desproporcionada de leyes relativas a la lucha contra el terrorismo redactadas de manera ambigua en contra de determinados grupos[29] y la reiterada detención por las opiniones políticas de la persona[30]. Dicho esto, la celebración de juicios en tribunales que tienen procedimientos especiales, como por ejemplo juzgar a civiles ante tribunales militares limitando las posibilidades de apelación, como sucede en los territorios ocupados palestinos, viola el principio de no discriminación y el principio de igualdad ante la ley[31]. Por su lado, el Comité para la Eliminación de la Discriminación

---

[25] Consejo de Derechos Humanos: A/HRC/22/63, 07 de febrero de 2013, párrs. 39-49, https://undocs.org/es/A/HRC/22/63 consultado el 31-3-2022

[26] Arts. 2.1, 14.1 y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 5.a de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; arts. 6 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

[27] Cerdá Martínez-Pujalte, C. M., *Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación*, págs. 194 y 203, https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23276.pdf consultado el 21-8-2021; Bayefsky, A. F., *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*, (Título original: "*The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*", publicado en Human Rights Law Journal, Vol. 11, No. 1-2, 1990, págs. 1-34), págs. 11 y 33, https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf consultado el 31-8-2021

[28] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Observaciones Finales, Croacia, Docs. ONU: CERD/C/HRV/CO/8 (2009), párr. 15; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes: Observaciones Finales, Bosnia y Herzegovina, Doc. ONU: CAT/C/BIH/CO/1 (2005), párrs. 10 y 11.

[29] Informe del relator especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo: Docs. ONU: A/HRC/4/26 (2007), párr. 37, E/CN.4/2006/98 (2005) párrs. 26-27, 42-50 y 72.

[30] Manual De Amnistía Internacional, Juicios Justos, segunda edición, 2014, Londres, pág. 112.

[31] ANDREU-GUZMÁN, F., *Los civiles ante los Tribunales Militares*, La Comisión Internacional de Juristas, Fuero Militar y Derecho Internacional, Vol. II, Ginebra,

Racial ha expresado preocupación por la aplicación por parte de Israel de una legislación penal distinta para los palestinos qué para los israelíes, que da lugar a detención prolongada y penas más severas por los mismos delitos[32].

Así Israel otorga sustanciales beneficios y privilegios a un grupo racial-nacional-étnico, el judío, mientras que oprime a otro grupo, el palestino, para controlarlo y así poder destruir su voluntad de autodeterminación encerrándolo entre muros y puestos de control y sometiéndolo a un régimen militar permanente, garantizando su política de anexión, construcción de asentamientos, dominio de los recursos naturales y una clara supremacía de los judíos con respecto a los palestinos (independientemente de su religión), imponiendo Israel de esta manera un sistema de apartheid a la población palestina, según un informe de Amnistía Internacional de febrero de 2022, donde se describe[33].

III. NEGACIÓN DE ISRAEL A APLICAR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A LOS PALESTINOS

Desde el inicio de la ocupación, la postura de Israel ha sido contraria a la aplicación paralela de los tratados y convenios suscritos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los de Derecho Internacional Humanitario, argumentando que existe una clara separación en los objetivos de cada uno, aludiendo a la separación teórica e histórica de los mismos en el marco del derecho internacional. Israel argumenta que la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sería inapropiada en los territorios palestinos ocupados puesto que ya se aplica la ley de la ocupación beligerante, es decir el Derecho Internacional Humanitario y sostiene que los tratados de derechos humanos y la Convención de Ginebra dan respuestas diferentes a las mismas preguntas, por lo que no es posible aplicar

2018, pág. 4, https://www.refworld.org.es/pdfid/5b6b39934.pdf consultado el 12-2-2020; Addameer, Tribunales Militares Israelíes, julio 2017, https://www.addameer.org/israeli_military_judicial_system/military_courts consultado el 12-2-2020; relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Doc. ONU: E/CN.4/2005/60, párrs. 17-19.

[32] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Observaciones Finales: Israel, DOC. ONU: CERD/C/ISR/CO/13 (2007), párr. 35.

[33] Informe Amnistía Internacional, El *Apartheid* Israelí contra la Población Palestina. Cruel Sistema de Dominación y Crimen de Lesa Humanidad, febrero de 2022, https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/5141/2022/en/ consultado 01-4-2022

las disposiciones de ambos instrumentos[34]. Además, Israel sostiene la teoría de la jurisdicción territorial[35] por fuera de la cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no puede ser aplicado.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha expresado en repetidas ocasiones que Israel tiene que garantizar la aplicación de los convenios de derechos humanos en el territorio que ocupa, es decir, Cisjordania, Jerusalén Este, la Franja de Gaza y los Altos del Golán sirios. La respuesta del Comité de Derechos Humanos es clara en lo que respecta a la disputa de la intersección del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: el Comité reitera su opinión, señalada en el párr. 11 de sus observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Estado parte y en el párr. 10 de sus observaciones finales sobre el informe inicial del Estado parte, en el sentido que la aplicabilidad del régimen del derecho internacional humanitario durante un conflicto armado, así como en una situación de ocupación, no excluye la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, excepto por efecto del art. 4, por el cual ciertas disposiciones pueden ser derogadas en un momento de emergencia nacional[36]. Esta posición se vio reforzada por la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado. De acuerdo con esta opinión, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable a las acciones de un Estado incluso fuera de la jurisdicción de su territorio. Esta Opinión constituye un argumento decisivo en el debate de la aplicabilidad simultánea del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que en ella se explicita que la aplicabilidad del régimen del Derecho Internacional Humanitario no excluye la responsabilidad de los Estados parte (art. 2, párr. 1) por las acciones de sus autoridades o agentes fuera de sus propios territorios, incluidos los territorios ocupados. Así, el Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones al Estado de Israel reitera y subraya que, contrariamente a la posición del Estado Parte, en las circunstancias actuales, las disposiciones del Pacto se aplican en beneficio de la población de los

[34] *"The [human rights treaties] and the Geneva Convention gave different answers to the same questions, and it was therefore not possible to apply the provisions of both instruments"*, Human Rights Committee Summary record of the 1677th meeting: Israel, (27 de julio de 1998), párr. 32, UN Doc. CCPR/C/SR.1677, https://undocs.org/CCPR/C/SR.1677 (acceso 13.10.2021)

[35] Es sin embargo interesante notar que los colonos israelíes que viven ilegalmente dentro de Cisjordania no son sujetos a esta excepción.

[36] Human Rights Committee: Concluding observations, CCPR/C/79/Add.93, 18 August 1998, https://undocs.org/CCPR/C/79/Add.93 (13.10.2021)

territorios ocupados, incluida la Franja de Gaza, para toda conducta de las autoridades o agentes del Estado Parte en esos territorios que afecten el goce de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 40)[37].

IV. DETENCIONES VIOLENTAS Y SIN CONDENA

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), que Israel ratificó en 1991, exige que los niños solo sean detenidos como medida de último recurso y por el menor tiempo necesario[38]. Según la Convención sobre los Derechos del Niño, "niño" es "*todo ser humano menor de dieciocho años*", mientras que la OM 132 define al "niño" palestino como un individuo menor de 16 años[39], permitiendo que los niños palestinos sean juzgados y sentenciados a partir de los 16 años por tribunales militares israelíes, como si fueran adultos. Además, los niños palestinos siguen siendo juzgados según su edad en el momento de la sentencia, en lugar de serlo por su edad al momento en el que presuntamente cometieron los hechos constitutivos de delito[40]. Esta práctica permite que un sujeto menor de edad pueda ser condenado como adulto por un delito cometido cuando aún no lo era, cosa que sucede en muchas ocasiones cuando el sujeto en espera de ser procesado o en espera de la sentencia cumpla los 16 años.

Military Court Watch (MCW) informa que en el 2017 el 65% de los niños fueron detenidos por el ejército estando en sus hogares en detenciones nocturnas, llamadas "*night raids*", entre las 22:00 y las 05:00 horas. Las detenciones nocturnas tienen un efecto más intimi-

---

[37] "*The Committee therefore reiterates and underscores that, contrary to the State party's position, in the current circumstances, the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the occupied territories, including in the Gaza Strip, for all conduct by the State party's authorities or agents in those territories affecting the enjoyment of rights enshrined in the Covenant (arts. 2 and 40)*", Concluding observations of the Human Rights Committee. Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant Geneva, (12–30 July 2010); ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, Reports (2004), p.136.

[38] El art. 37 (b) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN) establece que los niños deben ser privados de libertad solo como último recurso y por el período más corto, de acuerdo con el interés superior del niño; Defense for Children International Palestine (DCIP), Ramallah, 12 de mayo de 2020, https://www.dci-palestine.org/unicef_joins_call_to_release_palestinian_children_in_israeli_military_detention consultado el 10-8-2020

[39] Mientras que el Código Penal israelí define al niño israelí como un individuo menor de 18 años.

[40] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

datorio y aterrorizador para los niños, que son despertados por los soldados en el interior de sus casas durante la noche[41]. El 6% de los niños informa que se les ha entregado una citación como alternativa al arresto nocturno, violando en el 94% de los casos lo establecido en la OM 1676. En los casos en los cuales el ejército israelí usa el sistema de citaciones, la mayoría de estas se entregan por la noche, no contienen detalles suficientes sobre la acusación, a menudo se escriben en hebreo y no proporcionan información alguna sobre los derechos legales del niño. En el 65% de los casos en los que los niños fueron detenidos en su hogar no se proporcionó una notificación en la cual se especificaran las razones de la detención (como ya se indicó, en la mayoría de los casos se les acusa de tirar piedras a soldados o a colonos) ni del lugar de detención, todo esto en violación de la OM 1676. Esto a pesar de que las autoridades militares israelíes informaron a UNICEF en 2013 que un formulario escrito en árabe o hebreo se daba a los padres de los niños arrestados en el hogar en todos los casos[42].

En su informe, UNICEF recomendó la prohibición total de vendar los ojos o encapuchar a los niños[43]. A pesar de esto, el 78% de los niños informa que tienen los ojos vendados o encapuchados después del arresto. Después de vendarles los ojos y atarles las manos se procede a introducirles en un vehículo militar, donde se tienen que sentar sobre un suelo de metal. Durante el viaje se realizan varias paradas entre las que se incluye una visita a un médico. Este les hace varias preguntas, pero sin proceder a examinarles e ignorándoles, por ejemplo, cuando le dicen que los lazos de plástico con los cuales les atan las manos les aprietan mucho o/y hacen daño[44]. Algunos niños permanecen atados durante el interrogatorio. Todos los niños siguen estando atados de los tobillos durante las comparecencias ante los tribunales militares.

---

[41] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

[42] UNICEF, Children in Israeli Military Detention- Observations and Recommendations, Bulletin No. 2: febrero de 2015, pág. 1, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/Children%20in%20Israeli%20Military%20-%20Bulletin%20No_%202.pdf consultado el 31-3-2022

[43] UNICEF, Children in Israeli Military Detention- Observations and Recommendations, Bulletin No. 2: febrero de 2015, pág. 10, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/Children%20in%20Israeli%20Military%20-%20Bulletin%20No_%202.pdf consultado el 31-3-2022; Informe del relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Doc. ONU: E/CN.4/2003/68 (2002), párr. 26.g; Comité contra la Tortura (CAT): Observaciones Finales, Liechtenstein, Doc. ONU: CAT/C/LIE/CO/3 (2010), párr. 23.

[44] MCW, Evidence update: hand ties, 12 de Octubre de 2020, http://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=P08ArlracIa1443618AGniGkIR9YV consultado 15-9-2021

Como las detenciones se hacen entre las 22:00 y las 05:00 horas, los niños tienen que esperar fuera o en un contenedor a que abran el centro de interrogación. En la mayoría de los casos, los soldados impiden que duerman antes de ser interrogados. En muy pocos casos se les da agua o algo de comer[45], lo cual constituye una violación de las normas recogidas en los arts. 79 al 89 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949. Según los datos recogidos por el Israel Prison Service (IPS) en 2020, la gran mayoría de niños palestinos detenidos no estaban condenados por ningún delito, sino que se encontraban en prisión preventiva[46].

V. FALTA DE PROTECCIÓN DURANTE LOS INTERROGATORIOS

Algunos órganos de derechos humanos recomiendan la grabación electrónica de los interrogatorios[47]. La finalidad es proteger a la persona frente a los malos tratos y proteger a la policía de las denuncias infundadas de malos tratos. El Comité para la Prevención de la Tortura ha señalado la importancia de garantizar una grabación ininte-

[45] UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), Defenceless: The impact of the Israeli military detention system on Palestinian children, 29 de octubre de 2020, https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/defenceless-impact-israeli-military-detention-system consultado el 31-3-2022; Addameer, Imprisonment of Children, diciembre de 2017, http://www.addameer.org/the_prisoners/children consultado el 31-3-2022; UNICEF, Children in Israeli Military Detention- Observations and Recommendations, Bulletin No. 2: febrero de 2015, pág. 10, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/Children%20in%20Israeli%20Military%20-%20Bulletin%20No_%202.pdf consultado el 31-3-2022; MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

[46] Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios Territorio Palestino Ocupado (OCHA), In light of COVID-19 crisis, UN officials call for immediate release of all children in detention, including Palestinian children, Declaración de prensa conjunta de Jamie McGoldrick, coordinador humanitario en el territorio palestino ocupado, Genevieve Boutin, representante especial de UNICEF en el estado de Palestina, y James Heenan, jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU en el territorio palestino ocupado, 11 de mayo de 2020, https://www.ochaopt.org/content/light-covid-19-crisis-un-officials-call-immediate-release-all-children-detention-including consultado el 17-5-2021; UN News, UN officials call for release of detained Palestinian children amid pandemic, 11 de mayo de 2020, https://news.un.org/en/story/2020/05/1063722 consultado el 16-5-2021; Defense for Children International Palestine (DCIP), Ramallah, 21 de abril de 2020, https://www.dci-palestine.org/palestinian_children_detained_by_israel_increases_amid_covid_19_pandemic consultado el 10-8-2020

[47] Comité de Derechos Humanos: Hungría, Doc. ONU: CCPR/C/HUN/CO/5 (2010), párr. 13; Comité contra la Tortura: Israel, Doc. ONU: CAT/C/ISR/CO/4 (2009), párr. 16; Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) 12th General Report, CPT/Inf (2002) 15, párr. 36.

rrumpida (con indicación automática de fecha y hora) de todas las personas presentes en la sala durante el interrogatorio[48]. El relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes va aún más lejos y declara que no deberían admitirse en un procedimiento judicial pruebas obtenidas en interrogatorios que no hubieran sido grabados[49].

La OM 1745[50] prevé la grabación audiovisual de interrogatorios que involucran a menores en el caso de delitos "no relacionados con la seguridad", o sea que no se aplica a "los delitos o infracciones de seguridad", como lanzar piedras[51] u organizar una protesta no autorizada que representan aproximadamente el 88% de los casos relacionados con menores[52].

VI. TORTURA Y MALOS TRATOS: ¿CASOS EXCEPCIONALES O REGLA GENERAL?

El 65% de los niños alega haber estado sometido a varias formas de abuso físico después de la detención. Los tipos de abusos reportados incluyen: bofetadas, puñetazos, patadas, golpes con objetos contundentes como rifles de asalto, la obligación de mantener posiciones o realizar movimientos que ejerzan tensión adicional sobre las articulaciones afectadas y empujar a los niños contra paredes y alambres de púas[53]. El 59% de los niños sufre amenazas después de su detención o durante el interrogatorio. Dichas amenazas se realizan con armas de fuego, amenazas de muerte, colocación en régimen de

[48] Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT): Turquía, CPT/Inf (2011) 13, párr. 33; Irlanda, CPT/Inf (2011) 3, párr. 18.

[49] Informe del relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Doc. ONU: A/56/156 (2001), párr. 39.f.

[50] Israeli Defence Forces, Order No. 1745 Regarding Security Directives (Amendment No. 43) (Temporary Directives), Nitsan Alon, General Commander of the Israeli Defense Forces in Judea and Samaria, 10 September 2014, https://www.militarycourtwatch.org/files/server/Military%20Order%201745_ENG%20(2)(1).pdf consultado el 29-5-2021

[51] Señalemos que el delito más común por el cual los niños son condenados es el de tirar piedras y que la ley militar establece penas duras por tirar objetos (de 10-20 años, dependiendo de si un vehículo está involucrado o no).

[52] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

[53] Addameer, Imprisonment of Children, diciembre de 2017, http://www.addameer.org/the_prisoners/children consultado el 31-3-2022

aislamiento[54] y, por último, en ocasiones, está sometido a duros interrogatorios con mal trato físico, psicológico o ambos[55]. El 46% de los niños sostiene que fueron sometidos a vejaciones verbales durante el arresto, el traslado y/o el interrogatorio. Las vejaciones verbales se dirigen directamente al niño, a la madre o hermana(s) del niño o a su religión. El 66% afirman que fueron desnudados a su llegada al centro de detención, teniendo que agacharse o estrecharse estando desnudos mientras los cacheaban. Las autoridades israelíes siguen ignorando las recomendaciones de UNICEF sobre cómo se deben realizar estos controles. Cada vez son más frecuentes los casos en los cuales los soldados israelíes y los oficiales de la Agencia de Seguridad Israelí utilizan amenazas sexuales, incluidas las amenazas de violación, como una forma de infligir miedo a los niños y obligarlos a confesar determinadas conductas y comportamientos de los cuales no son responsables. Se han documentado casos de niños que informaron

[54] Según UNICEF, la aplicación del régimen de aislamiento, por períodos que oscilan entre 4 y 17 días, suele producirse durante la fase del interrogatorio cuando este se produce al interior de instalaciones en las cuales operan de forma conjunta el Servicio Penitenciario Israelí y la Agencia de Seguridad Israelí. Hay que indicar que la reclusión prolongada en régimen de aislamiento puede considerarse como tortura o malos tratos. Comité de Derechos Humanos: Observación General 20, párr. 6; relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Doc. ONU: A/66/268 (2011), párr. 81; A pesar de que las autoridades israelíes alegan que la Agencia de Seguridad Israelí mantuvo a los detenidos en aislamiento solo en casos extremos y cuando no había otra opción, y que la Agencia de Seguridad Israelí no utilizó el aislamiento como un medio para aumentar el interrogatorio, forzar una confesión o castigar, una Oficina del Inspector independiente para las quejas contra los interrogadores de la Agencia de Seguridad Israelí en el Ministerio de Justicia tramitó las denuncias de mala conducta y abuso en los interrogatorios. La decisión de abrir una investigación contra un empleado de la Agencia de Seguridad Israelí queda a discreción del fiscal general. Departamento de Estado de EE. UU.: Informe anual por país sobre derechos humanos para 2019, marzo de 2020, https://www.state.gov/reports/2019-country-reports-on-human-rights-practices/israel/ consultado el 18-5-2021; La reclusión en régimen de aislamiento está prohibida en relación con los menores de edad. Comité de los Derechos del Niño: Observación General 10, párr. 89; Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association: *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Professional Training Series No. 9, United Nations New York and Geneva, 2003, Chapter 8: International Legal Standards for the Protection of Persons Deprived of Their Liberty págs. 317-370; Un informe de mayo 2019 sobre 42 cárceles y centros de detención israelíes de la Defensoría del Pueblo advirtió que miles de prisioneros están recluidos en instalaciones no aptas para la habitación humana y que muchos de los presos, especialmente menores, fueron castigados con aislamiento y uso desproporcionado de grilletes. Departamento de Estado de EE. UU.: Informe anual por país sobre derechos humanos para 2019, marzo de 2020, https://www.state.gov/reports/2019-country-reports-on-human-rights-practices/israel/ consultado el 18-5-2021

[55] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

que habían sufrido agresiones sexuales, tanto durante la operación de arresto y traslados a los centros de detención como durante el interrogatorio, adoptando estas agresiones numerosas formas, por ejemplo, agarrarlos por los testículos, amenazas de violación o/y sodomía con un objeto[56]. Los niños se sienten asustados y confiesan cosas que nunca sucedieron o que no han hecho[57].

Los interrogadores de la Agencia de Seguridad Israelí pueden estar exentos de enjuiciamiento penal si utilizan "métodos excepcionales" en casos extraordinarios en los cuales se determine que los hechos implican una amenaza inminente, como el escenario de la "bomba de relojería". El gobierno determinó en 2018 que las reglas, procedimientos y métodos de interrogatorio de la Agencia de Seguridad Israelí eran confidenciales por razones de seguridad, pero estaban sujetos a la supervisión gubernamental desde dentro y fuera de la Agencia de Seguridad Israelí[58].

Según la ONG Comité Público contra la Tortura en Israel (PCATI) y Physicians for Human Rights Israel (PHRI), los médicos ignoran los moretones y las heridas resultantes de arrestos e interrogatorios violentos. Otro problema es que en Israel, las conclusiones de la Comisión Landau, creada para decidir sobre la legitimidad o no de las prácticas de interrogatorio de la policía y los servicios secretos israelíes utilizadas contra los palestinos sospechosos de actividades terroristas, ponen en duda la consolidada negación de la práctica de tortura[59], afirmando que: "*Actual torture […] would perhaps be justified in order to uncover a bomb to explode in a building full of people*"[60].

No menos preocupante es la técnica empleada por los militares que realizan los interrogatorios de presionar a los niños para que informen sobre otros de su aldea. También se intenta reclutar niños como informantes regulares para el ejército, una práctica que está prohibida, entre otras, por el art. 44 del Reglamento Relativo a las

---

[56] Addameer, Imprisonment of Children, diciembre de 2017, http://www.addameer.org/the_prisoners/children consultado el 31-3-2022

[57] Addameer, Imprisonment of Children, diciembre de 2017, http://www.addameer.org/the_prisoners/children consultado el 31-3-2022

[58] Departamento de Estado de EE. UU.: Informe anual por país sobre derechos humanos para 2019, marzo de 2020, https://www.state.gov/reports/2019-country-reports-on-human-rights-practices/israel/ consultado el 18-5-2021

[59] W. BRUGGER, *Freiheit und Sicherheit. Eine staatstheoretische Skizze mit praktischen Beispielen*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pág. 57.

[60] M. LA TORRE, *La justicia de la tortura. Variaciones sobre el tema*, Revista Derecho del Estado No. 47, Universidad Externado de Colombia, septiembre-diciembre de 2020, págs. 3-29.

Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, conocido como Reglamento de la Haya[61].

A pesar de que Israel, en cuanto potencia ocupante, tiene la obligación de proteger a la población del territorio ocupado, Israel incumple el deber que tiene todo Estado de prevenir la tortura y otros malos tratos, deber que no admite restricciones (ni siquiera en tiempos de guerra o estados de excepción) y resulta vinculante no solamente en relación con los ciudadanos de dicho Estado, sino también respecto de todas aquellas personas a él sometidas, bien sea al interior de su territorio o en aquellas zonas bajo su control efectivo[62].

VII. LA ASISTENCIA JURÍDICA: UN DERECHO LIMITADO

El 81% de los niños no tiene acceso a un abogado antes del interrogatorio. Algunos informan que a pesar de que fueron informados de este derecho el interrogatorio se produjo antes de la llegada del letrado. Otros niños dicen que se les informó de este derecho a mitad del interrogatorio o cuando este ya había finalizado. En los pocos casos donde se permitió la consulta, esta tuvo lugar por teléfono y duraba entre 15 y 60 segundos. En la mayoría de los casos, el personal que realizaba el interrogatorio permanecía en la habitación y en ocasiones incluso la conversación entre el menor detenido y su abogado era escuchada por dicho personal[63].

Toda persona arrestada o detenida debe ser informada de su derecho a recibir asistencia jurídica[64], inmediatamente después del arresto o la detención y antes del interrogatorio[65] y cuando ya se han presenta-

[61] Addameer, Imprisonment of Children, diciembre de 2017, http://www.addameer.org/the_prisoners/children consultado el 31-3-2022

[62] Comité de Derechos Humanos: Observación General 31, párr. 10; Comité contra la Tortura: Observación General 2, párr. 16; Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, CIJ, 9 de julio de 2004, párr. 111; Comité contra la Tortura: Observaciones Finales, Estados Unidos de América, Doc. ONU: CAT/C/USA/CO/2 (2006), párr. 15.

[63] MCW: Newsletter - February 2019, http://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=qYEoclCDkGa1247712AuoMaTtJ6Kd consultado el 31-3-2022

[64] Principio 17.1 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; arts. 55.2.c y 60 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Comité contra la Tortura: Observación General 2, párr. 13.

[65] Art. 37.d de la Convención sobre los Derechos del Niño; principio 17 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; arts. 55.2.c y 67.1.d del Estatuto de Roma de la Corte

do cargos contra la persona[66], aunque decida ejercer su derecho a guardar silencio[67]. Las normas internacionales[68] disponen que toda persona arrestada o detenida debe ser informada de sus derechos y recibir una explicación sobre cómo puede ejercerlos[69]. Los Estados deben prohibir los interrogatorios sin la presencia del abogado, a menos que existan circunstancias apremiantes o que la persona acusada renuncie voluntariamente y con conocimiento de causa al derecho a asistencia jurídica; esta prohibición debe ser absoluta si la persona es menor de edad[70].

Aunque el derecho a la asistencia jurídica durante la detención, el interrogatorio y la investigación preliminar no se establece expresamente ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los mecanismos de vigilancia de estos tratados han aclarado que es indispensable para el ejercicio efectivo del derecho a un juicio justo[71] ya que permite

---

Penal Internacional; art. 18.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

66 Art. 37.d de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 55.2.c del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Comité contra la Tortura (CAT): Observaciones Finales, Letonia, Doc. ONU: CAT/C/CR/31/3 (2004), párrs. 6.h, 7.c; Comité de Derechos Humanos: Observación General 32, párr. 34; Jordania, Doc. ONU: CCPR/C/JOR/CO/4 (2010), párr. 9; Observaciones Finales, Países Bajos, Doc. ONU: CCPR/C/NLD/CO/4 (2009), párr. 11; Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association: *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Professional Training Series No. 9, United Nations New York and Geneva, 2003, Capítulo 5: Human Rights and Arrest, Pre-Trial and Administrative Detention, págs. 208-209; Consejo de Derechos Humanos: Resolución 13/19, Doc. ONU: A/HRC/RES/13/19 (2010), párr. 6; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): Dayanan vs. Turquía (7377/03) (2009), párr. 30-33.

67 Art. 55.2.c y d del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Comité de Derechos Humanos: Observaciones Finales, Japón, Doc. ONU: CCPR/C/JPN/CO/5 (2008), párr. 18; Países Bajos, Doc. ONU: CCPR/C/NLD/CO/4 (2009), párr. 11; El Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes (SPT): Maldivas, Doc. ONU: CAT/OP/MDV/1 (2009), párrs. 105-107.

68 Principios 13 y 14 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; directrices 2, párr. 42.c y 3, párr. 43.i de los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal, arts. 55.2 y 60.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

69 Comité contra la Tortura: Observación General 2, párr. 13; Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes: CPT/ Inf (96) 21 (1996), párr. 16; 2° Informe general, CPT/Inf (92) 3 (1992), párrs. 36-37.

70 Directrices 3, párr. 43.b y 10, párr. 53.b de los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal.

71 Comité de Derechos Humanos: Observaciones Finales, Georgia, Doc. ONU: CCPR/C/79/Add.75 (1997), párr. 27; Países Bajos, Doc. ONU: CCPR/C/NLD/CO/4 (2009), párr. 11.

impugnar la legalidad de su detención y constituye una importante salvaguardia contra la tortura y otros malos tratos y las confesiones obtenidas bajo "coacción"[72]. Por tanto, las disposiciones de estos tratados relativas al derecho a recibir asistencia jurídica[73] son también aplicables a la fase previa al juicio. Dicho esto, los derechos de la defensa serían lesionados si la declaración de culpabilidad se basase en declaraciones incriminatorias formuladas por el detenido durante el interrogatorio sin haber tenido acceso a un abogado[74]. La Corte Penal Internacional ha fallado que la declaración prestada por un acusado durante el interrogatorio inicial ante autoridades nacionales, sin contar con la presencia de un abogado y sin que se le informase plenamente de las razones de su detención, era inadmisible como prueba ante la Corte[75].

No todos los niños están representados en su primera comparecencia ante el tribunal, pero posteriormente todos tienen acceso a un abogado. La mayoría de los abogados defensores que aparecen en los tribunales militares son palestinos que trabajan para el Ministerio de Justicia palestino u ONGs locales. También hay abogados privados palestinos e israelíes que proporcionan representación legal a los acusados que lo pueden pagar. Las autoridades militares israelíes no proporcionan ayuda legal alguna, por lo que las familias deben o pagar a un abogado privado u obtener servicios legales gratuitos de una ONG financiada por donantes internacionales[76].

VIII. PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD

El 84% de los niños sostiene que no se les informó de su derecho a mantener silencio antes del interrogatorio. Algunos niños narraron que habían sido informados del derecho pero que aun así fueron agre-

[72] Comité de Derechos Humanos: Observación General 20, párr. 11; relator especial de la ONU sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU: E/CN.4/1992/17 (1991), párr. 284; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Salduz vs. Turquía (36391/02), Gran Sala (2008), párrs. 51, 54.

[73] Art. 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 6.3.c del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[74] Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Salduz vs. Turquía (36391/02), Gran Sala (2008), párr. 55; Nechiporuk y Yonkalo vs. Ucrania (42310/04) (2011), párrs. 262-263; John Murray vs. Reino Unido (18731/91), Gran Sala (1996), párr. 66.

[75] Prosecutor vs. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic a/k/a "Pavo", Hazim Delic, Esad Landzo a/k/a "Zenga", Decision on Zdravko Mucic´s Motion for the Exclusion of Evidence (2 de septiembre de 1997), párrs. 38-55, https://www.icty.org/x/cases/mucic/tdec/en/70902732.htm consultado el 09-2-2020

[76] MCW: Trial, agosto de 2016, http://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=bcrFYuzCKHa8559AZKJwgDnwzz consultado el 31-3-2022

didos físicamente si no confesaban[77]. Esto está prohibido por la OM 1651 y, sin embargo, las confesiones de los niños obtenidas utilizando abusos físicos y verbales, son habitualmente usadas por los jueces militares como base para la condena[78].

Las personas sospechosas o acusadas de haber cometido un delito deben ser informadas en el momento de su arresto y antes del interrogatorio[79] por parte de la autoridad responsable de realizar el interrogatorio o por las autoridades judiciales competentes, de su derecho a la presunción de inocencia, a no ser obligadas a confesarse culpables[80] y, por tanto, a guardar silencio[81]. Con respecto al derecho a guardar silencio, aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no lo recoge expresamente, se considera que está implícito en el párr. 3 g) del art. 14[82]. El derecho a permanecer en silencio y a no declararse culpable son normas internacionales reconocidas ampliamente e implícitas en la noción de juicio justo[83]. Obviamente, las personas interrogadas por delitos relacionados con el terrorismo, delitos de motivación política o a causa de sus opiniones políticas corren especial peligro de sufrir coacción u otros abusos durante el interrogatorio[84]. A los menores de edad se les deben aplicar salvaguardias adicionales[85]. El relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha afirmado

[77] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

[78] Palestinalibre.Org, Ben White, La tortura 'institucional' israelí contra los niños palestinos. Confesiones de palestinos que han sido torturadas regularmente son aceptadas por los jueces de Israel, señalan grupos de activistas pro derechos humanos, 7 de febrero de 2017, http://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=63475 consultado el 31-3-2022

[79] Principio 8 (párr. 29) y directriz 3 (párr. 43.a) de los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal; art. 55.2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

[80] Art. 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 40.2.b.iv de la Convención sobre los Derechos del Niño; principio 21 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; arts. 55.1.a-b, 55.2.b y 67.1.g del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

[81] Comité de Derechos Humanos: Países Bajos, Doc. ONU: CCPR/C/NLD/CO/4 (2009), párr. 11; Comité contra la Tortura: México, Doc. ONU: CAT/C/75 (2003), párr. 220.e.

[82] Comité de Derechos Humanos: Observaciones Finales, Francia, Doc. ONU: CCPR/C/FRA/CO/4 (2008), párr. 14.

[83] Tribunal Europeo de Derechos Humanos: John Murray vs. Reino Unido (18731/91) (1996), párrs. 45, 47-58.

[84] Asamblea General de la ONU: Resolución 65/221, párr. 6.n.

[85] Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association: *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Professional Training

que incluso en un estado de emergencia declarado oficialmente, los Estados no pueden desviarse de los principios fundamentales de un juicio justo, incluida la presunción de inocencia [86]. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha subrayado la inadmisibilidad en todo momento no sólo de las declaraciones y confesiones, sino también, en principio, de toda otra prueba obtenida mediante tortura u otros malos tratos[87], ya que la voluntad de la persona torturada no es libre[88] y esta norma de la inadmisibilidad se debe aplicar siempre, incluso en situaciones de emergencia[89]. Se puede concluir que las declaraciones o confesiones obtenidas como consecuencia de la tortura o de otros malos tratos sufridos no deben ser admitidas como prueba[90].

IX. INFORMACIÓN EN EL IDIOMA DEL DETENIDO: UN DERECHO PENDIENTE

Toda persona arrestada o detenida debe ser informada de los motivos de su detención[91] y de sus derechos en un idioma que la perso-

Series No. 9, United Nations New York and Geneva, 2003, Chapter 10: The Rights of the Child in the Administration of Justice págs. 399-443.

[86] Relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Doc. ONU: E/CN.4/2003/68 (2002), párr. 26.e.; Observación General del Comité de Derechos Humanos No.29, sobre el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptada el 24 de julio de 2001.

[87] Comité de Derechos Humanos: Observación General 32, párr. 6.

[88] PVBLILIVS SYRVS SENTENTIAE, http://www.thelatinlibrary.com/syrus.html consultado el 09-4-2021; J. von

Sonnenfels, *Über die Abschaffung der Folter*, en *Sonnenfels gesammelte Schriften*, Vol. 7, Mit von Baumeisterischen Schriften, Wien, 1785, págs. 51-52, 84.

[89] Comité de Derechos Humanos: Observación General 32, párr. 6; Observación General 29, párrs. 7 y 15.

[90] Art. 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 40.2.b.iv de la Convención sobre los Derechos del Niño; principio 21 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; art. 67.1.g del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Nowak, Manfred, UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2.ª ed. revisada, Engel, 2005, pág. 345, párr. 75; Aquí es importante mencionar el art. 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el art. 12 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

[91] Art. 9.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; principio 10 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; arts. 55.2 y 60.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; art. 20.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association: *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Professional Training

na comprenda[92] o se le debe poner un intérprete[93]. La Orden 1745[94] también estipula que los interrogatorios deben llevarse a cabo en el idioma del acusado[95]. El 77% de los niños dice que se les enseñó un documento escrito en hebreo en el cual teóricamente estaban escritos sus derechos y los motivos de la detención y señalaron que firmaron documentación escrita en hebreo durante su interrogatorio sin la debida traducción en su lengua, el árabe. Mientras que los interrogatorios se realizaban en árabe, se realizaba un registro escrito en hebreo que a menudo se mostraba al menor para que lo firmase[96]. Los procedimientos judiciales se llevan a cabo en hebreo con traducción simultánea proporcionada por un soldado. En la medida en que no se exige un título o certificado de conocimiento de la lengua árabe, la fidelidad de la traducción, tanto de las preguntas que el juez o el fiscal dirigen al acusado como también de lo expresado por él, puede variar en función del nivel lingüístico árabe del soldado.

Con respecto al intérprete durante el interrogatorio, este debe ser independiente de las autoridades, y por tanto la función no debe ser

---

Series No. 9, United Nations New York and Geneva, 2003, Capítulo 5: Human Rights and Arrest, Pre-Trial and Administrative Detention, págs. 181-184.

[92] Directriz 2 (párr. 42.d) de los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal, principio 14 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association: *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Professional Training Series No. 9, United Nations New York and Geneva, 2003, Capítulo 5: Human Rights and Arrest, Pre-Trial and Administrative Detention, págs. 181-184; Art. 5.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, principio 14 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

[93] El art. 55.1.c y 67.1.f del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 14. 3.f del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 40.2.b.vi de la Convención sobre los Derechos del Niño, principio 14 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; M. L. Boticario Galavís, *Marco Regulador del Derecho a Ser Asistido por Intérprete*, Revista de Derecho UNED, No. 11, 2012, pág. 100.

[94] Israeli Defence Forces, Order No. 1745 Regarding Security Directives (Amendment No. 43) (Temporary Directives), Nitsan Alon, General Commander of the Israeli Defense Forces in Judea and Samaria, 10 September 2014, https://www.militarycourtwatch.org/files/server/Military%20Order%201745_ENG%20(2)(1).pdf consultado el 29-5-2021

[95] Respetando los arts. 65 y 72 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y el art. 75, numeral 3, del Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907 (Reglamento de la Haya).

[96] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

llevada a cabo por un soldado israelí y menos todavía por un soldado que ha participado en el proceso de detención. Así lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos al considerar que se había vulnerado el derecho a un juicio justo en el caso de un fallo condenatorio basado en una confesión formulada por el acusado sin contar con un intérprete independiente; uno de los agentes presentes en el interrogatorio actuó de intérprete y mecanografió la declaración[97].

Otro problema es que ninguna decisión de los tribunales militares ha sido traducida oficialmente al árabe, idioma de los acusados en los tribunales militares. Desde 1967, se han emitido más de 1.700 órdenes militares, pero pocas han sido traducidas al árabe. Según el art. 65 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todas las disposiciones penales promulgadas por las autoridades militares israelíes se deben publicar en árabe y la población local debe tener conocimiento de su existencia. En teoría, este incumplimiento significa que las órdenes militares no tienen ningún efecto legal hasta que son traducidas. En términos prácticos, la falta de una traducción adecuada de los procedimientos, las órdenes militares y las sentencias de los tribunales militares coloca a la mayoría de los abogados defensores palestinos en una clara situación de desventaja[98].

X. IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y DEL TRIBUNAL

El art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que un requisito imprescindible para considerar un juicio como justo es que el tribunal que vaya a tomar la decisión sea imparcial[99]. La imparcialidad del juez y del tribunal es un principio general de derecho internacional consuetudinario, vinculante para todos los Estados (incluso los que no han ratificado los tratados internacionales pertinentes) en todo momento, y no se admiten excepciones en su aplicación, ni siquiera en situaciones de emergencia o conflicto

[97] Comité de Derechos Humanos: Singarasa vs. Sri Lanka, Doc. ONU: CCPR/C/81/D/1033/2001 (2004), párr. 7.2.

[98] MCW: Trial, agosto de 2016, http://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=bcrFYuzCKHa8559AZKJwgDnwzz consultado el 31-3-2022; Addameer, The Israeli Military Court System, July 2017, http://www.addameer.org/israeli_military_judicial_system/military_courts consultado el 31-3-2022

[99] Ver también art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); art. 40.2.b.iii de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 8.1 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

armado[100]. El juez no solo debe ser imparcial, sino que parezca serlo[101]. Los jueces no deben tener ningún interés en la causa, ni tener de antemano opiniones sobre ella, ni obrar de manera que favorezca los intereses de una de las partes[102]. Según el principio 6 de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, los jueces tienen que garantizar que los procedimientos sean justos y que se respeten los derechos de todas las partes sin discriminación[103]. Siendo Israel una potencia ocupante con interés en reforzar y expandir los asentamientos ilegales y con interés en debilitar o eliminar toda resistencia palestina contra la política de ocupación israelí, se debe poner la imparcialidad de los jueces y de los tribunales militares israelíes en duda[104].

XI. EL DILEMA DE LA LIBERTAD BAJO FIANZA

Aproximadamente al 86% de los niños se les niega la libertad bajo fianza y deben permanecer detenidos hasta la conclusión del proceso legal que puede llevar muchos meses[105]. La denegación de la fianza es una característica crítica del sistema y da como resultado que una gran parte de los casos se concluyan a través de un acuerdo de culpabilidad. El dilema al que se enfrentan muchas familias y los abogados de los niños es que una vez que se niega la fianza, generalmente el reconocimiento de la culpabilidad se produce más rápidamente, se haya cometió el delito o no, ya que permanecer en una situación de

---

[100] Comité de Derechos Humanos: Observación General 32, párr. 19; Observación General 29, párr. 16; Asamblea General de la ONU: Resolucion 67/166, preámbulo, párr. 11; Resolución 65/213, preámbulo, párr. 9; Base de Datos del Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, anexo 1, norma 100.

[101] Comité de Derechos Humanos: Karttunen vs. Finlandia, Doc. ONU: CCPR/C/OP/4: CCPR/C/46/D/387/1989 (1992), párr. 7.2-3; Collins vs. Jamaica, Doc. ONU: CCPR/C/OP/4: CCPR/C/43/ D/240/1987 (1991), párr. 8.4; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Kyprianou vs. Chipre (73797/01), Gran Sala (2005), párrs. 118-121.

[102] Principio 2 de los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial; Comité de Derechos Humanos: Karttunen vs. Finlandia, Doc. ONU: CCPR/C/OP/4: CCPR/C/46/D/387/1989 (1992), párr. 7.2.

[103] Principio 5 de los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial; relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados: Doc. ONU: A/66/289 (2011), párr. 17.

[104] ANDREU-GUZMÁN, F., *Los civiles ante los Tribunales Militares*, La Comisión Internacional de Juristas, Fuero Militar y Derecho Internacional, Vol. II, Ginebra, 2018, págs. 4-5, 9, 16, 80, 85, 90, https://www.refworld.org.es/pdfid/5b6b39934.pdf consultado el 12-2-2020

[105] MCW: Trial, agosto de 2016, http://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=bcrFYuzCKHa8559AZKJwgDnwzz consultado el 31-3-2022

detención en espera de una fecha de juicio podría demorar hasta seis meses. Esto explica por qué hasta el 98% de los casos terminan en un acuerdo de culpabilidad y por qué, según el informe anual publicado por los tribunales militares en 2011, el sistema logró una tasa de condena del 99,74% en el año anterior[106].

Alrededor del 90% de los niños condenados por los tribunales militares reciben penas de privación de la libertad y un porcentaje similar de niños recibirá adicionalmente una multa, lo que resultará en una pena de prisión más prolongada si los padres del niño no pagan el importe de la misma[107]. Al cumplir su pena, las autoridades militares liberan a los niños en los *checkpoints*, puestos de control militar israelí en Cisjordania. En general, los padres saben el día en que se va a liberar a su hijo, pero rara vez se les dice a qué hora. Por tanto, es muy frecuente que, el día de la liberación de sus hijos, los padres esperen en el *checkpoint* durante horas la llegada de sus hijos. En otros casos, los niños son liberados sin que sus padres estén informados, teniendo el niño que encontrar su propio camino a casa desde el *checkpoint*[108].

XII. EL TRASLADO DE LOS NIÑOS PALESTINOS A TERRITORIO ISRAELÍ Y LAS DIFICULTADES QUE CONLLEVA PARA LAS VISITAS FAMILIARES

El 61% de los niños son trasladados ilegalmente, después de su detención, a zonas que se encuentran en el interior del territorio de Israel[109] lo cual constituye una violación de los arts. 49 y 76 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y supone la responsabilidad penal personal de cualquier persona directa o indirectamente involucrada en la transferencia, en virtud de los arts. 146 y 147 del mismo Convenio. A su vez, se clasifica como crimen de guerra según el art. 8 (2) (b) (viii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Esta violación hace que sea difícil, y en ocasiones imposible, la visita familiar debido a las restricciones de la libertad de movimiento impuestas por las autoridades israelíes tanto en los territorios ocupados (teniendo los

[106] MCW: Trial, agosto de 2016, http://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=bcrFYuzCKHa8559AZKJwgDnwzz consultado el 31-3-2022

[107] MCW: Trial, agosto de 2016, http://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=bcrFYuzCKHa8559AZKJwgDnwzz consultado el 31-3-2022

[108] MCW: Release, agosto de 2016, http://militarycourtwatch.org/page.php?id=PmSpm100XMa10461ALQwF9jX1yP consultado el 31-3-2022

[109] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

palestinos que pasar por *checkpoints*) como en territorio israelí (al ser palestinos, no pueden entrar en territorio israelí sin permisos especiales de difícil obtención). Algunas familias también han citado el acoso en los controles de seguridad como una barrera para las visitas, ya que cada persona debe someterse a una revisión exhaustiva, que puede incluir un registro sin ropa. Otro punto importante a tener en cuenta es que mientras un niño está detenido, las familias pueden solicitar permisos de visita a través del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que coordina el proceso de permisos, sin embargo, son las autoridades israelíes las que aprueban o rechazan unilateralmente las solicitudes de visitas familiares[110].

Desde que la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional anunció en enero de 2015 la apertura de una investigación preliminar de la situación en Palestina para determinar si los criterios del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se han cumplido o no, se estima que aproximadamente 21.000 hombres, mujeres y niños han sido transferidos ilegalmente y detenidos fuera de Cisjordania[111]. A finales de enero de 2020, 183 niños palestinos estaban detenidos en cárceles israelíes, según las últimas cifras publicadas por el IPS[112].

En relación con el derecho a recibir visitas familiares, las personas detenidas, deben poder comunicarse con sus familiares y recibir sus visitas[113], independientemente del carácter del delito del que son

[110] Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios Territorio Palestino Ocupado (OCHA), In light of COVID-19 crisis, UN officials call for immediate release of all children in detention, including Palestinian children, Declaración de prensa conjunta de Jamie McGoldrick, coordinador humanitario en el territorio palestino ocupado, Genevieve Boutin, representante especial de UNICEF en el estado de Palestina, y James Heenan, jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU en el territorio palestino ocupado, 11 de mayo de 2020, https://www.ochaopt.org/content/light-covid-19-crisis-un-officials-call-immediate-release-all-children-detention-including consultado el 17-5-2021

[111] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022; Ver también International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, Situation in the State of Palestine, ICC-01/18-115, 03/16/2020, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_01213.PDF consultado 04-4-2022 y International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, respecting an investigation of the Situation in Palestine, 3 March 2021, https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210303-prosecutor-statement-investigation-palestine consultado 04-4-2022

[112] B'TSELEM - The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories - https://www.btselem.org/statistics/minors_in_custody consultado el 21-10-2020

[113] Regla 92 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, conocidas como las Reglas Nelson Mandela; norma 100.1 del Reglamento de la Corte Penal Internacional; Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes: 2° Informe general, CPT/

sospechosas o han sido acusadas[114]. La negativa a permitir las visitas puede constituir trato inhumano[115]. Las restricciones de este derecho se permiten, por ejemplo, si son necesarias y proporcionadas para salvaguardar la seguridad nacional o la seguridad pública, para proteger la salud y los derechos y las libertades de otras personas[116].

Con respecto a las visitas familiares, los niños tienen derecho a recibir una visita familiar (de 2 personas máximo) cada 2 semanas. Estas visitas no permiten el contacto físico del niño con sus familiares y tienen lugar con una pantalla de vidrio entre ambos[117]. Algunos niños no reciben visitas durante el periodo de su detención, o bien porque el permiso de visita se deniega por motivos de seguridad o porque la burocracia parar obtener dicho permiso de visita dura más tiempo que la pena de prisión misma. A diferencia de los niños israelíes detenidos, a los niños palestinos se les niega la comunicación telefónica con sus familias mientras están en prisión[118].

El relator especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo ha señalado que las órdenes militares que regulan el arresto y la detención de palestinos en Cisjordania no exigen que las autoridades israelíes informen a la persona de los motivos de su detención en el momento de efectuar el arresto[119].

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha resuelto que permitir únicamente dos breves visitas mensuales en una sala en la que el detenido estaba separado de su esposa e hijo mediante una mampara de vidrio constituía una violación del derecho a la vida privada y familiar. En sus fallos, el tribunal ha tenido en

---

Inf (92) 3, párr. 51; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Nuri Özen y Otros vs. Turquía (15672/08 y Otros) (2011), párr. 59.

[114] Comisión Interamericana: Marc Romulus vs. Haití (Causa 1992) (1977).

[115] Comisión Africana: Civil Liberties Organisation vs. Nigeria (151/96), 13th Annual Report (1999), párr. 27.

[116] Principio 19 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; regla 92 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, conocidas como las Reglas Nelson Mandela; norma 100.3 del Reglamento de la Corte Penal Internacional; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Gradek vs. Polonia (39631/06) (2010), párrs. 45-48.

[117] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

[118] MCW: Briefing Note – February 2018, http://www.militarycourtwatch.org/files/server/BRIEFING%20PAPER%20-%20FEB%202018.pdf consultado el 31-3-2022

[119] Relator especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Israel and the Occupied Palestinian Territories, Doc. ONU: A/HRC/6/17/Add.4 (2007), párr. 22.

cuenta si se plantearon otras alternativas más proporcionadas, como las visitas supervisadas[120]. Por su parte las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok, disponen que los Estados deben garantizar que, durante las visitas en presencia de menores, a estos se les permita el libre contacto físico con la madre. Además, al inspeccionar a los niños que visiten a las detenidas, el personal penitenciario deberá proceder de manera competente, profesional y respetuosa de la dignidad de los menores[121]. Dicho esto, estos argumentos se deberían aplicar también cuando el detenido sea un menor y las visitas sean realizadas por sus padres.

Normalmente, se permite a 2 miembros de la familia del niño entrar al tribunal donde este está siendo juzgado. Aunque generalmente está prohibido el contacto físico, se suele permitir una comunicación limitada. Para la mayoría de los niños, esta sería la primera vez que ven a sus padres desde su arresto[122].

XIII. USO ABUSIVO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN PARA LA SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

La declaración de un Estado de encontrarse en un estado de excepción es una respuesta jurídica temporal a una amenaza[123]. El problema surge cuando algunos Estados, como el caso de Israel, convierten el estado de excepción en una situación permanente, ya que una vez que la declaran no la vuelven a levantar y la renuevan una y otra vez[124], y las medidas especiales tomadas para esta situación, como por ejemplo la suspensión de ciertos derechos, acaban cristalizándose en

[120] Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Moiseyev vs. Rusia (62936/00) (2009), párrs. 246-247, 252-259; Messina vs. Italia (No.2) (25498/94) (2000), párrs. 61-74.

[121] Reglas 28 y 21 de las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok.

[122] MCW: Trial, agosto de 2016, http://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=bcrFYuzCKHa8559AZKJwgDnwzz consultado el 31-3-2022

[123] Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 2; Asamblea General de la ONU: Resolución 65/211, párr. 5.

[124] Comité de Derechos Humanos: Observaciones Finales, Siria, Doc. ONU: CCPR/CO/84/SYR (2005), párr. 6; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A. y otros vs. Reino Unido (3455/05), Gran Sala (2009), párr. 178.

Hipótesis de esta situación son los casos de la dictadura de Pinochet en Chile o de Videla en Argentina donde el Estado de Excepción se había convertido en permanente.

leyes una vez que la situación excepcional ha terminado. Señalemos que el estado de excepción solo limita los derechos de los palestinos, no así los derechos de los israelíes que residen en la misma zona.

Con respecto a los derechos que no son susceptibles de suspensión no existe una lista unánime recogida en todos los tratados internacionales; cada tratado tiene su lista[125]. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha explicado que el derecho a un juicio justo y otros derechos con él relacionados[126] y el respeto del principio de legalidad requiere que los requisitos fundamentales de los juicios justos se respeten en todo momento, incluso durante el estado de excepción[127]. Por tanto, existen algunos derechos y limites o prohibiciones que no son susceptibles de suspensión, por ejemplo: (1) la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[128], cuya consecuencia es la prohibición en los procedimientos del uso de pruebas obtenidas como resultado de este tipo de trato (excepto en los procedimientos contra presuntos torturadores o maltratadores)[129]; (2) la detención prolongada en régimen de incomunicación[130] y los castigos corporales[131] pues vulneran la prohibición de la tortura y otros malos tratos; (3) el derecho de las personas detenidas a ser tratadas de forma humana[132]; (4) la prohibición del arresto o la detención arbitrarios[133]; (5) el derecho al acceso a los tribunales para defender los propios derechos[134]; (6) el derecho a impugnar ante un tribunal la legalidad de la detención[135]; (7) el derecho a que los procedimientos se

[125] Art. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 6 del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 15.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[126] Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 15.

[127] Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 16; Observación General 32, párr. 6.

[128] Art. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; art. 15.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[129] Comité de Derechos Humanos: Observación General 32, párr. 6.

[130] Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria: Doc. ONU: E/CN.4/2005/6 (2004), párr. 76; Rodley y Pollard, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2009, págs. 486-488, 492-493.

[131] Relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Docs. ONU: A/HRC/10/44 (2009), párr. 37; A/60/316 (2005), párrs. 18-28.

[132] Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 13.a.

[133] Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 11; Observación General 24, párr. 8; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria: Deliberación No. 9, Doc. ONU: A/HRC/22/44 (2012).

[134] Art. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[135] Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 16; Subcomité para la Prevención de la Tortura: Honduras, Doc. ONU: CAT/OP/HND/1, párr. 282.b;

lleven a cabo ante un tribunal independiente, imparcial y competente[136]; (8) la obligación de separar a las personas recluidas en prisión preventiva de las que han sido juzgadas y declaradas culpables, y de tratarlas con arreglo a su condición de no condenadas, respetando el derecho a la presunción de inocencia[137]; (9) la prohibición de los castigos colectivos[138]; (10) Garantías judiciales, como el *habeas corpus*, para proteger derechos no susceptibles de suspensión[139]; (16) el derecho a un recurso judicial efectivo para impugnar y denunciar las violaciones de otros derechos humanos[140].

XIV. DETENCIONES PREVENTIVAS DE MENORES INCLUSO DURANTE LA COVID-19

Incluso durante una pandemia que obligaba a los Estados a prestar más atención a los derechos y las necesidades de protección de los niños, Israel no renunció a su política de detención preventiva[141]. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, señaló que el encarcelamiento debe ser una medida de último recurso, *"particularmente durante esta crisis"*[142]. Hablando de manera más amplia, Michelle Bachelet, pidió el 25 de marzo 2020 la liberación de todos los detenidos sin base legal suficiente[143].

Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Doc. ONU: A/HRC/7/4 (2008), párrs. 67-68, 82.a.

136 Comité de Derechos Humanos: Observación General 32, párr. 19; González del Río vs. Perú, Doc. ONU: CCPR/C/46/D/263/1987 (1992), párr. 5.1; Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 16.

137 Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 16; Observación General 32, párr. 6.

138 Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 11.

139 Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 16; Observación General 32, párr. 6.

140 Comité de Derechos Humanos: Observación General 29, párr. 14.

141 UN News, UN officials call for release of detained Palestinian children amid pandemic, 11 de mayo de 2020, https://news.un.org/en/story/2020/05/1063722 consultado el 16-5-2021

142 Declaración del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet: Hay que tomar medidas urgentes para evitar que el COVID-19 "cause estragos en las prisiones", Ginebra, 25 de marzo de 2020, https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=E consultado el 17-5-2021

143 UN News, UN officials call for release of detained Palestinian children amid pandemic, 11 de mayo de 2020, https://news.un.org/en/story/2020/05/1063722 consultado el 16-5-2021; Declaración del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet: Hay que tomar medidas urgentes para evitar que el COVID-19 "cause estragos en las prisiones", Ginebra, 25

Las medidas tomadas en medio de una crisis sanitaria global no deben socavar los derechos fundamentales de las personas detenidas[144]. Siendo necesario establecer ciertas restricciones en las visitas a instituciones cerradas para evitar la extensión de la COVID-19, tales restricciones deben establecerse de manera transparente y comunicarse claramente a los afectados y no deben ser arbitrarias[145]. Si bien estas medidas restrictivas pueden considerarse necesarias a corto plazo, durante períodos prolongados tendrán un marcado efecto negativo en los niños. Dicho esto, a los niños detenidos se les debe garantizar en todo momento mantener un contacto regular con sus familias[146] y, si no en persona, a través de llamadas de teléfono[147] u otras alternativas.

Tras una petición reciente al Tribunal Superior de Justicia de Israel, las autoridades israelíes anunciaron durante una audiencia el 2 de abril de 2020 que el IPS emitió una orden temporal que permitía a los niños palestinos detenidos hablar con sus familias por teléfono durante 10 minutos una vez cada dos semanas durante el período de

---

de marzo de 2020, https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=E consultado el 17-5-2021

144 Declaración del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet: Hay que tomar medidas urgentes para evitar que el COVID-19 "cause estragos en las prisiones", Ginebra, 25 de marzo de 2020, https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=E consultado el 17-5-2021

145 Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Comité Permanente entre Organismos, Inter-Agency Standing Committee (IASC), IASC Interim Guidance on COVID-19: Focus on Persons Deprived of Their Liberty, (desarrollada por el ACNUDH y la OMS), 27 de marzo de 2020, pág. 6, https://interagencystandingcommittee.org/other/iasc-interim-guidance-covid-19-focus-persons-deprived-their-liberty-developed-ohchr-and-who consultado el 10-8-2020

146 Manual on Human Rights Monitoring, Advocacy and interaction with national authorities, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Chapter31-24pp.pdf consultado el 10-8-2020; Comité Permanente entre Organismos, Inter-Agency Standing Committee (IASC), IASC Interim Guidance on COVID-19: Focus on Persons Deprived of Their Liberty, (desarrollada por el ACNUDH y la OMS), 27 de marzo de 2020, pág. 6, https://interagencystandingcommittee.org/other/iasc-interim-guidance-covid-19-focus-persons-deprived-their-liberty-developed-ohchr-and-who consultado el 10-8-2020

147 Comité de Derechos del Niño, punto 8, 8 de abril de 2020, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRC_STA_9095_S.pdf consultado el 29-8-2021; Declaración del Comité de los Derechos del Niño: "El Comité de los Derechos del Niño advierte sobre los graves efectos físicos, emocionales y psicológicos de la pandemia del COVID-19 en los niños y llama a los Estados a proteger los derechos del niño", 21 de abril de 2020, http://cpd.org.rs/the-committee-on-the-rights-of-the-child-warns-of-the-grave-physical-emotional-and-psychological-effect-of-the-covid-19-pandemic-on-children-and-calls-on-states-to-protect-the-rights-of-children/?lang=en consultado el 15-5-2021

crisis del COVID-19, según la organización israelí de derechos humanos HaMoked[148]. HaMoked envió una carta a las autoridades israelíes exigiendo que implementaran de inmediato la orden, señalando que las familias de los niños detenidos en la prisión de Ofer no habían recibido ninguna llamada telefónica de sus hijos en más de un mes desde que se emitió[149].

Con respecto a los detenidos en general y a los niños detenidos en especial, estos se enfrentan a un mayor riesgo de contraer COVID-19, debido a que el virus puede propagarse con rapidez debido a la concentración generalmente alta de reclusos en espacios confinados y reducidos y al acceso restringido a la higiene y la atención sanitaria en algunos centros de detención o centros penitenciarios[150], así como al distanciamiento físico y otras medidas preventivas a menudo ausentes o difíciles de lograr. Además, desde el inicio de la crisis del COVID-19 en Israel, los procedimientos legales que lleva a cabo Israel están suspendidos, y a su vez casi todas las visitas a encarcelados se han cancelado y se han prohibido[151]. En el caso de los niños en espera de juicio, estas presiones podrían ponerlos bajo mayor presión para que se incriminen, declarándose culpables para ser liberados más rápido[152].

Jamie McGoldrick, Coordinador Humanitario de la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios en el Territorio Palestino Ocupado, Genevieve Boutin, Representante Especial de UNICEF en el Estado de Palestina y James Heenan, Jefe de la Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Territorio Palestino Ocupado, pidieron a las autoridades israelíes que liberaran a los niños palestinos detenidos sin cargos, bajo detención preventiva

148 HaMoked, http://www.hamoked.org/Document.aspx?dID=Updates2162 consultado el 20-10-2020

149 HaMoked, http://www.hamoked.org/Document.aspx?dID=Updates2162 consultado el 20-10-2020

150 Defense for Children International Palestine (DCIP), Ramallah, 21 de abril de 2020, https://www.dci-palestine.org/palestinian_children_detained_by_israel_increases_amid_covid_19_pandemic consultado el 10-8-2020

151 UN News, UN officials call for release of detained Palestinian children amid pandemic, 11 de mayo de 2020, https://news.un.org/en/story/2020/05/1063722 consultado el 16-5-2021

152 Declaración de prensa conjunta de Jamie McGoldrick, coordinador humanitario en el territorio palestino ocupado (TPO), Genevieve Boutin, Representante Especial de UNICEF en el Estado de Palestina, y James Heenan, Jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU en los territorios palestinos ocupados, Jerusalén, 11 de mayo de 2020, https://www.unicef.org/press-releases/light-covid-19-crisis-un-officials-call-immediate-release-all-children-detention consultado el 16-5-2021

o administrativa y que debido a la pandemia lo hagan de inmediato[153]. A pesar de esto, el número de menores palestinos detenidos en las cárceles y centros de detención israelíes aumentó desde enero 2020[154]. El hecho de que las fuerzas israelíes continúen deteniendo a niños palestinos, en su mayoría en régimen de prisión preventiva, constituye una violación del derecho a la salud de los menores detenidos dado el mayor riesgo presentado por COVID-19[155]. En la situación de ocupación militar israelí de los Territorios Palestinos el deber de protección de la Potencia ocupante se establece principalmente en los arts. 42 a 56 del Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, en los arts. 27 a 34 y 47 a 78 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, así como en ciertas disposiciones del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y del derecho internacional humanitario consuetudinario.

En un comunicado de prensa conjunto publicado el 11 de mayo de 2020 por Jamie McGoldrick, Coordinador Humanitario de la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios en el Territorio Palestino Ocupado, Genevieve Boutin, Representante Especial de UNICEF en el Estado de Palestina y James Heenan, Jefe de la Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Territorio Palestino Ocupado, expresaron su preocupación por la continua detención de niños palestinos por las autoridades israelíes y citando cifras del IPS señalaron que a finales de marzo 2020, las autoridades israelíes detuvieron a 194 niños palestinos en prisiones y centros de detención, principalmente en Israel. Según los datos de un recuento realizado por el IPS el 31 de marzo de 2020, solo el 28 por ciento de los niños palestinos bajo custodia del IPS estaban cumplien-

[153] Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios Territorio Palestino Ocupado (OCHA), In light of COVID-19 crisis, UN officials call for immediate release of all children in detention, including Palestinian children, Declaración de prensa conjunta de Jamie McGoldrick, coordinador humanitario en el territorio palestino ocupado, Genevieve Boutin, representante especial de UNICEF en el estado de Palestina, y James Heenan, jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU en el territorio palestino ocupado, 11 de mayo de 2020, https://www.ochaopt.org/content/light-covid-19-crisis-un-officials-call-immediate-release-all-children-detention-including consultado el 17-5-2021

[154] Defense for Children International Palestine (DCIP), Ramallah, 21 de abril de 2020, https://www.dci-palestine.org/palestinian_children_detained_by_israel_increases_amid_covid_19_pandemic consultado el 10-8-2020

[155] Defense for Children International Palestine (DCIP), Ramallah, 21 de abril de 2020, https://www.dci-palestine.org/palestinian_children_detained_by_israel_increases_amid_covid_19_pandemic consultado el 10-8-2020

do condenas; la gran mayoría de estos niños no han sido condenados por ningún delito, pero se encuentran en prisión preventiva[156]. Según estos funcionarios de la ONU, desde que comenzó la crisis de COVID-19 los procedimientos legales en Israel están en espera, se cancelan casi todas las visitas a la prisión y se niega a los niños el acceso en persona a sus familias y sus abogados, lo que crea dificultades adicionales como el sufrimiento psicológico y se dificulta el derecho de defensa ya que el niño no puede recibir el asesoramiento legal al que tienen derecho debido al riesgo de infección[157]. Los funcionarios también recordaron que los derechos de los niños a la protección, la seguridad y el bienestar deben respetarse en todo momento y que incluso en épocas normales, el arresto o la detención de un niño debe ser una medida de último recurso y por el período de tiempo más breve que corresponda. Esto está consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que Israel ha ratificado[158]y reflejaría el principio del interés superior del niño consagrado en ella[159].

---

156 Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios Territorio Palestino Ocupado (OCHA), In light of COVID-19 crisis, UN officials call for immediate release of all children in detention, including Palestinian children, Declaración de prensa conjunta de Jamie McGoldrick, coordinador humanitario en el territorio palestino ocupado, Genevieve Boutin, representante especial de UNICEF en el estado de Palestina, y James Heenan, jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU en el territorio palestino ocupado, 11 de mayo de 2020, https://www.ochaopt.org/content/light-covid-19-crisis-un-officials-call-immediate-release-all-children-detention-including consultado el 17-5-2021; UN News, UN officials call for release of detained Palestinian children amid pandemic, 11 de mayo de 2020, https://news.un.org/en/story/2020/05/1063722 consultado el 16-5-2021; Defense for Children International Palestine (DCIP), Ramallah, 21 de abril de 2020, https://www.dci-palestine.org/palestinian_children_detained_by_israel_increases_amid_covid_19_pandemic consultado el 10-8-2020

157 UNICEF, https://www.unicef.org/mena/press-releases/covid-19-crisis-un-release-children-detention-Palestinian consultado el 20-10-2020

158 Declaración de prensa conjunta de Jamie McGoldrick, coordinador humanitario en el territorio palestino ocupado (TPO), Genevieve Boutin, Representante Especial de UNICEF en el Estado de Palestina, y James Heenan, Jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU en los territorios palestinos ocupados, Jerusalén, 11 de mayo de 2020, https://www.unicef.org/press-releases/light-covid-19-crisis-un-officials-call-immediate-release-all-children-detention consultado el 16-5-2021; UN News, UN officials call for release of detained Palestinian children amid pandemic, 11 de mayo de 2020, https://news.un.org/en/story/2020/05/1063722 consultado el 16-5-2021

159 Declaración del Comité de los Derechos del Niño: "El Comité de los Derechos del Niño advierte sobre los graves efectos físicos, emocionales y psicológicos de la pandemia del COVID-19 en los niños y llama a los Estados a proteger los derechos del niño", 21.04.2020, http://cpd.org.rs/the-committee-on-the-rights-of-the-child-warns-of-the-grave-physical-emotional-and-psychological-effect-of-the-covid-19-pandemic-on-children-and-calls-on-states-to-protect-the-rights-of-children/?lang=en consultado el 15-5-2021

Según Michael Lynk, relator especial de la ONU para la situación de los derechos humanos en el territorio palestino ocupado, Israel, "*la Potencia ocupante, debe garantizar que se utilicen todos los medios preventivos necesarios a su disposición para combatir la propagación de enfermedades contagiosas y epidemias*", basándose en el art. 56 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Sin embargo, en una investigación realizada por Defense for Children International Palestine (DCIP) se confirmó que los niños palestinos detenidos se encontraban en malas condiciones, incluidas habitaciones pequeñas sin acceso a baños limpios y privados. Condiciones como estas aumentan los riesgos y la exposición a condiciones insalubres donde prospera el virus COVID-19[160].

XV. CONCLUSIONES

La población judía y palestina que reside en los Territorios Palestinos Ocupados vive en un régimen que hace distinciones en el reconocimiento de derechos basándose en la identidad nacional y étnica. En su informe de febrero de 2022, Amnistía Internacional describe el sistema de apartheid que Israel está imponiendo a la población palestina[161], siendo la detención y mal trato de menores palestinos de manera sistemática uno de los rasgos. El informe describe la intención de Israel de oprimir y dominar a la población palestina, creando leyes, políticas y prácticas que son usadas como herramientas para establecer y mantener este sistema de discriminación, segregación, opresión y dominación de la población palestina[162]. Así, la detención de los menores palestinos —y de los adultos— se explica como método de opresión y discriminación racial.

El hecho de que Israel aplique dos sistemas legales en Cisjordania dependiendo de si una persona es palestina (ley militar) o un colono israelí (ley civil) viola el principio según el cual ningún Estado puede discriminar entre aquellos sobre quienes ejerce jurisdicción penal por

[160] OCHA, Israeli forces' transfer of Palestinian child detainees amounts to war crime, 20 de enero de 2020, https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/israeli-forces-transfer-palestinian-child-detainees-amounts consultado el 23-8-2021

[161] Amnistía Internacional, Israel y Territorios Palestinos Ocupados: Israel está cometiendo apartheid, según el relator especial de la ONU, 23 de marzo de 2022, https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/03/israel-opt-israel-is-committing-apartheid-says-un-special-rapporteur/ consultado el 01-4-2022

[162] Informe Amnistía Internacional, El *Apartheid* Israelí contra la Población Palestina. Cruel Sistema de Dominación y Crimen de Lesa Humanidad, febrero de 2022, https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/5141/2022/en/ consultado 01-4-2022

motivos de raza o identidad nacional[163]. El hecho de que los soldados, policías y agentes de la Agencia de Seguridad de Israel continúan sometiendo, con impunidad, a tortura y otros malos tratos a palestinos detenidos, incluidos niños y niñas[164], refleja la aceptación tácita de esta política discriminatoria por parte de Israel.

Se puede concluir que Israel detiene y procesa de manera automática y sistemática entre 500 y 700 niños palestinos en tribunales militares cada año, los cuales ofrecen menos garantías con respecto a los derechos y protecciones fundamentales de un juicio justo, sufriendo tres de cada cuatro niños violencia física durante el proceso[165]. Así, no ha habido cambios trascendentes desde el informe de UNICEF en 2013[166] y difícilmente los habrá mientras persista la ocupación militar israelí, con su política opresora, con la intención de crear el miedo en la sociedad palestina para evitar movimientos que reclamen la autodeterminación y así mantener el status quo de la ocupación de los territorios palestinos y marcar la supremacía de los israelíes sobre los palestinos.

[163] Departamento de Estado de EE. UU.: Informe anual por país sobre derechos humanos para 2019, marzo de 2020, https://www.state.gov/reports/2019-country-reports-on-human-rights-practices/israel/ consultado el 18-5-2021

[164] Departamento de Estado de EE. UU.: Informe anual por país sobre derechos humanos para 2019, marzo de 2020, https://www.state.gov/reports/2019-country-reports-on-human-rights-practices/israel/ consultado el 18-5-2021

[165] Defense for Children International Palestine (DCIP), Ramallah, 21 de abril de 2020, https://www.dci-palestine.org/palestinian_children_detained_by_israel_increases_amid_covid_19_pandemic consultado el 10-8-2020

[166] Como prueba de esto, comparar el Informe de UNICEF del 2013 con el Informe de Amnistía Internacional del 2022, El *Apartheid* Israelí contra la Población Palestina. Cruel Sistema de Dominación y Crimen de Lesa Humanidad, febrero de 2022, https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/5141/2022/en/ consultado 01-4-2022

NATURALEZA JURÍDICA DEL CETA. LA AFECTACIÓN DE LOS PODERES CONSTITUCIONALES EN LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO DE CANADÁ Y LA UNIÓN EUROPEA

LEGAL NATURE OF CETA. THE AFFECTATION OF THE CONSTITUTIONAL POWERS IN THE FREE TRADE AGREEMENTS OF CANADA AND THE EUROPEAN UNION

JESÚS LÓPEZ DE LERMA GALÁN[1]

Sumario: *I. Antecedentes histórico-constitucionales de Canadá. II. La incorporación del Derecho internacional al Derecho interno canadiense. III. El control judicial de la actividad legislativa en los tratados internacionales. IV. Negociaciones jurídicas de Canadá con la Unión Europea. La aprobación del CETA. V. La eliminación de aranceles como base de los acuerdos de libre comercio. VI. El sistema de resolución de disputas entre Estados inversores. Los mecanismos ISD en el CETA. VII. La afectación de los poderes constitucionales en la firma de un acuerdo de libre comercio. La compatibilidad del CETA con los tratados de la Unión Europea. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.*

[1] Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional Universidad Rey Juan Carlos. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Edificio Departamental. Paseo de los Astilleros s/n 28032. Madrid. Código orcid 0000-0002-4111-2020. Dirección correo electrónico jesus.lopezdelerma@urjc.es. Este artículo se encuentra vinculado al proyecto de investigación "Democracia y solidaridad en las integraciones económicas". Proyecto de I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientado a los retos de la Sociedad (Referencia DER2017-83596-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Resumen: Esta investigación analiza la afectación de los poderes constitucionales de Canadá en la firma de un acuerdo de libre comercio como el CETA. El acuerdo entre la Unión Europea y Canadá ha supuesto la eliminación de obstáculos y la realización de unas políticas complementarias internas entre países. El CETA es un acuerdo que tiene rasgos que lo dotan para ser un referente en la política de acuerdos con otros países, de ahí que sea tan relevante en el estudio científico de esta investigación. El trabajo se inicia con una retrospección histórica al constitucionalismo canadiense, para posteriormente centrarse en el comportamiento de los poderes ejecutivos y legislativos en la firma de este tipo de negociaciones. Canadá se caracteriza por haber establecido una determinación de reparto de poder entre las estructuras territoriales. La investigación reflexiona sobre la articulación de poderes y los controles jurisdiccionales en los tratados internacionales, estudiando si los acuerdos de libre comercio tienen como efecto una limitación de la capacidad legislativa o regulatoria que, en temas económicos, pueden tener los diferentes Estados de la Unión Europea en las negociaciones con Canadá.

Palabras claves: Acuerdo de libre comercio, Unión Europea, Derecho constitucional, economía, CETA, Canadá.

Abstract: This research analyzes the affectation of the constitutional powers of Canada in the signing of a free trade agreement such as CETA. The agreement between the European Union and Canada has meant the elimination of obstacles and the implementation of complementary internal policies between countries. CETA is an agreement that has features that make it a benchmark in the policy of agreements with other countries, which is why it is so relevant in the scientific study of this research. The work begins with a historical retrospect to Canadian constitutionalism, to later operate on the behavior of the executive and legislative powers in the signing of this type of negotiations. Canada is characterized by having established a determination of power sharing between territorial structures. The research reflects on the articulation of powers and jurisdictional controls in international treaties, studying whether free trade agreements have the effect of limiting the legislative or regulatory capacity that, in economic matters, the different States of the European Union may have. in negotiations with Canada.

Keywords: Free Trade Agreement, European Union, Constitutional Law, Economy, CETA, Canada.

Recepción original: 04/04/2022

Aceptación original: 06/04/2022

I. ANTECEDENTES HISTÓRICO-CONSTITUCIONALES DE CANADÁ

Canadá, formada por diez provincias y tres territorios[2], tiene una Constitución que puede entenderse como un conjunto de actas codificadas y convenciones marcadas por su contexto histórico. Sin embargo, la identificación de un texto constitucional en sentido estricto se hace compleja por su condición de colonia británica, desde el siglo XVII hasta finales del XX.

Los primeros antecedentes históricos lo encontramos en el Acta de la Norteamérica británica de 1867, en ingles *British Nort America Act,* considerada formalmente como el primer texto constitucional canadiense. Es un documento por el cual las provincias de Canadá que conformaban las colonias británicas como el Alto y Bajo Canadá, Nueva Escocia y el Nuevo Brunswick fueron reagrupadas para formar Canadá con una estructura política confederada. Posteriormente, entre los años 1870 y 1949 se sumaron otros territorios como Manitoba, la Columbia Británica, la Isla del Príncipe Eduardo, Alberta, Saskatchewan y Terranova. Este documento, que determina el sistema de gobierno federalista canadiense, ha llegado a servir para analizar la división de poderes entre las provincias y el Gobierno federal[3]. Por tanto, esta Ley creó el nuevo "dominio de Canadá" al unir tres de las colonias de la Norteamérica Británica. En este sentido es especialmente significativo el caso de Canadá, que en la nueva estructura se dividió en Quebec, previamente denominado *Lower Canadá*, y Ontario, conocido hasta entonces como *Upper Canadá*, junto a ello se añadió Nueva Escocia y Nuevo Brunswick[4]. Un dominio bajo la hegemonía del Imperio británico, que se extiende hasta 1982, donde se produce un punto de inflexión.

Las primeras referencias a la "Constitución de Canadá" aparece en la sección 52(2) del Acta Constitucional de 1982, en inglés *Constitution Act*, la cual incluye una serie de categorías e instrumentos, tal y como se reconoce en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en el caso de *New Brunswich Broadcasting Co. versus Nova*

[2] Los tres territorios son Nunavut, Territorios del Noroeste y Yukón. Las diez provincias son Alberta, Columbia Británica, Isla del Príncipe Eduardo, Manitoba, Nueva Escocia, Terranova y Labrador Nuevo Brunswick, Ontario, Quebec y Saskatchewan.

[3] *Vid.* GODIO, Leopoldo M.A, "La Constitución y el Derecho internacional", *Revista El Derecho*, 2016.

[4] HOGG, Peter Wardell, C*onstitutional Law of Canada, Scarborough*, Ontario, Thomson Carswell, 2007, pág. 3.

Scotia en 1993[5]. La *Constitution Act* 1982, incorporada en el Anexo B, es lo más parecido a un texto constitucional, contiene una definición de "Constitución" considerándola como la Ley Suprema, y entre otros contenidos destaca por la adopción de la Carta de Derechos, en inglés *The Charter of Rights*, es decir el capítulo dedicado a los derechos y libertades de los canadienses, estableciendo los principios fundamentales de su democracia, tal y como se reconoce en el artículo 52. El documento de 1982 también incluye fórmulas de reforma y cambios de la ley constitucional, así como otro documento denominado *The Constitution Act 1982*, junto a una lista de treinta actos o instrumentos entre los que destaca *Constitution Act* de 1867[6]. En términos generales se pueda afirmar que el Acta de Canadá de 1982 determina la independencia del mando británico e incorpora un importante elenco de documentos para su definición constitucional.

Si analizamos el comportamiento de los poderes en Canadá es esencial investigar varios aspectos relacionados con sus instituciones. El Poder Ejecutivo desde una perspectiva simbólica y formal reside en la Reina británica, aunque en la realidad práctica se ejerce por un Gabinete federal formado por el primer ministro y los diferentes ministros de Estado, cuya actividad es controlada por el Parlamento[7]. Por otro lado, el Poder Legislativo reside en el Parlamento, compuesto por la Cámara de los Comunes, el Senado y la Corona. Las leyes, previamente a la presentación a la Cámara de los Comunes, son examinadas por un Gabinete, posteriormente se remiten al Senado para ser debatidos y aprobados por la mayoría. El proyecto de ley debe recibir la sanción de la Reina o de su representante oficial que es el Gobernador General[8]. En este sentido es importante referenciar que en la *Constitution Act* de 1867 el Gobernador General tiene la absoluta

[5] SAMPER, Luisa Matheus, "Introducción al estudio de la Constitución de Canadá", *Revista de Derecho Universidad del Norte*, núm. 22, 2004, pág. 254.

[6] *Vid.* HOGG, Peter Wardell, C*onstitutional Law of Canada…*, ob. cit., págs. 6-7. El Parlamento federal de Ottawa realizó una propuesta al Parlamento británico que culminó con la aprobación del Acta de Canadá de 1982. Esto implicaba el fin de la autoridad del Parlamento británico, si bien Canadá siguió siendo parte de la *Commonwealth*, conservándose la forma de monarquía parlamentaria. El Acta de Canadá de 1982 es una ley que sirvió para aprobar la ley constitucional de 1982, *Constitutión Act* 1982, modificando el nombre de *British Nort America Act* denominándose como *Constitution Act* de 1867

[7] SERRAFERO, Mario D., *Canadá: Notas sobre su sistema político e institucional*, Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, pág. 20.

[8] *Vid.* MCWHINNEY, Edward, *The Governor General and the Prime Minister. The Making and Unmaking of Governments*, Vancouver, Rosdanle Press, 2005.

autoridad para aprobar o desaprobar cualquier proyecto de ley[9], que haya sido previamente aprobado por las dos Cámaras del Parlamento.

II. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO INTERNO CANADIENSE

La gran dificultad que tiene Canadá en su formulación jurídica fundamentalmente reside en que las provincias y territorios, al igual que la Federación, cuentan con una Constitución dispersa en las Actas de 1867 y 1982, que regulan el funcionamiento de sus instituciones fundamentales. Todo ello se conjuga con una importante pluralidad de normativas en relación con el sistema municipal canadiense[10], que determina el régimen local en cada provincia y territorio. Esta singularidad nos hace considerar que los entes locales son órganos que surgen de las provincias. Por otro lado, se observa una ausencia de regulación constitucional a nivel local de gobierno, configurado políticamente como una entidad inferior subordinada a la provincia. Esto nos lleva a concluir que la evolución de la posición de los entes locales en el sistema federal canadiense implica un reconocimiento amplio de autonomía local en tres planos: en primer lugar, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá; en segundo lugar, en la configuración de las relaciones interterritoriales entre los tres niveles de poder federal, provincial y territorial, y local; y finalmente, en la determinación de los cánones de control de las decisiones locales mediante el *judicial review*[11], proceso que permite a los tribunales supervisar el ejercicio de los tribunales administrativos.

Esta configuración territorial tan particular se pone de manifiesto de forma especialmente expresiva en la sentencia *East York (Borough) versus Ontario (Attorney General)* del Tribunal Supremo de Ontario[12].

---

[9] SAMPER, Luisa Matheus, "Introducción al estudio de la Constitución…", ob. cit., pág. 258.

En esta disertación se puede interpretar que el Gobernador General tendría ilimitada autoridad legal para vetar un proyecto de ley, sin embargo, una convención constitucional limita esa autoridad, lo que permite deducir que el Gobernador General aprobará todos los proyectos de ley que hayan sido debidamente aprobados.

[10] LIDSTONE, Donald, "Assessment of the Municipal Acts of the Provinces and Territories", 2004, pág. 33.

[11] DÍAZ SASTRE, Silvia, "Entes locales, constitución y federalismo canadiense", *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril 2009, pág. 234.

[12] East York (borough) versus Ontario (Attorney General) 36 O.R. (3d) 733, 1997 CarswellOnt 4482 (Ont. C.A.) (de 24 de julio de 1997). En este caso "El Tribunal debía resolver la impugnación por parte de un grupo de municipios del proyecto de Ley de la Ciudad de Toronto de 1997 que determinaba la fusión de los recurrentes. Entre los argumentos aducidos por los municipios destacaba la falta de consulta previa para

De esta jurisprudencia se infiere un mandato para la autoridad local que ha de centrarse fundamentalmente en la administración y no en la elaboración de políticas propias. Su actuación sería como un brazo del Gobierno provincial dedicado a la prestación de servicios[13], sin involucrarse en las tendencias y los conflictos de los partidos políticos.

Respecto al Poder Judicial hay que destacar su implicación en el control de la legislación para determinar si las leyes son conformes al texto constitucional. Ese control jurisdiccional es un medio para verificar la actuación correcta del Poder Legislativo. La estructura del Poder Judicial en Canadá se divide en varios instrumentos como la Corte Suprema de Canadá que ejerce jurisdicción en todas las materias de orden federal o provincial en Canadá; las Cortes Superiores y las Cortes Inferiores con jurisdicción general para la interpretación y aplicación de todas las leyes provinciales; Cortes federales en las que los jueces tienen jurisdicción sobre materias federales[14] y son nombrados formalmente por el Gobernador General.

Canadá se caracteriza por haber establecido un reparto de poder entre las estructuras territoriales, tal y como han señalado diversos sectores doctrinales[15], que destacan las relaciones de las diferentes

---

llevar a cabo la fusión. Los municipios entendían que este hecho vulneraba su naturaleza autónoma y democrática, que incluía la obligación de consultar a los residentes en dichos municipios antes de la fusión. El Tribunal entendió que este argumento no era suficiente y expuso las cuatro características fundamentales que definen la posición constitucional de los entes locales canadienses: a) las instituciones locales no tienen estatus constitucional; b) las instituciones locales son criaturas del Parlamento (provincial) y existen en la medida y forma que establezca la legislación; c) las instituciones y los poderes locales no tienen autonomía independiente del Parlamento (provincial) y se someten a la voluntad de la provincia; d) las instituciones locales sólo pueden ejercer los poderes que se les confiera estatutariamente. En consecuencia, consideró el Proyecto de Ley conforme a Derecho puesto que no existe ninguna obligación constitucional de consultar a los destinatarios de la legislación, aun cuando sean entidades que gozan de legitimación democrática directa".

También es interesante completar esta información con estudios como los que nos ofrecen MEEHAN, Eugene; CHIARELLI, Robert y MAJOR, Marie-France, "The constitutional legal status of municipalities 1849-2004: Success is a journey, but also a destination", *National Journal of Constitutional Law*, diciembre de 2007, pág. 21

[13] DÍAZ SASTRE, Silvia," Entes locales, constitución y federalismo…", ob. cit., pág. 234.

[14] SAMPER, Luisa Matheus, "Introducción al estudio de la Constitución…", ob. cit., pág. 261.

[15] *Vid.* SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Nacionalismo y federalismo en sociedades con divisiones étnicas: los casos de Canadá y Suiza", *Revista de Estudios Políticos,* núm. 10, 1979, págs. 87-130; RUIZ ROBLEDO, Agustín, "Canadá, un federalismo casi olvidado", *Revista de Estudios Políticos,* núm. *69*, 1990, págs. 201-216; APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (dir.), *La descentralización y el federalismo: nuevos modelos de autonomía política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido),* Cedecs, 1999; MITJANS, Esther y CASTELLA, Josep María (coords.), *Canadá*. *Intro-*

provincias, denominación referente a los Estados federados canadienses con la Federación. La ausencia de reconocimiento constitucional expreso de la autonomía local ha sido objeto de problemas jurídicos, en los que los entes locales canadienses se han subordinado a la regulación de las provincias, dentro de la influencia que el federalismo canadiense encuentra en el Derecho Público británico. Una situación que ha supuesto la intervención del Tribunal Supremo de Canadá[16], para iniciar unos cambios en el estatus constitucional de los entes locales.

La incorporación del Derecho internacional en el Derecho interno tiene una relación muy directa respecto a la fuente que intenta regular. Aquellos aspectos regulados bajo la costumbre aplicarían un sistema monista con prevalencia del Derecho local, mientras que si se pretende abordar cuestiones relacionadas con el Derecho convencional como es el caso de los tratados se seguiría el sistema dualista[17]. La entrada en vigor de un tratado en Canadá puede ser realizada por tres vías como una ley expresa, una ley introductoria que incorpore en su totalidad o solo algunas partes del tratado, y finalmente a través de un acto que emita una ley, basada en las disposiciones del tratado pero que no reproduce sus normas, sino que se inspira en ellas.

En base al criterio dualista, un tratado que es firmado y ratificado en Canadá le va a obligar en el ámbito internacional. Para que pueda convertirse automáticamente en una fuente formal del Derecho interno canadiense necesita una norma local de transposición que la ponga en vigor internamente, en un acto legislativo independiente de la ratificación internacional. La *Constitution Act* de 1867 establece que una provincia no tiene capacidad de negociar y concluir un tratado por tratarse de una función federal. Esto implica que la entrada en vigor del Derecho internacional convencional en el Derecho interno parte de unas bases referentes al reparto de competencias entre el Parlamento federal y las Legislaturas provinciales[18]. La *Constitution Act* de 1867, en materia de tratados con los Estados extranjeros, es-

---

ducción al sistema político y jurídico, Centre d'Estudies Canadienses, Universidad de Barcelona, Asociación Española de Estudios Canadienses, 2001, entre otros.

[16] Así lo señalan autores como MAKUCH, Stanley M.; CRAIK, Neil y LEISK, Signe B., *Canadian Municipal and Planning Law,* 2.ª ed., Toronto, Thomson-Carswell, 2004, págs. 75-76.

[17] MALPICA DE LAMADRID, Luis, *La influencia del Derecho internacional en el Derecho mexicano. La apertura del modelo de desarrollo de México*, México D.F. Editorial Limusa 2002, págs. 599-600.

[18] LINARES, Sebastián, "El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas, *Revista Mexicana de Sociología* vol. 70, núm. 3 julio-septiembre, 2008, págs. 487-539.

tablece que el Parlamento y el Gobierno de Canadá tendrán todos los poderes necesarios para poder cumplir las obligaciones del Gobierno federal o de sus provincias como parte del Imperio británico[19]. Esto ha generado ciertos conflictos jurídicos respecto a la aplicación de tratados internacionales ratificados por el Gobierno canadiense en todas las provincias. Conflictos elevados a la Corte Suprema de Canadá y que han acabado en el Comité Judicial del Consejo Privado, Máximo Tribunal del Imperio británico[20], determinándose que solo el Gobierno federal goza de la facultad de celebrar tratados.

Esta situación puede ocasionar conflictos normativos en el Derecho interno; en este sentido, provincias como Quebec mantienen que la Constitución garantiza a las provincias el derecho a celebrar tratados; de hecho, diferentes territorios provinciales han celebrado diversos convenios internacionales, determinando políticas de comercio exterior, promoción de exportaciones, inversiones o intercambios comerciales[21]. Sin embargo, de conformidad con la tesis dualista, si una provincia adopta una norma contraria a un tratado celebrado por el Gobierno federal, la norma provincial será válida en el ordenamiento jurídico interno, mientras que Canadá como "sujeto de Derecho internacional" tendrá una responsabilidad por violación del acuerdo internacional, tal y como viene determinado en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969[22].

---

[19] SALVIOLO, Marcelo, "El caso argentino a la luz de las experiencias internacionales. Estudio comparativo con otros Estados federales o de estilo federal" en IGLESIAS, Eduardo (et al), *Las provincias argentinas en el escenario internacional. Desafíos y obstáculos de un sistema federal*, Buenos Aires, PNUD, 2008, págs. 219-222.

[20] Cabe destacar que en 1935 se invocó la *British Nort América Act* de 1867 como fundamento de la competencia federal de la vigencia de un tratado internacional que ratificaba tres convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en virtud del cual sancionaba las respectivas leyes para su aplicación en todo el país. La provincia de Ontario mostró su oposición del tratado internacional, por considerar su aplicación materia reservada a las provincias. Esto ocasionó la intervención en 1936 de la Corte Suprema de Canadá, lo que conllevó a una resolución final en 1937 del Comité Judicial del Consejo Privado, Máximo Tribunal del Imperio británico.

[21] *Vid.* entre otras la obra GODIO, Leopoldo M. A., "El Congreso Nacional y los Convenios Internacionales celebradas por las provincias. Reflexiones a 20 años de la reforma constitucional", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, Número especial, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Año VIII, número 13, 2015.

[22] Artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. En este sentido reseñar que Canadá es Estado parte desde 1970.

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

La firma un acuerdo de libre comercio de Canadá con la Unión Europea implica asumir unos compromiso[23] que, indirectamente, afecta a materias y servicios de diferentes sectores[24]. Esta actuación se complementa con los posicionamientos que los nuevos órganos supranacionales determinan para dar ejecutividad a sus acciones entre las partes firmantes. En materia de inversiones, la Comisión Europea insiste que las nuevas reglas producidas en diferentes acuerdos, tiene como finalidad mejorar las negociaciones entre los países involucrados[25]. Los acuerdos con Canadá han significado el desarrollo de una normativa más clara sobre posibles procedimientos de actuación en los Tribunales de inversiones, que evitara demandas fraudulentas o carentes de fundamentación. Unas prácticas que no difieren demasiado con los acuerdos de libre comercio suscritos con otros territorios[26], que buscarán potenciar los mecanismos de mediación e interlocución entre partes para evitar la conflictividad jurídica.

De conformidad con lo que han sostenido diversas líneas doctrinales, los acuerdos de libre comercio tienen como efecto una limitación de la capacidad legislativa o regulatoria que, en temas económicos, pueden tener los diferentes Estados que suscriben esas negociaciones. El Derecho internacional económico tiene como objetivo "remover funciones gubernamentales específicas e instrumentos políticos a los gobiernos nacionales y las comunidades políticas democráticas"[27], lo que supone un embate a la globalización económica.

Respecto al Poder Judicial hay que destacar la implicación de Canadá en el control de la legislación para determinar si las regulaciones son conformes al texto constitucional. Ese control jurisdiccional en un medio para verificar la actuación correcta del Poder Legislativo. Tal y como hemos señalado, la estructura del Poder Judicial

[23] WOOLCOCK, Stephen, "EU Policy on Preferential Trade Agreement in the 2000s: A reorientation towards Commercial Aims", *European law Journal*, vol. 20, 2014, pág. 725.

[24] *Vid.* SEGURA SERRANO, Antonio, "Los servicios de interés económico general tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, págs. 59-96.

[25] EUROPEAN COMMISSION, "Investment provisions en the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)", 26 de septiembre de 2014, pág. 1.

[26] KUMM, Mattias, "An empire of Capital? Transatlantic investment protection as the institutionalization of unjustified privilege", *ESIL Refections*, núm. 4, 2015, pág. 7.

[27] *Vid*. SCHNEIDERMAN, David, "Habermas, market-friendly human rights and the revisability of economic globalization", *Citizenship Studies*, núm. 8, 2004.

en Canadá se conforma bajo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá[28], que ejerce jurisdicción en todas las materias de orden federal o provincial. La Corte Suprema de Canadá ha resuelto determinados conflictos respecto a la aplicación de los acuerdos internacionales y la competencia en la resolución de conflictos. Así queda reflejado en el caso *Slaight Communication Incorporated versus Ron Davidson*[29], en el que las obligaciones internacionales en materias de derechos, contraídas por Canadá, deben guiar la interpretación del contenido de determinados derechos de su ordenamiento jurídico interno. La Corte Suprema de Canadá ha defendido el uso del Derecho internacional como guía para la interpretación del Derecho interno. Frente a ello encontramos el caso *Council of Canadians versus Canada* (*Attorney General*), en el que la Corte de apelación de Ontorio reconoció que los mecanismos de resolución de disputas contemplados en el capítulo 11 del Tratados de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) no afectan a la independencia de la justicia canadiense[30]. En esa resolución también se señala que los organismos de resolución de controversias, que tiene el tratado, se ocupan de regular cuestiones distintas a las que afectan al régimen interno de la expropiación en Canadá.

Otros conflictos residen en la utilización de legislaciones supranacionales como fundamento de resoluciones, incidiendo en los problemas que genera su ejecución. Respecto a la relación entre los tratados internacionales y la legislación, que debe implementarlos, la justicia canadiense también se ha pronunciado. La Corte Suprema en el caso *Pfizer Inc. versus Canadá* establece la existencia de criterios que exigen que un tratado debe ser recibido por la legislación para que sea eficaz, pero también reconoce la responsabilidad internacional en la que incurre un país, cuando incumple el compromiso y además niega su ejecución directa al margen de la vía legislativa[31], lo que genera una nueva confrontación.

---

[28] SAMPER, Luisa Matheus, "Introducción al estudio de la Constitución…", ob. cit., pág. 261.

Junto a la Corte Suprema de Canadá, se pueden citar otros órganos como las *Cortes Superiores* y *las Cortes Inferiores* con jurisdicción general para la interpretación y aplicación de todas las leyes provinciales; *Cortes federales* en el que los jueces tienen jurisdicción sobre materias federales y son nombrados formalmente por el Gobernador General.

[29] Corte Suprema de Canadá (1989), *Slaight Communication Incorporated versus Ron Davidson*, S.C.R. 1038.

[30] Corte Suprema de Canadá (2006), *Council of Canadians versus Canada (Attorney General*), CanLII 4022 (ON C.A)

[31] Corte Suprema de Canadá (1999), *Pfizer Inc. versus Canadá (T. D.)*, 4 F.C. 441.

IV. NEGOCIACIONES JURÍDICAS DE CANADÁ CON LA UNIÓN EUROPEA. LA APROBACIÓN DEL CETA

La situación de territorial de Canadá convierte a este país en un territorio con el que estratégicamente es interesante establecer relaciones comerciales. Tanto Estados Unidos, como diversos países de América latina, y el bloque de la Unión Europea (UE) encuentran en Canadá un aliado interesante en sus transacciones comerciales, lo que ha suscitado diversos acuerdos.

La cumbre UE-Canadá de Ottawa en 2004 supuso el punto de inicio hacia una serie de acuerdos de libre comercio, que potenciaran las relaciones bilaterales, y abrieran las posibilidades hacia unas negociaciones más reforzadas. En esos primeros inicios destaca el TIEA (Acuerdo sobre Comercio, Inversión y Economía, en inglés *Trade, Investment and Economic Agreement*), que se convierte en el antecedente más directo del futuro CETA (Acuerdo Integral de Economía y Comercio, en inglés *Comprehensive Economic and Trade Agreement*). Ese acuerdo inicial negociaba la reducción de aranceles y determinaba las pautas de actuación de los poderes ejecutivos y legislativos, creando un marco de cooperación regulatoria, que se vio superado por las negociaciones multilaterales que establecía la Organización Mundial del Comercio. Posteriormente, será en la Cumbre de 2007 de Berlín, donde se fragua la posibilidad de un acuerdo de cooperación entre la Unión Europea y Canadá[32], iniciando una vía de negociación.

Respecto a los acuerdos de libre comercio entre la Unión Europea y Canadá se puede señalar que, tras diversos encuentros, que concluyeron en agosto de 2014, se preparó un texto que fue dado a conocer tras la cumbre Unión Europea-Canadá con fecha de 26 de septiembre de 2014. El acuerdo económico y comercial global entre la Unión Europea y Canadá, denominado por sus siglas en inglés como CETA, ha supuesto la eliminación de obstáculos al comercio y la realización de unas políticas complementarias internas[33]. Desde su aprobación[34]

[32] FABRA ZAMORA, José Luis y GUEVARA ESPITIA, Laura Sofía, "El Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (CETA)" en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 504.

[33] SEGURA SERRANO, Antonio, "El acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Canadá (CETA): Una evaluación de la política comercial de la Unión Europea", en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 30, 2015, pág. 2.

[34] Respecto a la aprobación del CETA podemos hacer varias precisiones. El 05 de julio de 2016 se preparó el documento objeto de debate con el propósito de concluir el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra. En este contexto tiene una im-

este acuerdo supuso un avance en el Derecho internacional, así como un claro impulso por parte de los poderes ejecutivos en el desarrollo del Derecho económico[35]. Canadá se había convertido en un lugar estratégico por su interconexión con Estados Unidos, por lo tanto, el CETA suponía un área de gran influencia. Era un puente que permitiría la vinculación con los países de la Unión Europea, dentro de un contexto de regímenes democráticos caracterizados por la colaboración. Esto significaba que los Gobiernos de los Estados miembros podían expandir sus intereses en un pretencioso acuerdo, que exigía un esfuerzo de adaptación por parte de los poderes legislativos y ejecutivos de los integrantes en el acuerdo, pero que claramente beneficiaba a las partes implicadas.

En una primera fase, los ejecutivos confluyeron en que la mayor liberalización en el CETA se produciría respecto a los productos industriales. La conformación de las reglas de origen, que determinaron su funcionamiento inicial, se recogió en un protocolo final que incluía el CETA, de una forma similar al caso de los acuerdos de libre comercio con otros países como Corea, Singapur o Ucrania. En este marco, la

portancia vital el papel del Parlamento Europeo, destacándose que el Consejo puede adoptar el acto solo si el Parlamento ha dado su consentimiento. El 21 de septiembre de 2016 se publica la propuesta legislativa pero no será hasta el 18 de octubre de 2016 cuando se inicia el debate en el Consejo. Respecto al resultado de la reunión del organismo referenciado se pueden sacar varias conclusiones pertinentes para esta investigación científica. El Consejo denunció la firma y aplicación provisional del acuerdo económico y comercial integral con Canadá. La reunión constituyó un paso importante para abordar los problemas pendientes y avanzar hacia un acuerdo común, que contase con un importante apoyo, pues permitiría fortalecer y profundizar las relaciones de la Unión Europea con Canadá, en un marco novedoso. En esta reunión se reconoce que el CETA es un "acuerdo comercial progresivo y moderno", que establece altos estándares para la protección del consumidor, así como el medio ambiente y la acción laboral. Su principal innovación reside en que elimina más del noventa y nueve por ciento de los aranceles que se imponen al comercio entre la Unión Europea y Canadá, incluyendo disposiciones sobre acceso al mercado de bienes, inversión en servicios y adquisiciones gubernamentales.

A todo ello, no hay que obviar que, el 5 de julio de 2016, la Comisión propuso que el acuerdo se firmara y concluyera como un acuerdo "mixto". Esto significaba que, en el lado de la Unión Europea, debía ser firmado tanto por la Unión Europea como por los Estados miembros y, además, ratificado por todos los Parlamentos nacionales y regionales pertinentes. El acuerdo se aplicaría de forma provisional solo una vez que el Parlamento Europeo hubiera dado consentimiento a su conclusión, a la espera de la ratificación de todos los Estados miembros. La aplicación provisional se refiere esencialmente a las disposiciones de competencia exclusiva de la Unión Europea.

[35] En este sentido se debe destacar que, desde la perspectiva del Derecho constitucional como disciplina científica, se encuentra a constitucionalistas canadienses como Hogg que reconocen estar más próximos de la *forma mentís* europea que de la estadounidense, *vid.* HOGG, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, Ontario, Thomson Carswell, 2007.

Unión Europea simplificó las reglas de origen, al objeto de mejorar las posibles relaciones comerciales con sus socios, dentro de un "sistema de preferencias generalizadas"[36]. El fenómeno de la globalización venía demostrando las dificultades identitarias de determinados Estados, que no estaban dispuestos a ceder parte de su soberanía en otros órganos supranacionales, aunque existiera un interés común. No obstante, otra característica de esta globalización ha sido la necesidad imperiosa de formar acuerdos de libre comercio para impulsar las propias economías nacionales, lo que inevitablemente lleva a los poderes legislativos y ejecutivos a concluir negociaciones.

El CETA ha profundizado en las cuestiones jurídicas procesales con objeto de superar las barreras técnicas del comercio. En sus bases se incluyen protocolos de aceptación mutua de la evaluación de la conformidad, también regula medidas sanitarias y fitosanitarias, haciendo reserva de los derechos y obligaciones que corresponden a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio. Asimismo, como en otros acuerdos de libre comercio, se crean comités para fomentar la cooperación entre países y resolver los conflictos de aplicación de este acuerdo[37]. La propiedad intelectual, la protección de las inversiones y la sustitución de los órganos judiciales por los órganos arbitrales han sido las señas de identidad de las integraciones, que se han promovido por países como Estados Unidos desde su primer acuerdo con Canadá, tal y como se puede comprobar en el análisis del NAFTA[38] o el propio CETA.

En este nuevo contexto internacional, CETA crea un área de libre comercio en casi todos los ámbitos de las relaciones económicas entre Canadá y la Unión Europea, regulando el acceso al mercado de inversiones, el reconocimiento de títulos profesionales, así como aspectos centrados en la ciencia y en la innovación, los servicios financieros o el comercio electrónico. También se asumen las reglas establecidas por la Organización Mundial del Comercio para evitar las distorsiones a la competencia económica y al comercio, o las conductas abusivas de compañías con posición dominante. Entre sus aportaciones, el CETA introduce objetivos no económicos, tal y como

[36] WOOLCOCK, Stephen, "EU Policy on Preferential Trade Agreement…", ob. cit., pág. 724.

[37] SEGURA SERRANO, Antonio, "El acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Canadá…", ob. cit., pág. 13.

[38] Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en inglés *North American Free Trade Agreement*, firmado entre Estados Unidos, Canadá y México, que entró en vigor el 1 de enero de 1994. No obstante, la integración de Norteamérica con Canadá se había iniciado en 1989 con la suscripción del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá (FTA), en inglés *Canada-U.S. Free Trade Agreement*.

señala su preámbulo al reconocer a las partes el derecho a perseguir objetivos políticos legítimos tales como la seguridad, la salud pública, la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible, la garantía de la moralidad pública y la promoción de la diversidad cultural[39], entre otras cuestiones.

V. LA ELIMINACIÓN DE ARANCELES COMO BASE DE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

Del estudio jurídico de acuerdos como el CETA, y de los comportamientos de los poderes ejecutivos y legislativos de las partes integrantes, se puede desprender que la principal consecuencia que buscan estas negociaciones es la eliminación de aranceles entre Canadá y la Unión Europea en la mayoría de sus productos, con una especial atención a la producción agrícola. También se reconoce un estatus especial y una mayor protección para las referencia de "Indicación geográfica" y "Denominaciones de origen". A todo ello, se añade una liberalización de los mercados de venta y producción de servicios, que se complementa con un reconocimiento de las profesiones liberales. Este acuerdo permite la movilidad de capitales, dividendos, beneficios e intereses. El CETA establecía un conjunto de áreas en las que las corporaciones europeas y canadienses proporcionaban bienes y servicios a los gobiernos de otros países. Unas medidas que se proyectaban a todos los niveles de gobierno, desde el local, provincial, regional, nacional o comunitario. El acuerdo tiene una importante regulación que se extiende a cuestiones relacionadas con el derecho de autor, marcas, patentes, diseños, licencias o secretos industriales[40], aspectos todos ellos de gran relevancia en el contexto legal internacional.

Otra de las características de algunos acuerdos en los que es partícipe Canadá, reside en el hecho de que introducen conceptos que exigen una interpretación jurídica como son las referencias a "trato justo y equitativo". En este sentido se debe aclarar que este "trato justo y equitativo", que los acuerdos de libre comercio como el CETA incluyen en su formulación legal, determinan una serie de expectativas legítimas, así como un elenco de medidas para garantizar la "plena protección y la seguridad jurídica". Esto inevitablemente implica determinar una lista cerrada sobre los elementos a considerar y los requisitos que se deben cumplir, al objeto de no incurrir en violacio-

[39] *Vid.* CETA, Preámbulo: https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm

[40] CETA, Cap. 3 a 24.

nes del trato justo y equitativo[41]. Con ello, se pretende evitar errores interpretativos por parte de los Tribunales de inversión u órganos arbitrales, en el análisis de las controversias entre países.

VI. EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS ENTRE ESTADOS INVERSORES. LOS MECANISMOS ISD EN EL CETA

Uno de los aspectos más conflictivos que tiene Canadá en la firma de un acuerdo de libre comercio es el sistema de resolución de disputas entre Estados e Inversores, en ingles *Inversor State Dispute Settlement* (ISD). Si un inversor de un país, considerado como Estado de origen, invierte en otro Estado receptor, y ambas partes acuerdan un mecanismo de ISD en un tratado, el inversor puede llevar ante un Tribunal arbitral sus demandas por presuntas vulneraciones de derechos por parte del Estado receptor. Esta medida es un mecanismo garantía, que potencia las inversiones entre los Estados parte de un acuerdo de libre comercio. Canadá, en la aprobación de acuerdos como el CETA, tuvo en consideración los mecanismos ISD, pero finalmente adoptó un sistema de tribunales público y permanente con jueces profesionales e independientes nombrados por la Unión Europea y Canadá, sujetos a regulaciones internacionales. Por tanto, frente a otro tipo de acuerdos de libre comercio que abogan por el arbitraje, Canadá acogió una propuesta de la Comisión Europea al objeto de desarrollar un sistema de resolución de conflictos en materia de inversiones, que determinara un sistema judicial denominado ICS (*Inversor Court System*). Este sistema ha generado todo un debate sobre su viabilidad y operatividad ya que el ICS forma parte de las áreas de competencia estatal en la Unión Europea y, en consecuencia, serían los Estados miembros los que debían aprobar el CETA. A todo ello se observa una falta de definición en el ICS, pues el Comité Conjunto debe determinar las reglas referencia a la elección de jueces y funcionamiento del tribunal[42], lo que hace que sea un sistema objeto de críticas por algunos sectores políticos y sociales.

---

[41] SEGURA SERRANO, Antonio: "El acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Canadá…", ob. cit., pág. 16.

[42] FABRA ZAMORA, José Luis y GUEVARA ESPITIA, Laura Sofía, "El Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio…" ob. cit., págs. 528-534. En relación con el debate sobre la viabilidad del ICS hay que citar entre otros autores a VAN HARTEN, Gus, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013; SCHNEIDERMAN, David, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; MONTT, Santiago, *State Liability*

Cuando Canadá firma un acuerdo de libre comercio con la Unión Europea, indirectamente esto implica asumir unos compromisos que, implícitamente, conlleva mejorar el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios[43]. En este tipo de relaciones es habitual establecer una lista positiva de compromisos en materia de servicios de los diferentes sectores, junto con una lista negativa con reservas respecto al acceso al mercado. En este sentido, CETA conforma dos listas de compromisos específicos negativos en sendos anexos; en la primera desarrolla las restricciones que Canadá y la Unión Europea quieren mantener, asimismo en la segunda, bajo la forma de *Anexo II,* señalan las medidas que quieren sustentar, con la reserva del derecho a conservar medidas nuevas o más restrictivas que podrían realizarse en el futuro, siempre que mantenga un interés general[44], que beneficie a las partes integrantes.

En relación con las inversiones, el acuerdo de libre comercio firmado por Canadá y la Unión Europea incluía un capítulo abarcando posibles aspectos referidos a las relaciones económicas internacionales. El CETA es un acuerdo que tiene rasgos que lo dotan para ser un referente en la política de acuerdos con la Unión Europea, de ahí que sea tan relevante en el estudio científico de esta investigación. Si se hace una retrospección histórica sobre el comportamiento de los poderes ejecutivos y legislativos en la firma de este tipo de negociaciones, los primeros acuerdos de libre comercio solo tenían previstos una libre circulación de capitales, sin embargo, todo ello evolucionó hacía una serie de obligaciones de acceso al mercado bajo la forma de trato nacional. En este sentido, al eliminar prohibiciones y limitaciones, CETA permite un claro avance de los países integrantes, facilitando su acceso a los mercados y a una regulación sobre las inversiones[45], tal y como se recogen en diversos documentos.

Esta política de actuación comercial se complementa con los posicionamientos que los nuevos órganos supranacionales determinan para dar ejecutividad a sus acciones entre las partes firmantes. En materia de inversiones, la Comisión Europea insiste que las nuevas

in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation, Hart Publishing, Oxford, 2009.

[43] WOOLCOCK, Stephen, "EU Policy on Preferential Trade Agreement in the 2000s: A reorientation towards…", ob. cit., pág. 725.

[44] *Vid.* SEGURA SERRANO, Antonio, "Los servicios de interés económico general tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, págs. 59-96.

[45] DE MESTRAL, Armand Claude, "When does the exception become the rule? Conserving Regulatory Space under CETA", *Journal of International Economic Law*, vol. 18, 2015, pág. 647.

reglas producidas en diferentes acuerdos tienen como finalidad mejorar las negociaciones entre los países involucrados[46]. Dentro de estos fenómenos, se debe destacar que ahora el Estado no es el único centro de poder político en un mundo globalizado, sino que existen nuevas formas de poder a través de los cambios en los patrones generales de participación y representación en la toma de decisiones sociales. Esto se puede realizar mediante la institucionalización de nuevos foros creados para incentivar las políticas públicas a través de las instituciones; también hay que señalar que los procesos transnacionales modifican los patrones de representación y participación de las políticas sociales. Por tanto, se asiste a una transferencia de algunos poderes estatales a cuerpos tecnocráticos internacionales. Todo ello, implicará la imposición de deberes positivos a los Estados, la creación de instituciones cuasi-legislativas transnacionales, así como la formulación de un nuevo sistema de resolución de disputas entre Estados e inversores[47], tal y como se evidencia en la firma de algunos acuerdos de libre comercio, y que debe ser objeto de estudio en un nuevo apartado.

VII. LA AFECTACIÓN DE LOS PODERES CONSTITUCIONALES EN LA FIRMA DE UN ACUERDO DE LIBRE COMERCIO. LA COMPATIBILIDAD DEL CETA CON LOS TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Respecto al comportamiento de los poderes legislativos en la firma de un acuerdo de libre comercio, como el suscrito por Canadá y la Unión Europea, hay que señalar algunas precisiones. El CETA al objeto de implementar el tratado crea una serie de instituciones, algunas de las cuales ejercerá una serie de poderes cuasi-legislativos que afectan a determinados derechos. No hay que obviar que los procesos de integración económica como el CETA no solo eliminan barreras arancelarias o proteccionistas, sino que acaban con controles técnicos, regulaciones o políticas públicas, que pueden ser vistos discriminato-

[46] EUROPEAN COMMISSION, "Investment provisions en the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)", 26 de septiembre de 2014, pág. 1.

[47] Esta línea de actuación es prevista en diversas obras como POIARES MADURO, Miguel, "International Trade and Constitutionalism: Friends or Enemies?", *Primavera* núm. 97, 2001; y POIARES MADURO, Miguel, "From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance", en LEWIS, Douglas (ed.): *Global Governance and the Quest for Justice*, núm. 1, International and Regional Organisations, Hart Publishing, Oxford, 2006.

rios por parte de otros Estados o inversionistas[48]. Entre estas instituciones aparece el Comité conjunto CETA, presidido por los ministros de comercio de Canadá y la Unión Europea, teniendo como misión supervisar la implementación e interpretación del acuerdo, así como impulsar la labor que realizan los comités especializados, ejerciendo importantes poderes cuasi-legislativos [49], y cuyas decisiones eran vinculantes para las partes. Una situación que otorga al Comité Conjunto un amplio poder cuasi-legislativo, que lo convierte en un centro de controversias, tal y como sostienen diversos sectores doctrinales y jurídicos[50]: Una cuestión no exenta de problemas que ha llevado al Tribunal Constitucional alemán a cuestionar la capacidad legislativa del Comité Conjunto[51]. El Tribunal en la sentencia de 13 de octubre de 2016 se encontraba con una cuestión jurídica de gran complejidad, llegando a considerar que un "acuerdo mixto" es problemático para las partes involucradas, bien sea la Unión Europea o los Estados miembros. Negociar un acuerdo de libre comercio como un trabajo único para posteriormente dividirlo en piezas separadas para ser aprobados por los diferentes Estados miembros, podría ir en contra de la finalidad del tratado internacional.

El análisis del comportamiento de los poderes ejecutivos, legislativos y judiciales, ante la firma de un acuerdo de libre comercio, permite extraer varias ideas de interés científico. Hay acuerdos en los que se establecía la creación de varios comités para la resolución de diversos asuntos relacionados con el libre comercio. El CETA fue sometido a ratificación, así en el caso canadiense la propuesta legislativa fue aprobada por el Parlamento el 14 de febrero de 2017, recibiendo la aceptación real y definitiva el 16 de mayo de 2017. Por otro lado, la

---

[48] FABRA ZAMORA, José Luis y GUEVARA ESPITIA, Laura Sofía, "El Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio…" ob. cit., págs. 523-526.

[49] CETA, Cap. 12 y 20.

[50] En este contexto es importante señalar la obra de varios autores como REPASI, René, "Dynamisation of international trade cooperation. Powers and limits of Joint Comittees in CETA", *Questions of International Law,* núm. 41, 2017; STOLL, Peter-Tobias, HOLTERHUS, Till Patrik y GÖT, Henner, *The Planned Regulatory Cooperation between the European Union and Canada and the USA According to the CETA and TTIP Drafts*, Georg August Universität, Groningen, 2017.

[51] *Vid*. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 13 de octubre de 2016. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html

En esta sentencia el Tribunal Constitucional Federal reconoce que Alemania debe conservar la facultad de terminar unilateralmente la aplicación provisional del acuerdo. Eso implica también que Alemania como parte de esa negociación se encuentre facultada para cancelarlo si así lo estimase, aunque también reconoce que una declaración unilateral de un Estado miembro no debería alterar un efecto vinculante de un acuerdo celebrado por la Unión Europea.

ratificación de la Unión Europea fue más compleja, si bien la Comisión Europea consideró el CETA como un asunto de competencia exclusivamente comunitaria, en relación con la potestad de la Unión para regular su política comercial, estimó prudente presentarlo como un acuerdo mixto.

Por otro lado, debemos señar una serie de complicaciones jurídicas en la firma de ese acuerdo de libre comercio. En mayo de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) crea una línea jurisprudencial con motivo de un caso relacionado con un acuerdo de libre comercio con Singapur, en el que aspectos como la inversión extranjera, así como los mecanismos de solución de disputas entre inversores y Estados no son competencia exclusiva de la Unión Europea, por lo que dicho acuerdo no podría ser concluido sin la participación de los Estados miembros[52]. Ese fallo implica una serie de cambios en la firma de los nuevos acuerdos de libre comercio. Esta resolución tuvo también implicaciones en el CETA, que tiene base de acuerdo mixto y que en consecuencia exigía que fuera ratificado por los veintiocho miembros de la Unión Europea, según sus procedimientos internos. Esto suponía que, en muchos casos, contando con las entidades regionales, el acuerdo tuviera que ser sometido a la aprobación de sus diferentes Cámaras parlamentarias[53]. Ante esta tesitura, las partes integrantes tienen que optar por soluciones como la aplicación provisional mientras se busca la aprobación parlamentaria de los Estados. En este sentido se acordó la aplicación provisional del CETA tras la aprobación del Parlamento Europeo[54], dejando

[52] Dictamen 2/15 del Tribuna de Justicia de la Unión Europea. 16 mayo 2017. http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&doclang=ES

[53] COMISIÓN EUROPEA, Com (2106) 444 final (5 de julio de 2016), pág. 4.

Este documento es la propuesta de decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea del Acuerdo Económico Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra. https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-444-ES-F1-1.PDF

[54] El 21 de noviembre de 2016 se remitió a la Comisión las conclusiones y el proyecto, realizando una única lectura. No sería hasta el 24 de enero de 2017 cuando se vote en Comisión; unos días después el 30 de enero de 2017 se presenta al plenario informe del Comité. El 15 de febrero de 2017 se vota en el Parlamento Europeo obteniendo cuatrocientos ocho votos a favor, frente a doscientos cincuenta y cuatro en contra y treinta y tres abstenciones. El Pleno del Parlamento reunido en Estrasburgo logra un acuerdo con una amplia mayoría confirmando el Tratado de libre comercio entre la Unión Europea y Canadá, después de siete años de negociaciones. El Parlamento Europeo emite su declaración una vez visto el proyecto de decisión del Consejo (10975/2016) y el proyecto de Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra. También tuvo en cuenta la solicitud de consentimiento presentada por el Consejo de conformidad con el artículo 43, apartado 2, el artículo 91, el artículo 100,

en suspensión el sistema de protección de los inversores y el acceso al mercado de inversiones, lo que implicó críticas por sectores que consideraban que la aplicación provisional era una violación del principio democrático. El 5 de julio de 2016, el Consejo propone la firma y adopción del CETA, el 15 de febrero de 2017 el Parlamento lo aprueba y se empieza a aplicar provisionalmente el 21 de septiembre de 2017[55], aun quedando algunos temas por resolver que abrieron todo un debate interno.

Frente a ello, la aplicación provisional de este acuerdo abrió varios frentes judiciales que desencadenó la intervención de los Tribunales Constitucionales de algunos Estados miembros. El Tribunal Constitucional alemán resolvió una solicitud de medidas provisionales presentadas por varios grupos de activistas, que pretendían impedir que el ministro de Economía y vicecanciller alemán votara en la reunión ministerial de la Unión Europea de octubre de 2016 para que el CETA tuviera aplicación provisional. El fallo del Tribunal Constitucional alemán reconocía la competencia de la Unión Europea para suscribir el acuerdo[56]. Con esta medida, el Constitucional alemán daba vía libre al acuerdo de libre comercio de la Unión Europea con Canadá, superando uno de los principales escollos que podía evitar su aprobación.

El 6 de septiembre de 2017, dentro de la conflictividad jurídica que el CETA tuvo con la aprobación por parte de los Estados miembros, Bélgica solicita al Tribunal de Justicia de la Unión Europea un dictamen vinculante sobre la compatibilidad del CETA con los tratados de la Unión en materia de derechos fundamentales. Esta medida pretendía que la Justicia europea se pronunciara sobre la legalidad de los nuevos mecanismos de resolución de litigios entre inversores y Es-

---

apartado 2, el artículo 153, apartado 2, el artículo 192, apartado 1, el primer párrafo del artículo 207 (4), la letra a), inciso v), del artículo 218, apartado 6, párrafo segundo, y el artículo 218, apartado 7, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (C8-0438 / 2016), así como el artículo 99, apartados 1 y 4, y el artículo 108, apartado 7, de su Reglamento. Asimismo, vistas la recomendación de la Comisión de Comercio Internacional y las opiniones de la Comisión de Asuntos Exteriores, la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales y la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria (A8-0009 / 2017), se da su consentimiento para la celebración del acuerdo, encargando a su presidente que transmita su posición al Consejo, a la Comisión y a los Gobiernos y Parlamentos de los Estados miembros y de Canadá. Además, se tomaron todas las previsiones legales, que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige, al objeto de garantizar la viabilidad del proyecto.

[55] FABRA ZAMORA, José Luis y GUEVARA ESPITIA, Laura Sofía, "El Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio…", ob. cit., págs. 514-515.

[56] *Vid*. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 13 de octubre de 2016.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html

tados[57]. En la firma de un acuerdo de libre comercio se observa como el Poder Legislativo tiene un factor de control determinante. El CETA pudo no salir adelante por ese rechazo inicial del Parlamento de la región belga de Valonia, que lo veía como un precedente de acuerdos como el TTIP[58], y que fue objeto de duras críticas.

VIII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión podemos señalar que Canadá es un socio estratégico para la Unión Europea, alcanzándose un acuerdo ambicioso que ha abierto nuevas oportunidades de comercio e inversión para los actores económicos de ambos lados del Atlántico. Las partes implicadas en este proyecto han subrayado, a través de este acuerdo, la importancia de la actividad económica, dentro de un marco de regulación claro y transparente, definido por las autoridades, que consideran el "derecho a regular el interés público" como un principio básico subyacente del acuerdo.

Hay dos aspectos de la naturaleza del CETA, como acuerdo de libre comercio, que deben ser destacados, uno es el aspecto geopolítico, otro el puramente comercial y económico. En lo que respecta al geopolítico, la nación canadiense siempre ha defendido los mismos valores que se protegen en Europa, lo que genera una cercanía entre ambos bloques; y respecto al factor comercial, implica una gran ventaja económica para ambas estructuras de poder, que consolidan sus posicionamientos económicos en la esfera internacional, articulando un cuerpo jurídico eficiente.

Otra de las importantes novedades será en relación con los derechos de aduana, así se puede afirmar que este acuerdo trae beneficios tangibles a los consumidores y empresas europeos al eliminar o reducir los derechos de aduana. Este acuerdo también supone una protección de la inversión pues el CETA incluye todas las innovaciones del nuevo enfoque de la Unión Europea sobre inversión y su mecanismo

[57] "Bélgica lleva al TUE la compatibilidad del CETA con los derechos fundamentales de la UE", *Europa Press*, 6 de septiembre de 2017, https://www.europapress.es/internacional/noticia-belgica-lleva-tue-compatibilidad-ceta-derechos-fundamentales-ue-20170906112941.html

[58] Desde el año 2013 se iniciaron una serie de negociaciones a través del TTIP (Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión, en ingles *Trasatlantic Trade and Investment Partnership*), que permitía consolidar sus relaciones comerciales y de inversión. Estados Unidos y la Unión Europea tienen relaciones profundas y privilegiadas en los aspectos económicos, comerciales y de inversión, como corresponde a grandes potencias económicas a nivel mundial.

de solución de controversias, cumpliendo así las expectativas de las partes interesadas en un sistema más justo, transparente e institucionalizado para solventar las controversias de inversión. En este campo introduce innovaciones importantes, garantizando un alto nivel de protección para los inversores, al tiempo que preserva plenamente el derecho de los gobiernos a regular y perseguir objetivos legítimos de política pública, tales como la protección de la salud, la seguridad o el medio ambiente.

En la negociación del CETA se puede observar que dicho acuerdo da mayor garantía a los derechos de propiedad intelectual entre Canadá y la Unión Europea. Con ello se pretende fortalecer la protección de los derechos de autor, en una alineación con las normas de la Unión Europea sobre la defensa de medidas tecnológicas y gestión de derechos digitales, así como respecto a la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Canadá también acuerda fortalecer sus medidas fronterizas contra los productos de marca falsificada, los productos de copyright pirateados y aquellos de indicación geográfica incorrecta, entre otras actuaciones, lo que supone una importante garantía para las denominaciones de origen y patentes.

El CETA también establece un proceso para la solución de disputas, que introduce consultas gubernamentales y un panel de expertos. El acuerdo incluye un Comité Conjunto CETA que supervisará continuamente la implementación, operación e impacto de este acuerdo. Ese Comité está compuesto por representantes de la Unión Europea y Canadá, que se reunirán una vez al año o a solicitud de una parte, al objeto de supervisar el trabajo de todos los comités especializados y otros organismos establecidos en virtud de este acuerdo. Esto es una garantía que trasciende al ámbito puramente político, articulando una serie de medidas legales respaldadas por expertos.

Por último, hay que señalar que CETA, al abrir los mercados internacionales, crea un canal que influye en el crecimiento y el empleo en la Unión Europea, además de aportar mayores beneficios para los consumidores. Este acuerdo no cambia los estándares de la Unión Europea; lo que implica que permanecerán intactas las leyes y reglamentos relacionados con la seguridad alimentaria, la protección del consumidor, la salud, el medio ambiente o las normas sociales o laborales. Todas las importaciones procedentes de Canadá deberán cumplir con las normas y reglamentos de productos de la Unión Europea, lo que redunda en una mayor seguridad jurídica. De todo ello podemos inferir que el impacto del CETA en las economías de Canadá y los Estados miembros de la Unión Europea es muy positivo pues

ha incrementado las exportaciones, beneficiando a numerosos sectores. A todo ello hay que añadir que este acuerdo de libre comercio ha implementado una estructura jurídica innovadora que servirá de modelo para futuras negociaciones internacionales.

IX. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO PÉREZ Miguel Ángel (dir.), *La descentralización y el federalismo: nuevos modelos de autonomía política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido),* Cedecs, 1999.

DE MESTRAL, Armand Claude, "When does the exception become the rule? Conserving Regulatory Space under CETA", *Journal of International Economic Law*, vol. 18, 2015, págs. 641-654.

DÍAZ SASTRE, Silvia," Entes locales, constitución y federalismo canadiense" en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril 2009, págs. 217-251.

FABRA ZAMORA, José Luis y GUEVARA ESPITIA, Laura Sofía, "El Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (CETA)" en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 501-548.

GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019,

GODIO, Leopoldo M. A., "El Congreso Nacional y los Convenios Internacionales celebradas por las provincias. Reflexiones a 20 años de la reforma constitucional", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, Número especial, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Año VIII, número 13, 2015, págs. 95-110.

— "La Constitución y el Derecho internacional", *Revista El Derecho*, 2016.

HOGG, Peter Wardell, C*onstitutional Law of Canada, Scarborough*, Ontario, Thomson Carswell, 2007.

KUMM, Mattias, "An empire of Capital? Transatlantic investment protection as the institutionalization of unjustified privilege", *ESIL Refections*, núm. 4, 2015, págs. 1-7.

LIDSTONE, Donald, "Assessment of the Municipal Acts of the Provinces and Territories", 2004.

LINARES, Sebastián, "El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas, *Revista Mexicana de Sociología* vol. 70, núm. 3 julio-septiembre, 2008, págs. 487-539.

MAKUCH, Stanley M.; CRAIK, Neil y LEISK, Signe B., *Canadian Municipal and Planning Law,* 2.ª ed., Toronto, Thomson-Carswell, 2004.

MALPICA DE LAMADRID, Luis., *La influencia del Derecho internacional en el Derecho mexicano. La apertura del modelo de desarrollo de México*, México D.F. Editorial Limusa, 2002.

MCWHINNEY, Edward, *The Governor General and the Prime Minister. The Making and Unmaking of Governments*, Vancouver, Rosdanle Press, 2005.

MEEHAN, Eugene; CHIARELLI, Robert y MAJOR, Marie-France, "The constitutional legal status of municipalities 1849-2004: Success is a journey, but also a destination", *National Journal of Constitutional Law*, diciembre de 2007, págs. 1-60.

MITJANS, Esther y CASTELLA, Josep María (coords.), *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico,* Centre d'Estudies Canadienses, Universidad de Barcelona, Asociación Española de Estudios Canadienses, 2001.

MONTT, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

POIARES MADURO, Miguel, "From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance", en LEWIS, Douglas (ed.): *Global Governance and the Quest for Justice*, núm. 1, International and Regional Organisations, Hart Publishing, Oxford, 2006.

— "International Trade and Constitutionalism: Friends or Enemies?", *Primavera* núm. 97, 2001, págs. 27-42.

REPASI, René, "Dynamisation of international trade cooperation. Powers and limits of Joint Comittees in CETA", *Questions of International Law,* núm. 41, 2017.

RUIZ ROBLEDO, Agustín, "Canadá, un federalismo casi olvidado", *Revista de Estudios Políticos,* núm. *69*, 1990, págs. 201-216.

SALVIOLO, Marcelo, "El caso argentino a la luz de las experiencias internacionales. Estudio comparativo con otros Estados federales o de estilo federal" en IGLESIAS, Eduardo (et al), *Las provincias argentinas en el escenario internacional. Desafíos y obstáculos de un sistema federal*, Buenos Aires, PNUD, 2008.

SAMPER, Luisa Matheus, "Introducción al estudio de la Constitución de Canadá", *Revista de Derecho Universidad del Norte*, núm. 22, 2004, págs. 254-271.

SCHNEIDERMAN, David, "Habermas, market-friendly human rights and the revisability of economic globalization", *Citizenship Studies*, núm. 8, 2004, pags. 419-436.

— *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

SEGURA SERRANO, Antonio, "El acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Canadá (CETA): Una evaluación de la política comercial de la Unión Europea", en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 30, 2015, págs. 1-22.

SEGURA SERRANO, Antonio, — neral tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, págs. 59-96.

SERRAFERO, Mario D., *Canadá: Notas sobre su sistema político e institucional*, Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Nacionalismo y federalismo en sociedades con divisiones étnicas: los casos de Canadá y Suiza", *Revista de Estudios Políticos,* núm. 10, 1979, págs. 87-130.

STOLL, Peter-Tobias, HOLTERHUS, Till Patrik y GÖT, Henner, *The Planned Regulatory Cooperation between the European Union and Canada and the USA According to the CETA and TTIP Drafts*, Georg August Universität, Groningen, 2017.

VAN HARTEN, Gus, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, University Press, 2013.

WOOLCOCK, Stephen, "EU Policy on Preferential Trade Agreement in the 2000s: A reorientation towards Commercial Aims", *European law Journal*, vol. 20, 2014, págs. 718-732.

LA DIRECTIVA INICIAL MILITAR 5/2020, DE 16 DE MARZO, EN EL MARCO DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN

THE INITIAL MILITARY DIRECTIVE 5/2020, OF MARCH 16, WITHIN THE FRAMEWORK OF EMERGENCY LAW.

JACINTO J. MARABEL MATOS

Doctor en Derecho. Asesor Jurídico Abogacía General
Junta de Extremadura

Sumario: *I. El marco jurídico de actuación de las Fuerzas Armadas en situaciones de emergencia nacional. II. La autoridad delegada militar en la situación de crisis sanitaria originada por la pandemia de covid-19. III. Estados de emergencia y Derecho de Excepción. III.1. El marco teórico general del estado de alarma. III.2. El sistema de normas transversales aplicables al estado de alarma. IV. Efectos de la Directiva Inicial Militar 5/2020, de 16 de marzo de 2020. IV.1. Las ROE como reglas de comportamiento en situaciones de excepción. IV.2. El personal militar como agente de la autoridad delegada. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.*

Resumen: El 14 de marzo de 2020, en el contexto de la crisis sanitaria originada por la pandemia de covid-19, el Gobierno aprobó un estado de alarma, mediante un Real Decreto que posteriormente sería declarado parcialmente inconstitucional, delegando en las Fuerzas Armadas una serie de competencias para la gestión de la situación de emergencia nacional, que serían eficazmente ejecutadas en base al Derecho Operativo Militar. La gestión de esta primera fase de la pandemia, en la que se puso en entredicho la capacidad de reacción de los Estados bajo situaciones excepcionales de crisis sanitaria, demostró sin embargo que el ordenamiento castrense era un instrumento

jurídico válido, ajustado a las exigencias legales y constitucionales que presiden el Derecho de Excepción, para hacer frente a aquellos problemas.

Palabras clave: Estado de Alarma, Covid-19, Derecho de Excepción, Derecho Operativo Militar, Declaración de inconstitucionalidad.

Abstract: On March 14, 2020, in the context of the health crisis caused by the covid-19 pandemic, the Government approved a state of alarm, by means of a Royal Decree that would later be declared partially unconstitutional, delegating to the Armed Forces a series of competences for the management of the national emergency situation, which would be effectively executed on the basis of the Military Operational Right. The management of this first phase of the pandemic, in which the reaction capacity of the States under exceptional situations of health crisis was questioned, demonstrated however that the military order was a valid legal instrument, adjusted to the legal and constitutional requirements that preside over the Right of Exception to face those problems.

Keywords: State of Alarm, Covid-19, Right of Exception, Military Operational Law, Declaration Unconstitutionality.

Recepción original: 12/05/2021

Aceptación original: 20/04/2022

I. EL MARCO JURÍDICO DE ACTUACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN SITUACIONES DE EMERGENCIA NACIONAL

El marco constitucional de las Fuerzas Armadas (FAS) viene establecido con carácter general en el art. 8.1 de la Constitución Española (CE), donde se consagra al Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, como garantes de la soberanía e independencia de España, defensores de su integridad territorial y del ordenamiento constitucional. Las FAS están vinculadas a la Defensa Nacional, en tanto competencia exclusiva del Estado (149.1.4.º CE), subordinadas jerárquicamente al Rey (62.h CE) y políticamente a la acción del Gobierno (97 CE), completando su relación con el resto de los poderes constitucionales a través del Legislativo, en tanto el desarrollo de su régimen organizativo resulta materia de Ley Orgánica (8.2 CE), y del Judicial, por cuanto se encuentran sometidas al control ordinario de la legislación vigente y con carácter exclusivo a la jurisdicción castrense (117.5 CE).

La función principal de las FAS es servir a la defensa de la Nación, proteger al conjunto de la sociedad española y garantizar la soberanía, independencia e integridad de su territorio. La vigente Directiva de Defensa Nacional (DDN), que incluye estos principios como objetivos prioritarios de actuación[1], aborda sin embargo un nuevo escenario estratégico en el que las FAS están llamadas a resolver una serie de retos para la seguridad nacional bajo situaciones de crisis social, desgraciadamente cada vez más habituales, como las generadas por catástrofes medioambientales o incluso pandémicas, de las que nos ocuparemos a continuación. Es esta una atribución evidentemente subsidiaria al carácter primordial de las FAS, que no obstante conecta con una dilatada experiencia histórica de servicio al ciudadano, que en la actualidad se encuentra reflejada, tanto en el ámbito de la Protección Civil como en el de la Seguridad Nacional, a través del principio de colaboración con las diferentes Administraciones Públicas para aquellos casos en los que se declaren situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, tal y como establece el art. 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional (LODN)[2].

La inmediatez, el alto grado de disponibilidad y despliegue operativo de personal especializado, disciplinado y jerarquizado, con una vocación permanente de servicio público ha coadyuvado a normalizar las actuaciones de las FAS todo el territorio nacional[3]. Tal y como ocurre en el resto de países de nuestro entorno, donde suele ser recurrente la intervención del personal militar en la ejecución de tareas que, en su origen, venían siendo prestadas por organizaciones humanitarias, de tal forma que, mientras la doctrina militar de la OTAN ha acuñado el término "cooperación civil-militar" (CIMIC) y la de EEUU prefiere denominarlas "asuntos civiles" (CA), lo cierto es que ambas hacen referencia al mismo conjunto de actuaciones colaborativas con las Administraciones Públicas, cada vez más habituales en nuestro entorno[4].

---

[1] Directiva de Defensa Nacional 2020; pág. 2. https://s03.s3c.es/imag/doc/2020-06-11/DIRECTIVA-DEFENSA-NACIONAL-2020.pdf [Consultado el 15 de julio de 2020].

[2] Boletín Oficial del Estado (BOE), de 18 de noviembre de 2005.

[3] ROLDÁN PASCUAL, José Emilio. "Introducción. España ante las emergencias y catástrofes. Las Fuerzas Armadas en colaboración con las autoridades civiles", *Cuadernos de Estrategia,* n.º 165, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2004; pág. 20.

[4] JAR COUSELO, Gonzalo. "Los Ejércitos como actores en las emergencias humanitarias". *Revista Española de Derecho Militar,* n.º 9, Ministerio de Defensa, Madrid, 2007; págs. 105-106.

Un principio colaborativo que vino marcado por el desenlace de la Operación Romeo-Mike, desarrollada tras los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004, cuando el Gobierno encargó a las autoridades militares la vigilancia de las líneas ferroviarias ante la posibilidad de un nuevo ataque, que tuvo un antecedente inmediato en la Operación Marea Negra, cuyo dispositivo sirvió para coadyuvar a la limpieza de las costas gallegas tras el vertido de crudo procedente del buque Prestige en el año 2002, y una continuación inmediata en la Operación Tormenta Blanca, en apoyo de las autoridades civiles tras las intensas nevadas caídas en Castilla y León en el año 2005.

Estos y otros precedentes fundamentaron la delegación de competencias gubernativas en las autoridades militares, para hacer frente al primer estado de alarma declarado en nuestro país durante el presente período constitucional, tras la que los medios de comunicación dieron en llamar "crisis de los controladores". La misma se produjo a raíz de la aprobación del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que regulaba una serie de medidas en materia de personal que afectaban directamente a los controladores civiles de tránsito aéreo vinculados a la entidad pública empresarial AENA[5]. A las pocas horas de su publicación y sin previo aviso, tomando como excusa la legítima defensa de sus condiciones laborales, una parte del colectivo decidió abandonar sus puestos de trabajo, por lo que, dado que el restablecimiento del espacio aéreo revestía caracteres de excepcional urgencia para el interés nacional, el Gobierno facultó al Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire (JEMEA) para que adoptase las decisiones oportunas. El JEMEA ejecutó una serie de medidas sumarias, tanto en materia de organización, planificación, supervisión y control de la crisis, como en materia disciplinaria y laboral, calificadas de "relativamente modestas" por el Tribunal Constitucional[6], que tuvieron sin embargo un éxito rotundo e inmediato sobre los controladores civiles, acabaron incorporándose paulatinamente a sus puestos de trabajo[7].

[5] Fundamentalmente, la Disposición Adicional Segunda contenía una serie de obligaciones en materia de reconocimiento médico para el caso de enfermedad laboral. Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. BOE de 3 de diciembre de 2020.

[6] Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 148/2021, de 14 de julio.

[7] Art. 4.4.a) de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea y Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomendaba transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a AENA.

Como tendremos ocasión de comprobar, en estos casos el principio de necesidad capacita al Ejecutivo para aprobar ordenamientos de excepción en sustitución de la legalidad ordinaria, cuerpos normativos de carácter temporal y limitado, cuya función primordial es la de adaptar la realidad jurídica a situaciones de emergencia nacional, en la terminología empleada por STC 83/2016, de 28 de abril, por lo que aquellas "modestas" medidas fueron ratificadas al día siguiente a través del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, en el que se formalizaba el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial de transporte aéreo, amparándose en el art. 4.c) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES). En nuestra opinión, especialmente relevante resultó en aquel caso el ámbito subjetivo determinado en el art. 3 de la norma, mediante el que se atribuía la condición de personal militar a los controladores de AENA, que durante la vigencia del estado de alarma quedaron sometidos a las órdenes directas del JEMEA, así como a la jurisdicción castrense, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.

La resolución de la crisis persuadió al Ejecutivo para dotar de seguridad jurídica futuras intervenciones de las FAS, ya que hasta entonces la única mención constitucional expresa remitía al desarrollo ordinario de la jurisdicción castrense en el supuesto tipificado para el estado de sitio (art. 117.5 CE), pero las reformas alcanzaron únicamente al ámbito de la Protección Civil y la Seguridad Nacional. En nuestra opinión, la gestión de la pandemia ha puesto de manifiesto las carencias de este sistema de normas transversales, cuyas lagunas en el marco de la actuación militar debieron ser cubiertas por el conjunto de órdenes y directivas emitidas por el mando designado al efecto, lo cual no ha hecho sino revelar una vez más la importancia del Derecho Operativo Militar, en tanto doctrina científica aplicable a las FAS, dotando de validez y eficacia las actuaciones encomendadas al personal castrense en estos casos[8]. Y en particular, las Reglas de En-

[8] En síntesis, puede decirse que la articulación de esta disciplina en nuestro país surge cuando la experiencia acumulada por las FAS en el contexto internacional, puso de manifiesto la necesidad de ordenar de manera especializada el planeamiento y ejecución de futuras misiones exteriores, por lo que, conforme con este planteamiento, en febrero del año 2000 la Escuela de Estudios Jurídicos de las Fuerzas Armadas organizó unas jornadas con a una serie de expertos en la materia, cuyas ponencias sirvieron de base a un primer manual: VV.AA. *Lecciones de Derecho Operativo, Asesoría Jurídica General de la Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001. esta obra sería completada completado años más tarde por PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio. *Manual de Derecho Operativo,* Marcial Pons, Madrid, 2015.

frentamiento (*Rules of Engagement,* ROE), como normas operativas que, ajustadas al ordenamiento jurídico, no solo regulan el uso de la fuerza bajo determinadas circunstancias, sino que tratan de dar respuesta a una serie de problemas que la legalidad de excepción no se encuentra en disposición de prever.

En el contexto de la pandemia de covid-19, la gestión de las competencias delegadas en las autoridades militares ha mostrado la utilidad de las ROE, consolidándolas como instrumentos jurídicos esenciales bajo circunstancias de contingencia o riesgo nacional[9], pese a que en ocasiones no estuvo exenta de problemas interpretativos desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, tal y como veremos a continuación, la experiencia acumulada y la resolución de los mismos en materia de habilitaciones legales, así como en el ejercicio de las actuaciones encomendadas como agentes de la autoridad, entre otras, deberá servir para promover mejoras del ordenamiento tendentes a dotar de seguridad el cada vez más habitual recurso de intervención del personal militar en situaciones de emergencia nacional.

II. LA AUTORIDAD DELEGADA MILITAR EN LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA ORIGINADA POR LA PANDEMIA DE COVID-19

Resulta obligado comenzar esta breve síntesis cronológica sobre la primera fase de la pandemia el 31 de diciembre de 2019[10]. Hasta donde sabemos, ese día la Comisión de Salud de Wuhan, localidad situada al este de la provincia de Hubei (China), informó sobre la hospitalización de veintisiete personas diagnosticadas de neumonía aguda grave. Aunque la enfermedad no mostraba una etiología conocida, dado que la mayor parte de los pacientes resultaron ser tenderos y comerciantes provenientes de un mercado local que suministraba marisco, pescado y animales vivos a los habitantes de la zona, la co-

[9] La ejecución de la Operación Balmis logró recabar el reconocimiento unánime de todos los grupos políticos, cuestión ciertamente insólita en nuestro país, subrayando el sobresaliente desenlace de la misión encomendada al personal militar durante esos meses. Un consenso que tendría su reflejo en el marco del derecho premial con la concesión de una medalla conmemorativa de naturaleza plural. Vid. Real Decreto 701/2020, de 28 de julio, por el que se crea la medalla conmemorativa de la Operación Balmis para reconocer al personal participante en la lucha contra el COVID-19. BOE, de 29 de julio de 2020.

[10] A partir esta fecha seguimos la cronología de las actuaciones oficiales registrada durante los primeros meses de pandemia. Listings of WHO's response to COVID-19. Https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline [Consultado el 29 de junio de 2020].

munidad científica internacional comenzó a sospechar que el foco de la infección podía tener un origen zoonótico, como con posterioridad habría de confirmarse.

El 7 de enero las autoridades chinas desvelaron que el causante del brote había sido una cepa hasta entonces no identificada de coronavirus (CoV). El 12 de enero hicieron pública la secuencia genética y el 24 el primer informe exhaustivo sobre el que, en adelante, pasaría a ser conocido como SARS (Severe Acute Respiratory Sindrome)-CoV 2, distinguiéndolo del SARS-CoV que a finales de 2003 irrumpió en Guangzhou, provincia de Cantón (China), originando una pandemia que, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), habría llegado a afectar a un total de 8.098 personas en todo el mundo.

En esencia, un virus es un microorganismo extremadamente simple, con genoma de ARN de cadena única lineal y de sentido positivo, por lo que se puede llegar a afirmar que no tiene vida propia y que únicamente logra reproducirse por gemación, introduciéndose en células sanas para replicarse en el citoplasma. Los *coronaviridae*, coloquialmente conocidos como coronavirus por el aspecto que les confiere las glicoproteínas que despuntan sobre su capa externa, representan una extensa familia de virus que, pese a hallarse presentes en el origen de una gran variedad de enfermedades respiratorias, desde el catarro común en adultos a la gastroenteritis en lactantes, siguen resultando muy difíciles de cultivar para poder ser estudiados con garantías en laboratorio.

Tal es así que hasta la fecha los expertos tan solo han conseguido aislar trece cepas de coronavirus. Si bien todas ellas resultan letales en diversos tipos de animales, en algunas especies infectadas, como camellos, cerdos o murciélagos, el coronavirus actúa a modo de reservorio, antes de mutar y transmitirse a los humanos para atacar su sistema inmunológico, por lo general con carácter leve. Sin embargo, pese a que dichos síntomas livianos se manifiestan en un porcentaje muy bajo en las tres últimas variantes detectadas: H5N12 (brote de gripe aviar de 1997), SARS-CoV (la mencionada epidemia de Guangzhou de 2003), MERS-CoV (síndrome respiratorio agudo detectado en Arabia Saudí en 2012), por el contrario, en el actual SARS-CoV-2 conllevan una alta tasa de incidencia en materia de letalidad.

Oficialmente, la nueva cepa saltó las fronteras de China a finales de enero de 2020. El 25 de ese mismo mes, la OMS informó sobre una primera trasmisión extracomunitaria detectada en Tailandia, que en las siguientes jornadas acompañaron otras muchas en países tan distantes como Japón, Francia o Australia. La enfermedad comenzó a

tomar visos de pandemia y el 30 de enero, con 7.818 casos confirmados en todo el mundo, la OMS elevó los indicadores de salud pública internacional a niveles de emergencia, previos a la declaración oficial de pandemia confirmada definitivamente el 11 de marzo de 2020.

Poco antes, a finales de febrero y a raíz de la gravedad de las noticias que llegaban desde Italia, la opinión pública europea comenzó a prestar verdadera atención a esta nueva y desconocida enfermedad de carácter severo, mientras asistía desconcertada a su imparable extensión por todo el Continente. El 20 de febrero fue notificado el primer caso de un paciente ingresado en UCI, un deportista de 38 años que había acudido a urgencias del hospital de Codogno, en la provincia de Lodi, al que en tan solo 24 horas siguieron otros treinta y seis. A partir de esa localidad, considerada desde entonces la zona cero en Europa, la propagación de la enfermedad resultó asombrosamente exponencial, por lo que a fecha de 8 de marzo, las autoridades italianas, con un total de 5.061 infectados y 233 muertos repartidos por todo el país, decidieron imponer el confinamiento estricto de 16 millones de personas, residentes en el epicentro de los contagios detectados en la región de Lombardía y en las comarcas adyacentes.

Casi al mismo tiempo, el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, departamento del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, encargado de articular y dar respuesta a las amenazas de salud pública en nuestro país, confirmaba la cifra de 617 contagios y 17 muertos por covid-19, mientras en toda España se celebraban manifestaciones multitudinarias para conmemorar el Día Internacional de la Mujer. En el transcurso de las jornadas inmediatas, las autoridades tomaron una serie de decisiones excesivamente tibias, en cuanto a la aplicabilidad y efectos jurídicos de las mismas, que se materializarían en los Reales Decretos-Leyes 6/2020, de 10 de marzo y 7/2020, de 12 de marzo, adoptando un conjunto de medidas urgentes para tratar de paliar las ya por entonces graves circunstancias socio-económicas que estaba originando la evolución de la enfermedad[11].

[11] El art. 4 del Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptaron determinadas medidas urgentes en el ámbito económico, procedía a modificar la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, en lo relativo al suministro centralizado de medicamentos, mientras el art. 5 asimilaba a accidente de trabajo los períodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tuvieran el domicilio o el centro de trabajo de aquellas personas diagnosticadas de covid-19. Por su parte, el Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptaban medidas urgentes para responder al impacto económico del covid-19, regulaba un sistema de crédito extraordinario destinado a las familias y negocios afectados por la pandemia.

Finalmente, la noche del 14 de marzo, con 5.232 personas contagiadas y 133 fallecidas, el Gobierno mandó publicar el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19 (RD 463/2020)[12]. La norma entró en vigor al tiempo de su publicación y la Ministra de Defensa fue nombrada, junto a los titulares de Sanidad, Interior y Transporte, autoridad competente delegada, habilitándola para dictar aquellas órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones que, dentro de su área departamental, considerase oportunas en aras a garantizar la prestación de los servicios públicos esenciales, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el art.11 LOAES[13] conferidas por el art. 4.3 RD 463/2020.

El Ejecutivo consideró que la magnitud de la crisis exigía poner a disposición de las autoridades delegadas todos los recursos de la Nación, por lo que las FAS, que por su propia naturaleza resultan un elemento intrínseco y esencial para el funcionamiento del Estado, estaban llamadas a protagonizar desde el primer momento un papel destacado en la ejecución eficaz y ordenada de la misma. Y en este marco fue dictada la Instrucción de 15 de marzo de 2020, del Ministerio de Defensa, mediante la que se establecían medidas para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19 dentro de su ámbito competencial (IMD 15/3/20).[14] En la misma, se atribuía al Jefe de Estado Mayor de la Defensa (JEMAD), supeditado a la dirección política del Ministerio, el mando único para la pues-

[12] La STC 148/2021, de 14 de julio, declaró la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del RD 463/2020. El Tribunal Constitucional consideró que este no era el instrumento jurídico adecuado para suspender determinados derechos fundamentales, tal y como se contemplaba en la declaración, pese a lo cual admitía la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. En virtud de ello y en relación con resto de situaciones jurídicas generadas, especialmente en lo que atañe a la actuación de las FAS que aquí se trata, conviene señalar que, con carácter general, dichas actuaciones no resultaron susceptibles de revisión, por lo que, en lo que devino aplicable el RD 463/2020 y las normas que lo desarrollaron, seguirán sirviéndonos de referencia para el presente trabajo.

[13] El art. 4.3. RD 463/2020 remitía expresamente a los ámbitos de actuación que contemplados en la LOAES, en cuanto a la limitación circulatoria de personas o vehículos en horas y lugares determinados, práctica de requisas temporales, intervención de industrias, fábricas, talleres o explotaciones, restricción de servicios y consumo de artículos de primera necesidad, y aseguramiento del abastecimiento de mercados y centros de producción.

[14] Vid. BOE, de 15 de marzo de 2020 y Boletín Oficial del Ministerio de Defensa (BOMD), de 16 de marzo de 2020. Apenas dos días más tarde fue asumido un nuevo bloque competencial, conformado a partir de la Instrucción de 16 de marzo de 2020, del Ministerio de Defensa, en apoyo al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, para la protección de personas sin hogar y asentamientos chabolistas. Vid. BOE, de 17 de marzo de 2020 y BOMD, de 18 de marzo de 2020.

ta en práctica de dichas prevenciones, impeliéndole a establecer un Centro de Coordinación a su cargo, en el que integrar todas aquellas autoridades y mandos que considerase oportuno para poder llevarlas a pleno efecto (arts. 5 y 6 IMD 15/3/20).

De este modo, una vez superadas las etapas de alerta y valoración estrictamente política, la gestión de la crisis entró en fase de opciones de respuesta a nivel estratégico militar, por lo que el JEMAD emitió la Directiva Inicial Militar, de 16 de marzo de 2020 (DIM 05/20), que contenía los parámetros básicos del planeamiento operacional, inmediatamente desarrollados por el Comandante del Mando de Operaciones (CMOPS) a través del OPLAN 00103. La operación recibió el nombre de Balmis, cumpliendo con ello el doble objetivo de homenajear al médico castrense Francisco Javier de Balmis y Berenguer, cirujano consultor de los Reales Ejércitos que desarrolló su labor entre los siglos XVIII y XIX, y dar a conocer entre la opinión pública española la épica Real Expedición Filantrópica de la Vacuna contra la viruela, que protagonizó junto a su homólogo José Salvany y Lleopart, dos practicantes, tres enfermeras y veintidós expósitos coruñeses, que en 1803 embarcaron junto a su cuidadora, Isabel Zendal, y durante los tres año siguientes lograron erradicar la enfermedad a lo largo y ancho de todas nuestras posesiones de Ultramar. Reconocida como la primera expedición sanitaria internacional de la Historia, el resultado de la Operación Balmis puso de manifiesto que la acertada elección del nombre había cumplido con creces los objetivos propuestos.

En el curso de la misma, la Inspección General de la Sanidad de la Defensa (IGESANDEF), quedó subordinada al JEMAD como autoridad sanitaria del Departamento y en colaboración con las directrices emanadas del CMOPS, bajo el que se supeditaron los cuarteles generales permanentes de los Ejércitos de Tierra y Aire (LCC y JFAC), así como el de la Armada (MCC), junto al mando componente de emergencias, con los efectivos de la Unidad Militar de Emergencias (COMUNE). Precisamente, una de las claves de la Operación Balmis consistió en articular una actuación integral y cohesionada de las FAS, incluidas las unidades de la Guardia Real y el Mando Conjunto de Ciberdefensa, con la finalidad de poner en práctica la doctrina del modelo de estrategia integral en gestión de crisis, recogida como uno de los cinco principios rectores de la Política de Seguridad Nacional[15]. La misión, encuadrada "en el concepto de las operaciones de responsabilidad nacional de carácter coyuntural (no permanentes),

[15] Estrategia de Seguridad Nacional 2017. Departamento de Seguridad Nacional, Presidencia del Gobierno, Madrid, pp. 81-83.

desplegadas ante situaciones de crisis"[16], entrañaba una práctica operacional de enorme complejidad, que exigía además una ejecución sumaria de tiempo record en colaboración con las autoridades civiles.

Pues en efecto, tal y como se encargó de subrayar la propia Ministra en su comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, el 27 de abril de 2020, desde el primer momento la Operación Balmis fue concebida como una actuación de apoyo a las instituciones del Estado y a las Administraciones Públicas[17], por lo que, ya en fase de ejecución, esta colaboración o apoyo planteaba, además de la adopción de medidas implementadas de oficio, atender las eventuales solicitudes instadas por las autoridades del ámbito autonómico y local (art. 4.3 RD 463/2020). Por tanto, uno de los objetivos primordiales era poner a disposición de las autoridades competentes el conjunto acreditado de capacidades militares en materia de sanidad, emergencia, policía, alojamientos logísticos y establecimiento de hospitales de campaña, transporte aéreo y terrestre, así como de control del tráfico aéreo y de la navegación marítima (art. 2.c). IMD 15/3/20).

Este acervo de gestión y experiencia acumulada estuvo a disposición de las distintas Administraciones Públicas, en primera línea de combate, durante los meses más duros de pandemia, hasta que el estado de alarma pudo darse definitivamente por concluido a las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020[18] y el JEMAD emitió la orden para cancelar el OPLAN 00103 del CMOPS, dando por finalizada la Operación Balmis después de noventa y ocho días de impecable ejecución. Y sin duda, a este éxito contribuyó el Derecho Operativo Militar, poniendo no obstante de manifiesto que, pese a que gracias al mismo fueron resueltos gran parte de los problemas interpretativos derivados de la ejecución práctica de las normas civiles que amparan la intervención de las FAS, quizás vaya siendo hora de reflexionar sobre la necesidad de articular propuestas normativas que doten de seguridad jurídica futuras actuaciones en este ámbito.

---

[16] pág. 52.

[17] GÓMEZ RUÍZ, Francisco Javier. LÓPEZ ANDRÉS, Pablo. "Aspectos Jurídicos de la Operación Balmis". *Revista Ejército*, núm. 953, Ministerio de Defensa, Madrid, 2020; pág. 52. Según definición de la propia Ministra en comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (DSCD), de 27 de abril de 2020.

[18] El Congreso de los Diputados autorizó al Gobierno a prorrogar el estado de alarma hasta en seis ocasiones. BOE de 28 de marzo, 11 de abril, 25 de abril, 9 de mayo, 23 de mayo y 6 de junio de 2020. Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril, 514/2020, de 8 de mayo, 537/2020, de 22 de mayo, y 555/2020, de 5 de junio, por los que se prorrogó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

III. ESTADOS DE EMERGENCIA Y DERECHO DE EXCEPCIÓN

III.1. El marco teórico general del estado de alarma

Conforme con la doctrina del Consejo de Estado, los poderes de excepción resultan expresión máxima del principio de Soberanía Nacional (art. 1.2 CE), en tanto la CE confiere al Gobierno, bajo el control del Congreso de los Diputados y, en su caso, del Tribunal Constitucional, atribuciones excepcionales en circunstancias de emergencia nacional[19], con la finalidad, según la STC 168/2021, de 15 de octubre, de "buscar un equilibrio entre la necesidad de hacer frente a la situación extraordinaria que determina la declaración de alguno de aquellos estados y la exigencia del respeto al propio Estado de Derecho, a la preservación de sus órganos e instituciones y a los derechos fundamentales, libertades y garantías de los ciudadanos"[20].

Paradójicamente, la STC 148/2021, de 14 de julio, ha establecido que la configuración constitucional de los estados de emergencia nacional no obedece a criterios rígidos y tasados, de graduación o intensidad, sino que se sostiene sobre principios cualitativos o específicos, en una hermenéutica progresiva y dialéctica con la realidad social. En este sentido, el carácter cualitativo de la tipificación establecida de inicio por el constituyente habilitaba al Estado para dispensar una solución concreta en situaciones de crisis comunitarias excepcionales, originadas tanto por catástrofes naturales como por alteraciones graves de la convivencia u orden público, que pusieran en peligro la estabilidad social o política del país, hasta que la crisis social y sanitaria provocada por la pandemia de covid-19 ha venido a delimitar dichos conceptos.

En efecto, los apartados 2, 3 y 4 del art. 116 CE se limitan a señalar la concurrencia de los estados de alarma, excepción y sitio, sistematizando una serie de recursos que los poderes públicos podrán hacer efectivos para tratar de agilizar la resolución de la crisis, tales como la identificación de los órganos competentes para determinar el estado de emergencia, el procedimiento para la adopción decisoria, la fórmula legal de publicación de las misma, las mayorías necesarias para autorizar sus eventuales prórrogas, así como el contenido obligado de la declaración, esto es el ámbito temporal, territorial y material

[19] Dictamen del Consejo de Estado 213/2021, de 22 de marzo, emitido en relación al recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley de Salud de Galicia.

[20] STC 168/2021, de 15 de octubre.

afectado por la norma, por lo que resulta forzoso acudir a otras previsiones de índole constitucional.

En primer lugar debemos tener en cuenta los apartados 5 y 6 del propio art. 116 CE, en los que se establecen un conjunto de garantías que tratan de proteger el entramado institucional de las consecuencias que pudieran derivar de la declaración de emergencia. De este modo, se prevé que durante su vigencia no podrá interrumpirse el funcionamiento de las Cortes Generales ni del resto de los poderes constitucionales del Estado, como tampoco podrá disolverse el Congreso de los Diputados, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieran en periodo de sesiones o asumiendo sus competencias la Diputación Permanente, en otro caso. En segundo lugar, hay que tener presente el art. 55.1 CE, en el que se establecen los derechos fundamentales susceptibles de ser suspendidos tras las eventuales declaraciones de excepción o de sitio, completado en este último caso con el art. 117.5 CE, en cuanto al ejercicio de la jurisdicción militar. Y por último, el art. 169 CE, en el que se prohíbe cualquier tipo de iniciativa de reforma constitucional durante la vigencia de alguno de los estados de emergencia.

El desarrollo de estas previsiones constitucionales está presidido con carácter general por la citada LOEAES, así como por los correspondientes Reales Decretos que eventualmente y de manera precisa vengan a declarar el estado de emergencia. En este sentido, hay que señalar que la voluntad del constituyente consistió en que los criterios cualitativos enunciados en los apartados 2, 3 y 4 del art. 116 CE, fueran tipificados con posterioridad, completando la categorización de los peligros concretos que, al objeto de erradicarlos y regresar lo más pronto posible a la normalidad democrática, merecerían activar una serie de medidas correctoras. Así pues, en la tarea encomendada al legislador ordinario, el Estado ha tratado de dotarse de mecanismos e instrumentos jurídicos a los que acudir urgentemente en caso de peligro o amenaza de la convivencia social, pese a que la experiencia demuestra que dichas prevenciones nunca son suficientes y que cualquier propósito de positivizar los poderes de necesidad acabará decayendo finalmente ante la tozuda realidad, "que nos enseña que es imposible prever *ex ante* todo tipo de amenazas contra los fines esenciales, por lo que a menudo se recurre a cláusulas generales de habilitación para su uso"[21].

[21] ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. "Poderes de Necesidad y Fuerzas Armadas (I): las respuestas jurídicas previstas por la legalidad ordinaria ante situaciones de crisis", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 50, Iustel, Madrid, 2019; pág. 23.

En cualquier caso, la habilitación del clausulado general o de cualquier otro tipo de instrumento jurídico *ad hoc* que, por remisión directa del mismo, resulte aprobado para hacer frente la gestión de la crisis, deberá venir siempre presidida por los principios de necesidad (art. 1.1 LOEAES), temporalidad (art. 1.3 LOEAES), íntimamente ligado a los subprincipios de vigencia inmediata y publicidad (art. 2 LOEAES), así como el de responsabilidad (art. 3.2 LOEAES, de conformidad con los arts. 116.4 y 5 CE). Única y exclusivamente bajo estos parámetros, el art. 116. 2 CE faculta al Gobierno para declarar el estado de alarma, adoptando un criterio temporal, cuya intensidad o urgencia justifica así mismo el concepto de extraordinaria necesidad. Es decir, una vez constatadas las circunstancias cualitativamente graves que relaciona el art. 4 LOEAES, se trata de dar una respuesta drástica e inmediata ante la amenaza de peligro de los bienes comunitarios; "peligro que se haría efectivamente realidad de tener que respetarse las reglas jurídicas ordinarias, dado que el plazo que éstas requieren para su puesta en práctica es en todo caso superior al tiempo del que efectivamente disponen los poderes públicos para la realización del fin, superando la situación de peligro que lo amenaza"[22].

Esta acción reparadora, urgente y extraordinaria es una decisión debida, ya que el ordenamiento constitucional fortalece la posición del Ejecutivo para obligarle precisamente a activar los mecanismos de resolución de la crisis, conminándolo a regresar lo más pronto posible a la normalidad. Por lo tanto, la declaración gubernativa deberá venir avalada por la constatación de alguno de los presupuestos fácticos que contempla el art. 4 LOEAES, bajo circunstancias de "alteraciones graves de la normalidad", esto es: a) catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; b) crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; c) paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los arts. 28.2 y 37.2 CE, concurra alguna de las demás circunstancia o situaciones contenidas en este artículo; y d) situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Una vez verificada la situación que otorga cobertura el principio de legalidad, con carácter previo a la adopción de las medidas oportunas, el Ejecutivo deberá realizar un juicio de ponderación previo, ajustándose a tres criterios. El primero de ellos es la idoneidad, en

[22] ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996; pág. 255.

tanto que la razón de ser de la decisión restrictiva de derechos fundamentales no es otra que la de alcanzar un objetivo legítimo. El segundo la necesidad, por cuanto la exigencia de intervención mínima de los poderes públicos obliga que sea respetado el contenido esencial de los derechos fundamentales, descartando cualquier otra medida menos gravosa o lesiva para la consecución de dicho objetivo. Como corolario de ambos, la normativa obliga a realizar un juicio de proporcionalidad (art. 1.2 LOEAES) que, según la STC 30/1981, de 24 de julio, donde se abordó por primera vez este criterio con carácter constitucional, se consagra como salvaguarda de la interdicción de la arbitrariedad que previene el art. 9.3 CE, así como del interés general perseguido con los medios utilizados[23].

La aplicación del criterio de proporcionalidad en sentido estricto significa, de conformidad a las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre y 70/2002, de 3 de abril, "que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre"[24]. Esto quiere decir que el principio de proporcionalidad no constituye un canon autónomo de constitucionalidad (STC 55/1996, de 28 de marzo), sino que su aplicación deberá ajustarse a las circunstancias concretas que determinen la declaración del estado de necesidad, teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en el que se proceda a adoptar la decisión (SSTC 126/2000, de 16 de mayo y 299/2000, de 11 de diciembre). En este sentido y si los presupuestos fácticos evidenciasen que, con la aplicación de medios jurídicos menos lesivos de los derechos y libertades fundamentales, la situación de necesidad podría ser superada, la concurrencia del mismo impediría la invocación de los estados de necesidad.

En relación con esto, el voto particular a la STC 183/2021, de 27 de octubre, el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos consideró que el juicio de proporcionalidad entre los derechos afectados en la declaración del estado de alarma aprobada mediante RD 463/2020, se planteaba entre el derecho a la vida, a la que asignaba carácter primario y un grado máximo de afectación, y el derecho a la salud, a la libre circulación, a la intimidad, la libertad de residencia, de reunión y manifestación, intimidad, libertad religiosa o libertad de empresa, entre otros, con un grado de afectación en abstracto claramente inferior al primero. En particular, el juicio de ponderación realizado entre

[23] Vid. STC 30/1981, de 24 de julio.
[24] SSTC 207/1996, de 16 de diciembre y 70/2002, de 3 de abril.

derecho a la vida y el derecho a libertad de circulación, mostraba que este último debía "calificarse como inferior a la del derecho a la vida, supuesto su carácter temporal y la posible (y necesaria) aplicación de medidas de relajamiento desde el primer momento y con intensidad proporcionalmente creciente a tenor de la evolución de la pandemia en el proceso de desactivación de las medidas. El grado de seguridad en la afectación es, sin embargo, también máxima"[25].

En todo caso y sin entrar por el momento en consideraciones doctrinales, lo cierto es que una vez acreditada la alteración o peligro real grave que, para la convivencia o desarrollo pacífico de la comunidad, representan las circunstancias sociales y naturales contempladas en el art. 4 LOEAES, la superación del juicio de proporcionalidad capacitaría al Ejecutivo para declarar el estado de alarma, singularizado cualitativamente frente a las situaciones de excepción o sitio, que vendrían en su caso precedidas por un conflicto de carácter marcadamente político o de grave alteración del orden público. En efecto, el estado de excepción resulta procedente en aquellos casos en los que se constate una grave alteración del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, del normal funcionamiento de las instituciones democráticas, de los servicios públicos esenciales para la comunidad o de cualquier otra perturbación grave del orden público (art. 13.1 LOEAES), mientras que el de sitio correspondería en los casos de peligro de insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional (art. 32.1 LOEAES). Parece claro por tanto que la voluntad del legislador fue introducir una intensidad gradual entre los distintos estados de necesidad, pues esta diferencia se manifiesta así mismo en la protección creciente de los derechos fundamentales que, en virtud del art. 55.1 CE, podrán ser suspendidos en ambos casos: libertad personal, seguridad y detención preventiva (salvo lo prevenido en el art. 17.3 CE, en cuanto derechos del detenido y asistencia letrada, para el caso del estado de excepción), libertad ambulatoria, de expresión y difusión de ideas u opiniones, secuestro de publicaciones, así como reunión, manifestación, huelga y conflicto colectivo.

Sin embargo, la categorización de dicha escala gradual ha dejado de resultar válida a raíz de la STC 148/2021, de 14 de julio, en la que el Tribunal Constitucional, después de recordar que, en virtud del art. 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, tiene atribuido el carácter de supremo intérprete de la Constitución y por tanto le compete

[25] Voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, en STC 183/2021, de 27 de octubre.

"dotar a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos" (STC 198/2012, de 6 de noviembre), ha superando el sentido primigenio de los preceptos que regulan los estados de alarma y excepción, concluyendo "que basta una lectura de la ley para comprobar que tales estados no constituyen compartimentos estancos e impermeables, en tanto la propia norma prevé la concurrencia de circunstancias habilitantes para declarar distintos estados, que justifican la ampliación de las medidas disponibles"[26].

En este sentido y según el Tribunal Constitucional, aunque la declaración del estado de alarma resultaba plenamente acorde a la situación social provocada por la pandemia, la evolución de las circunstancias, de "dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles", hubiera permitido justificar por el contrario el estado de excepción, porque en estos casos "lo cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no su causa. Como apunta el Tribunal Emopeo de Derechos Humanos en su mencionada Decisión de 20 de mayo de 2021 (Terhes c. Rumania), "no cabe duda de que la pandemia de la COVID-19 puede tener efectos muy graves no solo para la salud, sino también para la sociedad, la economía, el funcionamiento del Estado y la vida en general" (§ 39). Citando que la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas; saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no sólo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción. Otra cosa implicaría aceptar el fracaso del Estado de derecho, maniatado e incapaz de encontrar una respuesta ante situaciones de tal gravedad"[27].

En síntesis, la STC 148/2021, de 14 de julio, vino a decir que, teniendo en cuenta la gravedad de la crisis sanitaria que lo justifica, el RD 463/2020 era el instrumento jurídico adecuado para declarar el estado de alarma, aunque no para suspender determinados derechos fundamentales, especialmente la libertad ambulatoria y de circulación por todo el territorio nacional, cuya limitación viene exclusi-

[26] STC 148/2021, de 14 de julio.
[27] Ibid.

vamente atribuida al ámbito del derecho de excepción. Siendo esto así, lo cierto es que, a los meros efectos de señalar el marco teórico general del estado de alarma, la excepcionalidad de la intervención gubernativa despliega también sus efectos en la propia declaración, "que viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la LOEAES, el sistema de fuentes del derecho de excepción" (STC 83/2016, de 28 abril). Y ello porque, si bien esta declaración adopta forma de Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, en puridad la misma supone una decisión o acto parlamentario, este último para el caso de las eventuales prórrogas autorizadas por el Congreso de los Diputados, que pese a no resultar dictada en el ejercicio de la potestad legislativa ni revestida formalmente de Ley, según el ATC 7/2012, de 13 de enero, adquiere rango o valor normativo, equiparándose en cuanto a su contenido y efectos a normas asimilables, en tanto configuran el régimen jurídico propio de los estados de emergencia y repercuten en la modificación, suspensión o aplicabilidad de aquella parte del ordenamiento ordinario que incide en el ámbito material afectado por la misma[28].

En nuestro caso, el Gobierno aprobó el RD 463/2020 a la vista de la escalada de infectados por covid-19, asumiendo la gravedad y excepcionalidad de la crisis sanitaria que afectaba al conjunto de la nación y la necesidad de aplicar de manera urgente y decidida medidas correctoras. La norma entró en vigor al tiempo de su publicación, proyectando desde ese momento una serie de efectos en el ejercicio de las competencias delegadas por las autoridades públicas, así como en el establecimiento de limitaciones o restricciones respecto a determinados derechos fundamentales, pues como se argumentaba en la citada STC 83/2016, de 28 de abril, "todos los estados que cabe denominar de emergencia *ex* art. 116, suponen excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria de los estados de alarma, excepción y sitio), pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante los poderes ordi-

[28] ATC 7/2012, de 13 de enero, recaído en el Recurso de Amparo contra el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de diciembre de 2010, autorizando la prórroga del estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre.

narios la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias (art. 1.1 LOEAES)"[29].

El Derecho de Excepción permite por tanto suspender temporalmente la aplicación de ciertas normas del ordenamiento jurídico, habilitando al Gobierno poderes extraordinarios con la finalidad de concentrar en un solo individuo, o en una reducida parte del gabinete ministerial, la capacidad decisoria necesaria para resolver este tipo de situaciones de emergencia nacional[30], mientras el papel del Legislativo queda limitado a la verificación posterior de los criterios políticos asumidos por el Ejecutivo en la declaración, pudiendo decidir únicamente si le otorga su confianza en el caso de que este solicite prorrogar la situación de emergencia[31].

No obstante, llegados a este punto y a la vista de la STC 148/2021, de 14 de julio, cabría preguntarse si la declaración de estado de alarma fue el instrumento jurídico idóneo para oponerse a situaciones de crisis como la originada por la pandemia de covid-19, y si como alternativa a la limitación o suspensión de derechos fundamentales que conllevan los estados de excepción, el Gobierno podría haber recurrido con carácter previo al conjunto de leyes transversales con las que, como a continuación veremos, el ordenamiento se ha ido dotando paulatinamente de mecanismos que coadyuvan a combatir ciertos tipos de situaciones de emergencia nacional.

III.2. El sistema de normas trasversales aplicables al estado de alarma

Una parte de la doctrina administrativa sostiene que, en aquellos casos en los que la declaración del estado de alarma se fundamenta en situaciones de crisis sanitaria, bastaría con invocar buena parte del articulado de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad o Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, o en su defecto preceptos análogos contenidos en la mayoría de los ordenamientos autonómicos que tienen atribuidas

[29] STC 83/2016, de 28 de abril

[30] ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoría General del Estado*, Editorial Porrúa, México D.F, 2009; pág. 156.

[31] Dicho control viene regulado en el art. 162 del Reglamento del Congreso de los Diputados en el que se establece la necesidad de comunicación inmediata de la declaración, así como el procedimiento para la solicitud, debate y votación de las prórrogas. Vid. BOE de 5 de marzo de 1982.

tales competencias, para afrontar en primera instancia la situación de excepcionalidad[32].

Continuando con esta tesis y una vez decaído el estado de alarma, las Comunidades Autónomas comenzaron a adoptar una batería de medidas limitativas de derechos fundamentales, acordando el aislamiento perimetral de localidades, la limitación de reuniones privadas, la cuarentena domiciliaria o el sometimiento obligado a cribados masivos que, merced a un proceso de juridificación permanente de las Administraciones Públicas, originó tal estado de inseguridad jurídica que finalmente el Gobierno vino obligado a declarar un segundo estado de alarma, el 25 de octubre de 2020[33].

Era esta sin embargo una medida necesaria, que había sido propuesta con anterioridad por el Consejo de Estado en su Dictamen 213/2021, de 22 de marzo, en el que se advertía sobre los graves problemas que podían llegar a generar la falta de cobertura legal que sostenía la materia sanitaria para estos casos, en tanto dicha normativa carecía "de mayor detalle y concreción, en orden a procurar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública". Pues en efecto, la normativa en todo caso predicable para estos supuestos tan sólo incluye un clausulado de medidas de carácter sectorial, tales como el cierre de instalaciones, suspensión del ejercicio de actividades, incautación de productos e intervención de medios materiales y personales, que no abarca todos los supuestos requeridos y cuya aplicabilidad tampoco resulta efectiva sin la ejecución de dos normas transversales, esenciales y comunes a todo tipo de contingencias, como son la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC), y la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (LSN)[34].

En cuanto a la primera, cabe recordar que la materia acabó consolidándose en nuestro país a partir de una institución de orígenes

[32] ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. "El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, Iustel, Madrid, 2020; pág. 9.

[33] Vid. Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov-2. (BOE, de 25 de octubre de 2020). Este segundo estado de alarma estuvo vigente en nuestro país desde las 00:00 horas del 25 de octubre de 2020 a las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021, tras una prórroga de seis meses aprobada en Consejo de Ministros el 3 de noviembre de 2020.

[34] Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, y Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. BOE de 10 de julio y de 29 de septiembre, respectivamente.

militares, creada en 1796: la Brigada de Artillería Volante adscrita al Real Cuerpo de Guardia de Corps. Precisamente, el art. XVI del Reglamento para su formación, servicio y permanente conservación, aprobado el 20 de febrero de 1797, establecía como uno de sus objetivos primordiales el "de emplearse en socorro de la Humanidad, en cualesquiera aflicción pública, y especialmente en apagar incendios, ocupándose de los trabajos de más riesgo y confianza"[35].

Más cercano en el tiempo, el primer precedente histórico de esta concepción explícita de servicio público, lo encontramos en el art. 4.2 de la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, donde se facultaba al Ministro de la Gobernación para solicitar, en caso de necesidad y por conducto reglamentario, la cooperación de las unidades militares bajo el mando de sus jefes naturales. En similares términos se expresaba el art. 13 de la Ley 81/1968, de 5 de diciembre, de Incendios Forestales, donde se preveía dicha colaboración para el caso que estos rebasaran las posibilidades de extinción con los medios locales o provinciales. Y por último, el art. 1 del Decreto 1125/1976, de 8 de abril, sobre colaboración de las autoridades militares con las gubernativas en estados de normalidad y excepción, superaba el supuesto concreto de incendio, ampliándolo a situaciones "de graves perturbaciones del orden público, producidas por catástrofes naturales o industriales o anormalidades en los servicios públicos, en estados de normalidad y excepción"[36].

En nuestro país, donde las catástrofes naturales, lejos de los huracanes o terremotos propios de otras latitudes, se han focalizado tradicionalmente en torno a los incendios forestales, la anterior regulación evidenciaba una progresión irrenunciable hacia una concepción más amplia y moderna de las FAS, que acabaría finalmente convergiendo en torno a la Defensa Nacional. Pues en efecto, el art. 21 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se establecían los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar, contemplaba la intervención militar en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad, que no obstante el siguiente art. 22 dejaba abierta a toda situación "de necesidad pública de naturaleza análoga". Una definición que, en cualquier caso, supeditaba a las autoridades civiles el requerimiento para promover su mediación, como así mismo quedó reflejado en los apartados 2 y 3 del art. 2 de la Ley 2/1985, sobre Protección Civil, en

[35] ROLDÁN PASCUAL, José Emilio. "De la Brigada de Artillería Volante a la Unidad Militar de Emergencias", *Memorial de Artillería*, n.º 166/2, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010; pág. 79.

[36] Vid. BOE, de 31 de julio de 1959, 7 de diciembre de 1968 y 21 de mayo de 1976, respectivamente.

la que se circunscribía la actuación de las FAS en tiempos de paz, para aquellos casos que "la gravedad de la situación de emergencia lo exija"[37].

Esta precaria regulación fue completada por el sistema de coordinación, gestión y apoyo a las autoridades civiles previsto en las sucesivas Directivas de Defensa Nacional, que posibilitó el despliegue de distintas unidades en misiones de protección y auxilio a la población, tales como la riada que asoló Badajoz en 1997, la rotura de la presa de Aznalcóllar en 1998, el hundimiento del petrolero Prestige en 2002 o las intensas nevadas sufridas en Castilla y León en enero de 2005, entre otras[38]. Sin embargo, muchas de estas actuaciones eran lastradas en la práctica por los distintos modelos autonómicos de Protección Civil que, con competencias compartidas en materia de Medio Ambiente y Salud Pública, dificultaban la agilidad, coordinación y eficacia requeridas para este tipo de misiones[39]. Por otro lado, la colaboración retraía recursos y efectivos de las distintas unidades, ya de por si alarmantemente reducidas tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, mediante la que fue suspendido el servicio militar obligatorio[40], así como por las cada vez más numerosas misiones internacionales que priorizaban las líneas generales de la política de defensa dentro de la órbita de la acción exterior del Estado.

El cambio de paradigma se produjo con la DDN 1/2004, de 30 de diciembre, cuyas directrices otorgaban un peso significativo a la cooperación con las distintas Administraciones territoriales, proponiendo además el desarrollo de un sistema nacional de crisis en colaboración con las FCS, en aras a garantizar la seguridad y el bienestar

[37] Vid. BOE, de 10 de julio de 1980 y de 25 de enero de 1985, respectivamente.

[38] Todas ellas sin perjuicio de las distintas intervenciones que venían realizando la FAS en la lucha contra los incendios y misiones de búsqueda y rescate, así como en colaboración con las FCS en el control fronterizo, vigilancia de la inmigración ilegal y el tráfico de personas, especialmente en Ceuta y Melilla.

[39] No obstante la vigente normativa estatal en materia de Protección Civil, ejercida con carácter exclusivo a través de la atribución contemplada ex art. 149.1.29 CE en materia de Seguridad Pública, la doctrina constitucional, entre otras las SSTC 123/1984, de 18 de diciembre, 133/1990, de 19 de julio, y 58/2017, de 11 de mayo, ha permitido que las Comunidades Autónomas asuman competencias legislativas a través de sus respetivos Estatutos.

[40] Vid. BOE, de 19 de mayo de 1999. La entrada en vigor fue finalmente anticipada al 31 de diciembre de diciembre de 2001, tras la publicación del Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, por el que se adelantaba la suspensión de la prestación del servicio militar.

de los ciudadanos[41]. Poco tiempo después, el art. 15.3 LODN vendría a materializar parte de estas directrices, atribuyendo a las FAS el deber de preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los ya conocidos supuestos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, para lo que el siguiente art. 16.c) LODN establecía el consabido principio de colaboración con las diferentes Administraciones territoriales. Hay que decir que la tramitación de la norma vino precedida de un desgraciado suceso que sacudió a la opinión pública, puesto que el verano anterior un devastador incendio había asolado la provincia de Guadalajara. El siniestro se cobró la vida de once agentes forestales y acabó impulsando definitivamente la creación de un cuerpo militar altamente especializado, que pudiera ser desplegado con carácter urgente en cualquier punto de la geografía nacional.

Así, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de octubre de 2005, fue creada la UME[42], como fuerza conjunta, de naturaleza y estructura militar, encuadrada orgánicamente en el Ministerio de Defensa, cuya principal función residiría en servir de apoyo al sistema de Protección Civil[43]. Un objetivo esencial, subrayado tanto en su primer protocolo de actuación, cuyo reglamento sería anulado por la STS de 4 de noviembre de 2008, al entender que tenía carácter ejecutivo y que como tal no había sido recabado el dictamen del Consejo de Estado, así como en el finalmente aprobado mediante Real Decreto 1097/2011, de 22 de julio[44].

---

[41] Https://armada.defensa.gob.es/ArmadaPortal/ShowProperty?nodePath=/BEA%20Repository/Desktops/Portal/ArmadaEspannola/Pages/mardigitaldocinstituc/01docu-institucional-defensa/05directiva-defensa-nacional/01directivadefensanacional-es/doc02directivadefensanacional04//archivo [Consultado el 17 de noviembre de 2020].

[42] Vid. Resolución de 19 de enero de 2006, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se crea la Unidad Militar de Emergencias. BOE, de 20 de enero de 2006. La UME quedó incardinada en la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas tras la publicación del Real Decreto 416/2006, de 11 de abril, por el que se establecía la organización y el despliegue de la Fuerza del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, así como de la Unidad Militar de Emergencias BOE, de 22 de abril de 2006. En la actualidad, su estructura viene conformada a partir del art. 21 del Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo, en el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas. BOE, de 21 de mayo de 2020.

[43] Hasta la creación de la UME, la colaboración venía limitado por Plan COP 00060 "Tormenta Negra", aprobado en septiembre de 2000. El mismo contemplaba "módulos de fuerza" en apoyo de los planes de protección civil, que fueron sustituidos tras la aprobación del protocolo de intervención, por la DIM 05/08 y el correspondiente OPLAN UME 02/2008, en el que esta quedaba regulada como primer escalón de intervención.

[44] Vid. Real Decreto 399/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba el protocolo de intervención de la Unidad Militar de Emergencias. BOE, de 1 de junio de 2007.

El protocolo no recoge su intervención expresa en situaciones de crisis sanitarias, por lo que la cláusula residual del art. 1.3.f), que remite en última instancia a la potestad discrecional del Presidente del Gobierno para ordenar la actuación, deriva expresamente del art. 1.1 LSNPC, en el que se define la respuesta estatal frente a los distintos tipos de emergencias originadas por catástrofes naturales o "derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada". Por tanto, la actuación de la UME se articula en el art. 37 de la Ley con carácter principal, aunque el mismo precepto previene así mismo la posibilidad de colaboración en materia de Protección Civil con el resto de unidades específicas de las FAS.

En cualquier caso ambas intervenciones vendrían legitimadas para situaciones de crisis sanitarias como la que dio origen a la declaración del estado de alarma, puesto que la normativa introdujo un nuevo estado de emergencia nacional, atenuando garantías constitucionalmente prescritas para los casos de alarma, excepción y sitio, que sería denominado bajo el concepto de "situaciones de interés para las seguridad nacional", y que el art. 23.2 LSN definiría como aquellas en las que "por la gravedad de sus efectos y la dimensión, urgencia y transversalidad de las medidas para su resolución, requiere de la coordinación reforzada de las autoridades competentes en el desempeño de sus atribuciones ordinarias, bajo la dirección del Gobierno, en el marco del Sistema de Seguridad Nacional, garantizando el funcionamiento óptimo, integrado y flexible de todos los recursos disponibles". Esta última referencia legitima la mediación de las FAS, a la que por otro lado alude expresamente la Disposición Final Primera de la Ley, vinculado el título competencial habilitante con las competencias exclusivas en materia de defensa que el artículo 149.1.4.º CE atribuyen al Estado.

La Seguridad Nacional resulta por tanto un concepto subsumible en la Defensa Nacional que, no olvidemos, es la función primordial de las FAS. El art. 3 de la Ley Orgánica del Estado 1/1967, de 10 de enero, establecía la seguridad de la Nación entre los objetivos fundamentales que debían presidir la acción del Gobierno, que el art. 37 encomendaba garantizar a las Fuerzas Armadas[45]. Como no podía ser de otro modo, esta misma concepción integral se mantuvo en el período constituyente y el art. 2 Ley 83/1978, de 28 de diciembre, por la que se regulaban las funciones de los distintos Órganos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional, definía esta como parte integrante de la política general, estableciendo entre sus fines "la vida

Real Decreto 1097/2011, de 22 de julio, por el que se aprueba el Protocolo de Intervención de la Unidad Militar de Emergencias. BOE, de 26 de julio de 2011.

[45] Ley Orgánica del Estado 1/1967, de 10 de enero. BOE, de 11 de enero de 1967.

de la población y los intereses vitales de la Patria", mientras que en similares términos el art. 4 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, por la que se aprobaron las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, les atribuía carácter de alerta permanente en materia de Seguridad Nacional[46]. Poco después, el art. 3 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, en la que se regulaban los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar, conminaba al Legislativo a tipificar esta competencia, de marcada atribución estatal, de tal manera que pasara a constituir "un conjunto armónico que proporcione una efectiva Seguridad Nacional"[47].

Sin embargo, el mandato fue postergado, supeditándose a criterios de oportunidad política, y el desarrollo orgánico de la Defensa del Estado se mantuvo imperturbable en el marco general del art. 97 CE, donde se atribuye la dirección de la misma al Gobierno, en tanto órgano colegiado, y al Presidente en cuanto a la organización militar y las funciones previstas en la legislación ordinaria[48]. Así pues, sin perjuicio del mando supremo que corresponde al Rey (art. 62.h. CE), no cabe duda que el poder Ejecutivo detenta la dirección efectiva de las FAS, conceptuada como actividad extraordinaria del Estado, a través de la política de defensa, pues como afirman algunos autores "esta función no es legislativa ni administrativa ni jurisdiccional, sino que se trata de una actividad fáctica que se desarrolla en el marco de las normas internas de los Estados y del derecho internacional"[49].

Bajo estas premisas fue finalmente aprobada la LODN, cuyo el art. 15.3 ligaba los conceptos de seguridad y defensa al conjunto de las misiones encomendadas a las FAS, encargadas de "preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas". El legislador trasladaba así al ámbito de la Defensa Nacional una acepción moderna de la institución que, tal y como hemos visto, por entonces se encontraba únicamente presente en materia de Protección Civil. Y ambas nociones quedaron definitivamente incardinadas en el sis-

[46] Ley 83/1978, de 28 de diciembre, por la que se regulan las funciones de los distintos Órganos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional, y Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. BOE, de 12 de enero de 1979.

[47] Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar. BOE, de 10 de julio de 1980.

[48] Art. 2.2.f). Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. BOE de 28 de noviembre de 1997.

[49] MORET MILLÁS, Vicente. "La Defensa Nacional y la Ley de Seguridad Nacional: un nuevo entorno jurídico para la Defensa", *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 107, Ministerio de Defensa. Madrid, 2017; pág. 37.

tema conjunto de la Seguridad Nacional tras la entrada en vigor de la actual LSN, entendida de manera integral, en cuanto a "acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos" (art. 3 LSN).

En puridad, la norma vino a regular una nueva situación de emergencia, destinada a hacer frente a aquellas circunstancias de contingencia comunitaria que no alcanzasen el grado de amenaza o severidad tipificado para los casos de alarma, excepción y sitio, con un ámbito de atribución más limitado, aunque exento de la autorización del Ejecutivo en el supuesto de eventuales prórrogas. En este sentido, el art. 10 LSN recoge una serie de ámbitos prevalentes de intervención, entre los que se encuentra la gestión de crisis derivadas de amenaza o riego para la Seguridad Nacional, desarrollada en los siguientes arts. 22 a 26, mientras que la STC 184/2016, de 3 de noviembre, llegó a reconocer que en estos casos el Ejecutivo tiene competencia para fijar el ámbito territorial afectado, la temporalidad, el nombramiento de las autoridades delegadas, así como la asignación de los recursos materiales y humanos que fueran necesarios para afrontarla con garantías.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, cabría afirmar que la situación de emergencia social vivida en los días previos a la declaración del estado de alarma habría facultado al Gobierno para ejecutar un conjunto de leyes transversales, permitiéndole desplegar una amplia batería de recursos destinados a salvaguardar los bienes públicos y la vida de las personas, entre ellos la movilización de las FAS. Sin embargo este sistema normativo quedó sin activar y nunca sabremos qué podría haber ocurrido si las unidades militares hubiesen sido empleadas como primera y necesaria barrera de protección, antes de decidir una medida de carácter tan excepcional como la declaración del estado de alarma.

IV. EFECTOS DE LA DIRECTIVA INICIAL MILITAR 5/2020, DE 16 DE MARZO

IV.1. Las ROE como reglas de comportamiento en situaciones de excepción

La CE no recoge ninguna mención expresa a la actuación de las FAS durante los estados de emergencia nacional. Es una carencia que

únicamente resulta entendible en el contexto en el que resultó aprobada, así como en los recelos, ciertamente injustificados, que durante el período constituyente llegó a despertar la institución entre algunos grupos políticos. Y como esta desconfianza se mantuvo hasta tiempo después, la LOEAES acabó contemplando únicamente su intervención para el caso de declaración del estado de sitio, hasta que la profesionalidad y el alto grado de eficacia acreditado en las distintas misiones encomendadas en las últimas décadas fue rectificando dichos prejuicios irracionales, de manera que, en la actualidad, incluso los sectores más reacios han ido persuadiéndose de la eficacia de las FAS, requiriendo en no pocas ocasiones su cooperación bajo los parámetros de lealtad y normalidad democrática que, en definitiva, deben presidir las relaciones entre las instituciones del Estado.

A ello también ha contribuido el ordenamiento jurídico, tipificando su intervención para facilitar el despliegue de distintas unidades dentro del territorio nacional, en circunstancias de catástrofes naturales o bajo el contexto de situaciones en las que primaba el interés para la seguridad colectiva, tal y como hemos visto. Por esta razón, aunque la CE no contemple expresamente la actuación de la FAS en el curso de los estados de alarma, parte de la doctrina sostiene que, si en situaciones menos comprometidas las autoridades civiles podrían solicitarla, "no resultaría razonable que en los supuestos de emergencias más graves el Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados, no pudiese acudir a las mismas para hacer frente a la concreta crisis; debiendo respetar esta medida siempre, eso sí, el principio de proporcionalidad en el caso de procederse a su adopción"[50].

En todo caso así debió entenderlo el Gobierno al contemplar la posibilidad de que las autoridades delegadas pudieran requerir la actuación de las FAS (art. 5.5 RD 463/2020). Fue en este caso la Ministra de Defensa quien atribuyó al JEMAD el mando único de todas las medidas a ejecutar, incluida la movilización de reservistas (Cláusula 3.ª c y d. IMD 15/3/20), posibilitando a través de la DIM 15/20 el planeamiento operativo y posterior desarrollo del OPLAN 00103, con la finalidad de integrar los recursos militares en el conjunto de instrumentos estatales que debían hacer frente a la situación de emergencia nacional.

En el marco del Derecho Operativo, las instrucciones contenidas en el OPLAN 00103 y en sus diferentes anexos se equiparan a las ROE,

[50] ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. "Poderes de Necesidad y Fuerzas Armadas (II): El Derecho Constitucional de Excepción y las autoridades militares", *Revista General de Derecho Administrativo,* n.º 51, Iustel, Madrid, 2019; pág. 19.

en tanto directivas de orden militar en las que el mando operativo define las formas y medios a emplear en aquellas intervenciones que deban dar cumplimiento a la misión encomendada[51]. Las ROE son, en definitiva, el instrumento a través del cual el mando asigna pautas, criterios y normas de actuación para la eficaz resolución de un concreto cometido militar, por lo que necesariamente deben incluir cláusulas sobre el empleo gradual y proporcionado de la violencia, admitiendo incluso el recurso a la fuerza letal en el curso de la operación.

Tradicionalmente, el apelativo conminatorio ha catalogado las ROE como directivas exclusivamente vinculadas al uso legítimo de la fuerza, si bien las distintas misiones encomendadas en el orden externo han ido poniendo de manifiesto que dicha definición resulta hoy en día difícil de encajar dentro del marco jurídico internacional, matizando en la actualidad el concepto, de tal forma que la doctrina vigente se refiere a ellas como "normas de carácter operativo ajustadas a Derecho, que proporcionan a las comandantes de todos los escalones de mando y a los miembros de las unidades, guía y respaldo para el empleo de la fuerza determinando las circunstancias, condiciones, grado y forma en las que se puede, o no, aplicar"[52].

En cualquier caso, una clasificación elemental de las mismas permitiría distinguir entre ROE de guerra (WROE) y ROE de paz (PROE), como son las que regulan las operaciones destinadas a ser desempeñadas en el ámbito de la reconstrucción y asistencia humanitaria, tipificando conductas que no entrañarían necesariamente el empleo de la fuerza[53]. Las circunstancias bajo las que se puso en marcha la Operación Balmis permitirían vincular las ROE implícitas al OPLAN 00103 bajo este último concepto, equiparando el uso de la

---

[51] LORENZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo. "Las Reglas de Enfrentamiento (ROE) como paradigma del Estado de Derecho en operaciones militares", *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 99, Ministerio de Defensa, Madrid, 2012; pág. 47.

[52] VV.AA. *Doctrina para el empleo de las Fuerzas Armadas. Publicación Doctrinal Conjunta PDC-01 (A),* Ministerio de Defensa, Madrid, 2018; pág. 25. Sin perjuicio de ello, no está de más recordar el anterior Glosario de Términos Militares, donde se contenía una definición más amplia de las ROE's como todas aquellas directivas que, sin asignar cometidos ni dar instrucción tácticas, "emanan de la autoridad militar para especificar las circunstancias y limitaciones en las que las fuerzas iniciarán o continuarán un enfrentamiento con otras fuerzas. Definen las circunstancias, condiciones, grado y forma bajo las que se puede o no aplicar la fuerza. Están redactadas en forma de prohibiciones, limitaciones y autorizaciones que regulan la aplicación controlada de la fuerza". VV.AA. *RE7-013. Glosario de t*érminos *militares*, (2003), Mando de Adiestramiento y Doctrina. Ministerio de Defensa, Madrid, 2003; pág. 181.

[53] EFLEIN, D.R. "A Case Study of Rules of Engagement in Joint Operations: The Air Force Shootdown of Army Helicopters in Operation Provide Confort", *The Air Force Law Review,* n.º 44, 1988; citado por LORENZO PONCE DE LEÓN, R, ob.cit, pág. 109.

fuerza al contexto de las misiones internacionales y el sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta de las Naciones Unidas, esto es: para el caso de intervenciones arbitrales en conflictos armados u operaciones de reconstrucción, en las que su empleo se limite a los supuestos de legítima defensa bajo los principios de necesidad, distinción y proporcionalidad[54].

A nuestro juicio, una definición moderna de las ROE, adaptada al recuso de las FAS en los casos previstos por la LDN y a los estados de emergencia nacional como el originado tras la pandemia de covid-19, en los que el concepto de fuerza no aparece necesariamente ligado al de violencia, obligaría a conceptualizar este tipo de directrices más bien como Reglas de Comportamiento antes que de Enfrentamiento o Conflicto en sentido estricto[55].

En cualquier caso y dado que en puridad se trata de órdenes, el quebrantamiento de las mismas deberá interpretarse de conformidad con el régimen disciplinario militar. Ello no quiere decir que no se encuentren sujetas al ordenamiento jurídico, pues al igual que toda norma emanada de autoridad pública, las ROE están dotadas de eficacia y alcance propios, por lo que tanto su regulación como la interpretación del clausulado deberán cohonestarse de conformidad a la legislación vigente. Su promulgación, por tanto, no entraña requisito ni presupuesto previo para garantizar la legitimidad de las operación militares, aunque sí "la vigencia de los principios y preceptos del Derecho del Derecho interno español, siempre que estos sean tenidos en cuenta a la hora de su formulación, permitiendo de este modo su cristalización y delimitación respecto a una operación o misión en particular"[56].

En este sentido, en el marco del RD 463/20, la Ministra de Defensa encomendó al JEMAD la ejecución de medidas reservadas a su propia área competencial: policía militar, transporte logístico terrestre, aerotransporte general y capacidades de aerotransporte medicalizado, control de tráfico aéreo, así como de navegación marítima, puertos y aeropuertos, alojamientos logísticos y establecimiento de campamentos militares, junto a las referidas al ámbito de actuación de la Inspec-

[54] El Anexo E OPLAN 00103 del CMOPS contenía directrices de actuación para el uso de fuerza controlada en determinadas situaciones tácticas, que fueron completadas en el Anexo E OPORD 001 del MCT, emitida el 21 de marzo de 2020, respecto al apoyo colaborativo con las FCS y en asimilación a lo tipificado en su propia normativa reguladora.

[55] ZARRANZ DOMENECH, Gonzalo. "Los parámetros del uso de la fuerza: las ROE's". VV.AA. *Lecciones de Derecho Operativo*, Asesoría Jurídica General de la Defensa, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001; pág.147.

[56] LORENZO PONCE DE LEÓN, R, ob.cit; págs. 118-119.

ción General de Sanidad de la Defensa, de acuerdo al ordenamiento interno (Cláusulas 4.ª y 5.ª IMD 15/3/20). Y esta delegación fue poco después ampliada para hacer frente a la protección de transeúntes y asentamientos chabolistas[57].

Con posterioridad, otros dos departamentos gubernativos solicitaron la colaboración del personal militar para ejecutar atribuciones externas al ámbito del Ministerio de Defensa, siempre con carácter excepcional y con eficacia limitada a la vigencia del estado de alarma. De este modo, en materia de policía mortuoria y ante la imposibilidad de los servicios funerarios ordinarios para proceder a la numerosa retirada, traslado y depósito de cadáveres que, desgraciadamente, estaba originando la pandemia, el art. 1 de la Orden SND/296/2020, de 27 de marzo, facultó al personal militar para complementar la iniciativa privada[58]. Además, el Ministro de Sanidad dictó la Orden SND/351/2020, de 16 de abril, habilitando tanto a las unidades NBQ como a la UME en el empleo de biocidas, dentro del marco de desinfección de espacios públicos[59], y el Ministro del Interior la Orden INT/248/2020, de 16 de marzo, estableciendo los criterios de actuación de las FAS en materia de controles fronterizos, de conformidad con lo establecido en el art. 16 RD 463/2020 en cuanto a inspección y vigilancia[60].

IV.2. El personal militar como agente de la autoridad delegada

Como se ha argumentado, las situaciones de emergencia nacional no solo subvierten temporalmente el equilibrio de poderes del Estado,

---

[57] Instrucción de 16 de marzo de 2020, del Ministerio de Defensa, por la que se establecen medidas para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en el ámbito del Ministerio de Defensa. BOE, de 17 de marzo de 2020.

[58] Orden SND/296/2020, de 27 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales para el traslado de cadáveres ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE, de 28 de marzo de 2020.

[59] Orden SND/351/2020, de 16 de abril, por la que se autoriza a las unidades NBQ de las Fuerzas Armadas y a la Unidad Militar de Emergencias a utilizar biocidas autorizados por el Ministerio de Sanidad en labores de desinfección para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE, de 17 de abril de 2020. Es justo señalar la participación junto a las unidades reseñadas de los equipo de desinfección, desinsectación y desratización dependientes de los servicios veterinarios de la Armada, el Ejército del Aire y la Guardia Real. La ejecución de esta medida fue confirmada por la Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sendos Autos aprobados el 4 de mayo y el 17 de junio de 2020, denegando las medidas cautelares propuestas por los recurrentes. Con posterioridad, la misma Sección y Sala, en STS 1772/2020, de 17 de diciembre, inadmitiría el recurso por falta de acreditación de la legitimación activa de los mismos.

[60] Orden INT/248/2020, de 16 de marzo, por la que se establecen los criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante el restablecimiento temporal de controles fronterizos. BOE, de 18 de marzo de 2020.

sino también el sistema ordinario de reparto de competencias entre las distintas Administraciones, justificando su concentración en el Ejecutivo en aras a la urgente protección de bienes esenciales para los ciudadanos. Y en este sentido, aunque el art. 7 LOEAES admite excepcionalmente la delegación de poderes a favor de los presidentes autonómicos cuando el ámbito afectado quede reducido exclusivamente a todo o parte de su circunscripción. En el voto particular ejercido en la STC 183/2021, de 27 de octubre, el Presidente Juan José González Rivas entendió que dicha atribución se realizaba con sujeción al régimen propio del delegante, por lo que, sujetas al control de sus respectivos parlamentos, las decisiones de los Ejecutivos autonómicos podían "afectar derechos fundamentales en los mismos términos en que lo estuviera el Gobierno en virtud de su estatuto ordinario, [y] de un modo suplementario a los poderes especiales que incorpore el decreto que declara el estado de alarma"[61]. Sin embargo, al quedar determinado en el art. 2 RD 463/2020 que dicho ámbito comprendía todo el territorio nacional, las competencias fueron centralizadas en el Gobierno bajo la superior dirección política del Presidente (art. 97 CE).

El reparto de poderes gubernativos quedó liberado de este modo en cuatro áreas de responsabilidad ministerial, presididas por sus respectivos titulares: Sanidad, Defensa, Interior y Transporte (art. 4.2 RD 463/2020), siendo el primero de ellos y con carácter residual, la autoridad competente delegada en todas aquellas atribuciones que no recayeran en el resto de departamentos. De este modo, en virtud del art. 9 LOEAES, tanto las autoridades civiles como el personal al servicio de las distintas Administraciones, incluidos policías autonómicos y locales, quedaron bajo las órdenes directas de estas cuatro autoridades delegadas, pudiendo ser sancionados e incluso suspendidos en el ejercicio de sus cargos en caso de incumplimiento o resistencia a las mismas (art. 10 LOEAES).

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la LOEAES otorga un amplio marco de discrecionalidad al Gobierno para proceder a delegar determinadas competencias en autoridades externas, tal y como ocurrió en la crisis de los controladores cuando estos quedaron bajo las órdenes directas del JEMA, por lo que la declaración del estado de alarma podría haber incluido una remisión expresa a la superior dirección militar. En cualquier caso y pese a que la presencia de los mandos militares se encuentra garantizada en los órganos de decisión de crisis a través del Comité de Especializado del Consejo de Seguri-

[61] Voto particular del Presidente Juan José González Rivas, STC 183/2021, de 27 de octubre.

dad Nacional, activado con la declaración del estado de alarma (art. 4.4 RD 463/2020, en relación con el art. 21.3.2 LSN), la Ministra de Defensa facultó el ejercicio de sus propias atribuciones en la figura del JEMAD (art. 5. IMD 15/3/20), integrando en el mismo todos los recursos necesarios para el cumplimiento de los ámbitos competenciales previstos en el art. 11 LOEAES.

Sin embargo, entre las numerosas intervenciones realizadas en el curso de la Operación Balmis, a nuestro modo de ver dos de ellas revistieron especial relevancia jurídica: el despliegue en apoyo de las FCS en el aseguramiento de infraestructuras críticas (art. 18.1 RD 463/2020), y la vigilancia de vías públicas en relación con la limitación de circulación de personas y vehículos (art. 7 RD 463/2020)[62]. Como se ha dicho, la STC 148/2021, de 14 de julio, con los votos particulares del Presidente Juan José González Rivas, la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, así como los magistrados Andrés Ollero Tassara y Cándido Gómez Pumpido, declaró la inconstitucionalidad de las constricciones contempladas en este último precepto, en tanto se planteaba con carácter general en cuanto a sus destinatarios y con una altísima intensidad en relación a su contenido.

En efecto, el RD 463/2020 no fue el instrumento jurídico idóneo para suspender derechos fundamentales, desconstitucionalizándolos para otorgarles el alcance que establece la LOEAES en desarrollo del art. 55.2 y 116 CE. La declaración del estado de alarma únicamente permite la limitación, que según la STC 183/2021, de 27 de octubre, supone "un concepto más amplio que el de la suspensión, como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico. En el concreto ámbito de los derechos fundamentales, la suspensión parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos; y que sólo en ciertos casos, y respecto de ciertos derechos, puede venir amparada por el artículo 55.1 CE. Por el contrario,

[62] A título de ejemplo, cabe señalara la colaboración con la Guardia Civil en puestos fronterizos con Portugal, Francia y Marruecos, así como en la vigilancia de las centrales nucleares de Cofrentes, Almaraz y Trillo, mientras que la sección de Policía Militar de la Brigada Extremadura XI realizó patrullas conjuntas con el CNP para la vigilancia de infraestructuras críticas, como MercaBadajoz, y otras de carácter esencial, como el Hospital Universitario, subestaciones eléctricas, estación de trenes, centros para transeúntes y depósitos de agua. Vid. VV.AA. (2020), "Despliegue en la calles", *Revista Española de Defensa*, núm. 372, Ministerio de Defensa, Madrid, págs. 16-17 y 19.

la limitación admite muchas más formas al margen de la suspensión, [por lo que] únicamente resultará lícita, a su vez, si se atempera a lo prescrito en la misma LOEAES y a las demás exigencias que la Constitución impone"[63].

En cuanto a esta última y pese a que la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, el art. 11.a) LOEAES contempla por el contrario la adopción de medidas temporales tendentes a restringir la libertad ambulatoria garantizada por el art. 19 CE. La ciudadanía está obligada a respetar dicha prohibición, así como a colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad encargados de practicar las comprobaciones oportunas (art. 5 RD 463/2020), de tal modo que el incumplimiento o resistencia a los mismos podría revestir sanciones penales (art. 10.1 LOEAES, en relación artículos 550 a 556 CP).

El ordenamiento jurídico ha venido vinculado tradicionalmente el concepto de agente de la autoridad al ejercicio de los poderes del Estado, (SSTS de 23 de mayo de 1933, 20 de noviembre de 1963 y 5 de junio de 1965, entre otras). En este sentido, resulta entendible que sea predicable respecto de los funcionarios de prisiones, en tanto sus órdenes dimanan de potestades públicas, (STS 851/2018, de 31 de mayo), pero no de los vigilantes de seguridad, sujetos al ámbito privado, (STS 1051/1992, de 6 de mayo). No obstante, también es cierto que la jurisprudencia ha venido sosteniendo tal vis expansiva, admitiendo el mismo concepto respecto a notarios, jueces de paz, inspectores de trabajo, catedráticos, delegados de Hacienda, jefes provinciales de Correos e incluso curas párrocos, (por todas, STS de 15 febrero 1986), que en la actualidad, habiendo sido reconocido tanto para decanos de colegios profesionales como para médicos de atención primaria, (SSTS 1310/2002, de 9 julio y 1030/2007, de 4 de diciembre, respectivamente), el concepto corre serio peligro de ser vaciado de contenido.

No obstante, en nuestro caso la relevancia de los efectos derivados del ejercicio de la autoridad vendría dada por art. 24.1 CP. Y en este sentido, la jurisprudencia ha reiterado que dicho precepto no se corresponde con una norma penal en blanco, susceptible de complementación hermenéutica (STS 793/2006, de 14 julio), sino que, antes al contrario, la misma debe ser interpretada en el ámbito de aplicación del art. 7.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS)[64], en el que se establece que el carácter de agente de autoridad resulta únicamente predicable de sus

[63] STC 183/2021, de 27 de octubre.
[64] BOE, de 14 de marzo de 1986.

miembros en el ejercicio de las funciones que les son propias, entre ellas el mantenimiento del orden público como garantía constitucional de la seguridad ciudadana (art. 104.1 CE)[65]. Pues en efecto, dado que el Estado debe ejercitar la potestad coactiva cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales o libertades públicas, la relevancia penal del concepto de agente de la autoridad se encontraría inextricablemente ligada a esa capacidad de restricción o control de la convivencia social que le es propia.

El mantenimiento del orden público es por tanto una función de naturaleza constitucional atribuida en exclusiva a los agentes de la autoridad. De ahí que, en nuestro caso, la naturaleza predicable respecto de las intervenciones del personal militar deba ajustarse al orden colaborativo con las FCS y en situaciones de emergencia nacional, de conformidad con la Disposición Adicional Quinta (DAQ) del RD 463/2020. De este modo, mientras que el art. 29 del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprobaron las Normas sobre Seguridad en las Fuerzas Armadas (RD 194/2010), atribuye a la policía militar el carácter de agentes de la autoridad[66], en el ejercicio de las funciones contempladas en el siguiente art. 30 (vigilancia, custodia y escolta de convoyes, protección miembros de las FAS, identificación de vehículos y personas, custodia y conducción de presos, entre otras), así como en el desempeño de actuaciones conjuntas con las FCS (art. 31), dicha prerrogativa viene dada para el resto del personal militar en los dos únicos supuestos contemplados en la Disposición Adicional Primera (DAP) RD 194/2010: "1. En actuaciones bajo el mando o control operativo de la UME, y en colaboración con las autoridades civiles, en situaciones de emergencia que tengan origen en causas naturales o riesgo tecnológico, químico, nuclear o radiológico. 2. En operaciones de vigilancia y protección de infraestructuras y bienes públicos derivados de atentados terroristas u otros actos ilícitos o violentos".

[65] En este sentido, cabe recordar que la STC 33/1982, de 8 de junio, vino a establecer que "el orden público, en su vertiente de seguridad pública, comprende la actividad administrativa dirigida a hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas".

[66] No está de más recordar que el art. 408 del Real Decreto 2945/1983, de 9 de mayo, mediante el que se aprobaron las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, ya les otorgaba carácter de agentes de la autoridad, mientras el art. 413 les confería, en ausencia de FCS, la posibilidad de intervención en casos de flagrante delito. Sin embargo, el Título XVIII, que incluía ambos preceptos, resultó derogado por la Disposición Derogatoria Única del citado Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero.

Como cabe apreciar, la normativa no contempla expresamente la intervención con carácter de agente de la autoridad del personal militar en situaciones de crisis sanitarias como la originada por la pandemia de covid-19. Es por esto que la DAQ RD 463/2020 debió remitirse a la cláusula residual contemplada en el art.15.3 LODN para ampliar el objeto de su actuación a "otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente", en clara referencia a la LOEAES. A nuestro juicio, el ámbito de actuación material, territorial y temporal del personal militar como agente de la autoridad vendría conformado por el ejercicio de la potestad delegada establecida en la misma, pese a que sus funciones quedarían restringidas al ámbito del apoyo colaborativo a las FCS diseñado en el marco del art. 5 RD 463/2020.

Teniendo presente lo anterior, su actuación deberá cumplir en todo caso los requisitos prevenidos en el apartado 2. ADP RD 194/2010. En primer lugar, habrá de venir precedida de una orden ejecutiva emanada de la autoridad militar competente, tal y como se previno en la citada OPORD 001 del MCT. En segundo lugar, los efectivos asignados deberán tener la formación y preparación adecuadas, acreditándose en este sentido la aptitud para el desempeño con la certificación expedida tras la actualización bianual de la Guía de Instrucción de Puesto Tácito n.º 35 (Agente de la Autoridad). Por último, el personal interviniente habrá de llevar sobre el uniforme brazalete, chaleco, distintivo y tarjeta de identificación personal que le acredite como agentes de la autoridad, tal y como exige la Orden DEF/316/2015, de 23 de febrero, por la que se aprueba los medios de identificación que deberán portar los miembros de las FAS para estos casos[67].

Bajo estos parámetros, la intervención del personal militar en el desarrollo de actuaciones conjuntas con las FCS se ajustó en todo momento a la legalidad vigente. No obstante, en aras de la seguridad jurídica y en previsión de operativos similares, se instase una propuesta de armonización de todos estos supuestos bajo un texto único, que corrigiese lagunas y evitase interpretaciones extemporáneas o remisiones normativas como la contemplada en la DAQ RD 463/2020.

V. CONCLUSIONES

La Operación Balmis puso de manifiesto la eficacia del Derecho Operativo Militar como instrumento jurídicamente válido para com-

[67] BOE, de 27 de febrero de 2015.

batir gran parte de los supuestos de emergencia nacional generados en la primera fase de la pandemia de covid-19. Por ello, más allá de la declaración parcial de inconstitucionalidad que llegaría a afectar al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, lo cierto es que, el marco de la autoridad delegada por el Ministerio de Defensa, las directrices del JEMAD y el OPLAN 00103, así como el conjunto de ROE anexadas al mismo, se ajustaron plenamente a los preceptos legales y constitucionales que regulan nuestro Derecho de Excepción.

No obstante, la práctica ha demostrado que no existen niveles de actuación jurídicos completos y que la realidad suele poner en entredicho el ordenamiento vigente, descubriendo lagunas que la experiencia se encarga de cubrir con posterioridad. A ello alude precisamente la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 719/2021 de 24 mayo, cuando razona que, en el campo del Derecho, "no puede preverse todo" y que, en la pasada situación de crisis sanitaria, "hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia, que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica".

Dichas carencias fueron advertidas ya en la vigente DDN, aprobada en plena desescalada del estado de alarma[68], subrayando así mismo la necesidad de requerir una mayor consolidación de los mecanismos de cooperación con las distintas Administraciones territoriales a través de los principios de coherencia, eficacia y racionalidad de los recursos públicos, sin resultado alguno hasta el momento. En el mundo globalizado que compartimos, cada vez son más las voces que demandan un mayor nivel de regularización que, si bien no evite futuras crisis pandémicas, al menos palíe sus efectos y restaure la normalidad democrática de las instituciones con prontitud[69].

En este sentido, tanto las eventuales modificaciones de la LOEAES, como de la normativa vigente en materia de Defensa y Seguridad Nacional, deberían dotar de mayor seguridad jurídica la, hasta ahora, incierta participación del personal militar en supuestos de emergencia nacional. Como hemos señalado, sería deseable asegurar las situaciones en las que ejerzan como agentes de la autoridad en coordinación

[68] Directiva de Defensa Nacional 2020, ob. cit; pág. 10.

[69] PRIEGO MORENO, Alberto. "COVID-10. Una radiografía de la pandemia", *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 19, Ministerio de Defensa, Madrid, 2020; pág. 728.

con las FCS, garantizando así mismo las delegaciones competenciales en el empleo de biocidas y certificaciones NBQ, o incluso una definición más completa de la estructura de mando y control, que debería sopesar la necesidad de un órgano permanente para la gestión de crisis, un Comité Especializado estructurado tal vez en el seno del Consejo de Seguridad Nacional contemplado en el art. 17 LSN, con independencia funcional suficiente para prevenir, organizar y ejecutar respuestas con la celeridad requerida para estos casos. Sin duda, estas y otras medidas reforzarían la capacidad de respuesta del Ejecutivo para gestionar futuros y previsibles supuestos de emergencia nacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996.

— "Poderes de Necesidad y Fuerzas Armadas (I): las respuestas jurídicas previstas por la legalidad ordinaria ante situaciones de crisis", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 50, Iustel, Madrid, 2019.

— Poderes de Necesidad y Fuerzas Armadas (II): El Derecho Constitucional de Excepción y las autoridades militares", *Revista General de Derecho Administrativo,* n.º 51, Iustel, Madrid, 2019.

— "El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, Iustel, Madrid, 2020.

GÓMEZ RUÍZ, Francisco Javier, LÓPEZ ANDRÉS, Pablo. "Aspectos Jurídicos de la Operación Balmis". *Revista Ejército*, núm. 953, Ministerio de Defensa, Madrid, 2020.

JAR COUSELO, Gonzalo. "Los Ejércitos como actores en las emergencias humanitarias". *Revista Española de Derecho Militar,* n.º 9, Ministerio de Defensa, Madrid.

LORENZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo. "Las Reglas de Enfrentamiento (ROE) como paradigma del Estado de Derecho en operaciones militares", *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 99, Ministerio de Defensa, Madrid, 2012

MORET MILLÁS, Vicente. "La Defensa Nacional y la Ley de Seguridad Nacional: un nuevo entorno jurídico para la Defensa", *Revista Es-*

pañola de Derecho Militar, n.º 107, Ministerio de Defensa. Madrid, 2017.

PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio. *Manual de Derecho Operativo,* Marcial Pons, Madrid, 2015.

PRIEGO MORENO, Alberto. "COVID-10. Una radiografía de la pandemia", *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 19, Ministerio de Defensa, Madrid, 2020

ROLDÁN PASCUAL, José Emilio. "Introducción. España ante las emergencias y catástrofes. Las Fuerzas Armadas en colaboración con las autoridades civiles", *Cuadernos de Estrategia,* n.º 165, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2004.

— "De la Brigada de Artillería Volante a la Unidad Militar de Emergencias", *Memorial de Artillería*, n.º 166/2, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010.

VV.AA. *RE7-013. Glosario de términos militares*, (2003), Mando de Adiestramiento y Doctrina. Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

VV.AA. *Doctrina para el empleo de las Fuerzas Armadas. Publicación Doctrinal Conjunta PDC-01 (A),* Ministerio de Defensa, Madrid, 2018.

ZARRANZ DOMENECH, Gonzalo. "Los parámetros del uso de la fuerza: las ROE's". VV.AA. *Lecciones de Derecho Operativo*, Asesoría Jurídica General de la Defensa, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoría General del Estado*, Editorial Porrúa, México D.F, 2009.

PROBLEMAS BIOÉTICOS EN LA ATENCIÓN SANITARIA DE LOS MENORES TRANS

BIOETHICAL PROBLEMS IN HEALTH CARE OF TRANS MINORS

RAFAEL MARTÍNEZ DE LA OSSA SÁENZ-LÓPEZ[1]

ANA M.ª MARCOS DEL CANO[2]

Sumario: *1. Introducción. 2. Definiciones y conceptos clave. Marco legal. 3. Circuito de atención sanitaria de las personas menores trans. 4. Análisis bioético. 4. A. El caso Bell v Tavistock. 4. B. Algunas lecciones en clave española. 5. Conclusiones.*

Resumen: La atención sanitaria a los menores trans constituye un reto en el momento actual, ante el que pediatras, endocrinólogos, familias y los propios niños y jóvenes se enfrentan en un escenario cultural complejo. Por un lado, la necesidad de contactar con los servicios de salud es intrínseca al hecho de la transexualidad, hecho que se evidencia en el amplio desarrollo legislativo en los últimos años, que tienen su máximo exponente en la proposición de ley trans que recientemente ha aprobado el gobierno de nuestra nación. Sin embargo, y aunque el principal propósito es acabar con la patologización del colectivo, en el contexto de los menores de edad existen muchos problemas a analizar: ¿cuál es el mejor interés del menor? ¿quién puede otorgar el consentimiento informado y si este es válido según qué circunstancias? ¿entienden los menores y las familias que los trata-

[1] Pediatra Atención Primaria, UGC Órgiva, Área de Gestión Sanitaria Sur de Granada, Servicio Andaluz de Salud. Máster en Investigación y Avances en Inmunología Molecular y Celular por la UGR, Diploma de Especialización en Bioética por la EASP, Experto Universitario en Bioética y Bioderecho por la UNED.

[2] Catedrática de Filosofía del Derecho de la UNED. Directora del Departamento de Filosofía Jurídica. Directora del grupo de Investigación "Derechos Humanos, Bioética y Multiculturalismo".

mientos ofertados podrían generar dudas de eficacia y seguridad a los profesionales que los atienden o, incluso, que podrían entenderse hasta cierto punto como *experimentales*? La reciente sentencia del caso Bell v Tavistock del Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales es un documento clave que analizaremos en busca de alguna de estas claves.

Palabras clave: bioética, menores trans, atención sanitaria, bloqueantes de la pubertad, consentimiento informado.

Abstract: Health care for trans minors is a challenge at the present time, pediatricians, endocrinologists, families and children and young people themselves faced with a complex cultural context. On the one hand, the need to contact health services is intrinsic to the fact of transsexuality, a fact that is evident in the extensive legislative development in recent years, which has at its maximum exponent the trans law proposal that has recently been approved the government of our nation. However, and although the main purpouse is to end the pathologization of the group, in the context of minors there are many problems to analyze: what is the best interest of the minor? Who can give informed consent and if it is valid under what circumstances? Do minors and families understand that the treatments offered could raise doubts about efficacy and safety for the professionals who care for them, or even that they could be understood to some extent as experimental? The recent Bell v Tavistock sentence of the Supreme Court of England and Wales is a key document that we will analyze in search of some of these keys.

Key words: bioethics, trans minors, healthcare, puberty blockers, informed consent

Recepción original: 22/09/2021

Aceptación original: 19/05/2022

1. INTRODUCCIÓN

En la fecha en la que escribo estas líneas, varios acontecimientos de la actualidad mediática han puesto el foco en los problemas en la atención de la comunidad trans. Por un lado, la reciente aprobación de la "ley trans"[3] ha sido fuente de acalorados debates a un lado y otro del espectro político, donde por ejemplo hemos podido encontrar crí-

[3] LA VANGUARDIA, "Luz verde a la ley trans que permitirá cambio de nombre y sexo en el Registro Civil a los 14 años", publicada el 29/06/2021, disponible en: https://www.lavanguardia.com/vida/20210629/7564962/luz-verde-ley-trans-permitira-cambio-nombre-sexo-registro-civil-14-anos.html

ticas compartidas entre la derecha más conservadora y el feminismo radical. Analizar cuáles son los puntos críticos de la legislación española desde el punto de vista de la bioética es uno de los objetivos fundamentales de este trabajo.

Pero también, de manera muy reciente, ha sido publicada la sentencia del caso Bell v Tavistock[4], donde el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales falló en contra de la capacidad de un menor de otorgar el consentimiento informado para recibir bloqueadores de la pubertad. Realizaremos un minucioso análisis de este importante documento judicial que nos dará claves para evaluar otros tantos problemas planteados en este trabajo.

Por último, quisiera insistir breve pero nítidamente, que este trabajo lo redacto desde el profundo respeto por los pacientes menores trans y sus familias. Desde mi puesto de trabajo de pediatra de atención primaria, creo que debemos arropar a las niñas y niños y sus familias, que se enfrentan a unas circunstancias muy complejas, con unas grandes dosis de empatía, profesionalidad y asesoramiento; protegiendo, como siempre, el mejor interés del menor y siempre desde la deliberación, el diálogo y la escucha activa. Hay que destacar, igualmente, que para la comunidad LGTBI la orientación sexual e identidad de género pueden ser fuentes de desigualdades en salud; y que un buen número de publicaciones documentan un peor estado de salud de este colectivo[5].

Es fundamental que, como sociedad moderna, abierta y democrática, podamos ser capaces de encontrar un marco para la reflexión lejos de los eslóganes y hashtags rápidos, para encontrar soluciones que no siempre son fáciles. Aprovecho esta oportunidad para trasladar mi reconocimiento, desde aquí, a los profesionales de las unidades de endocrinología pediátrica que, sin duda, son los que todos los días atienden este gran desafío.

2. DEFINICIONES Y CONCEPTOS CLAVE. MARCO LEGAL

Antes de comenzar un debate, es costumbre, para la mayoría de los problemas en bioética, comenzar definiendo el marco de la discusión. Esto es, estableciendo unas definiciones básicas para poder

[4] LA VANGUARDIA, "¿Hay que dar la razón a los niños que se identifican como transgénero?", publicado el 15/12/2020, disponible en: https://www.lavanguardia.com/vida/20201215/6118888/ninos-transgenero-supremo-keira-bell.html

[5] FUNDACIÓN GRIFOLS Y LUCAS, "La salud pública, el género y la ética", Cuadernos de la Fundación Grifols y Lucas, Barcelona 2020, Cuaderno 56, pp.32.

avanzar posteriormente en la deliberación. Sin embargo, en el asunto de la transexualidad nos encontramos que ni siquiera en muchos casos es posible, porque en la raíz del problema del debate está que las definiciones básicas son fuente de conflictividad.

Utilizaremos como guía en esta primera parte la ley de la Comunidad Autónoma de Madrid (C.A.M.) [6], dado que la ley nacional recientemente ha sido aprobada en consejo de ministros el pasado 29 de junio de 2021, y que es análoga a la de otras CCAA como Andalucía[7] o Cataluña[8], por ejemplo. Paralelamente, iremos haciendo un comentario crítico a los conceptos para ir introduciendo progresivamente el debate. Y, por último, añadiremos otras definiciones necesarias para acercar este trabajo a quienes estén menos familiarizados con la terminología usada.

2.1. Identidad sexual y/o de género

Se entiende por identidad sexual y/o de género la "vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente y auto determina, sin que deba ser definida por terceros, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, y pudiendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido"[9].

- Podemos apreciar como la C.A.M. mezcla identidad sexual y de género, pero en la definición aparece claramente la autode-

[6] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, "Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.", "BOE" núm. 169, de 14 de julio de 2016, páginas 49217 a 49248. Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/2016/07/14/pdfs/BOE-A-2016-6728.pdf

[7] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, "Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía.", "BOE" núm. 193, de 9 de agosto de 2014, páginas 63930 a 63943. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-8608-consolidado.pdf

[8] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, "Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.", "DOGC" núm. 6730, de 17/10/2014, "BOE" núm. 281, de 20/11/2014. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-11990-consolidado.pdf

[9] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, "Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad…", cit., artículo 1.1. Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/2016/07/14/pdfs/BOE-A-2016-6728.pdf

terminación del género, tal y cómo la definen los principios de Principios de Yogyakarta[10].

- En la ley andaluza, por identidad de género se refiere a "la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente", y se reconoce la libre determinación del género[11].
- Como veremos más adelante, este concepto crítico (el de la libre autodeterminación de género) es fuente de enorme controversia y lo desarrollaremos más adelante. Pero, ¿qué es el género? ¿qué lo diferencia del sexo?

El **género** tradicionalmente se define como la "construcción social y cultural de un conjunto de roles y valores transmitida y aprehendida por mujeres y hombres de modo diferencial a través de los procesos de socialización y educación, generalmente por oposición entre ambos y con desigual valor social el masculino y el femenino"[12]. Es decir, son los "roles, características, comportamientos, y estereotipos socialmente construidos e impuestos sobre las personas en función de su sexo"[13], o, dicho con otras palabras, son herramientas culturales que pueden ser utilizadas por el orden social para imponer una jerarquía o *statu quo* determinado.

En cambio, el **sexo** sería la categoría binaria, masculina o femenina, de nuestra especie humana. Es decir, el conjunto de características biológicas y fisiológicas fruto de nuestro dimorfismo. O, cómo dice la R.A.E., "condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas"[14].

Por lo tanto, y aunque en el debate público, en las discusiones informales e incluso en algunos textos legislativos su uso sea intercambiable, parece meridianamente claro que sexo y género hacen referencia a conceptos diferentes.

---

[10] ALSTON, P, et al., "Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", 2007, pp. 7. Disponible en: https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2

[11] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, "Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación…", cit., art. 2.2.

[12] BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO, "Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres.", "BOE" núm. 67, de 18 de marzo de 2010, páginas 26647 a 26683. Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/2010/03/18/pdfs/BOE-A-2010-4518.pdf

[13] ALIANZA CONTRA EL BORRADO DE LAS MUJERES, "Glosario", último acceso 23/07/2021. Disponible en: https://contraelborradodelasmujeres.org/glosario/

[14] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de lengua española. Sexo", último acceso 23/07/2021. Disponible en: https://dle.rae.es/sexo

2.2. Trans

Nos referimos por trans a "toda aquella persona que se identifica con un género diferente o que expresa su identidad de género de manera diferente al género que le asignaron al nacer. A los efectos de esta Ley y sin prejuzgar otras acepciones sociales el término trans ampara múltiples formas de expresión de la identidad de género o sub categorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes de género, queer o personas de género diferenciado, así como a quienes definen su género como "otro" o describen su identidad en sus propias palabras"[15].

Como podemos observar, en el texto de la C.A.M. como en otros se sigue hablando del término sexo y género indistintamente. ¿Por qué esta confusión? ¿existe alguna explicación de por qué se usa con tanta indiferencia un vocablo u otro?

El sustrato cultural que está en la base de esta problemática es la **teoría de género** (*gender theory*), según la cual el género debe "ser deconstruido y dejado a la libre autodeterminación del individuo"[16]. Su programa de deconstrucción del género se extiende en algunos desarrollos teóricos hacia el sexo biológico, del que se declara es prescindible[17], especialmente gracias a los avances de la tecnociencia[18], para liberarse de imposiciones culturales[19]. Recientes teóricos defienden que la identidad personal se configura "sobre la única base del sentimiento psíquico y de la libertad individual"[20]. Por último, podemos concluir que esta confusión acerca del concepto de género es fuente de equívocos y de confrontación social[21].

2.3. Disforia de género

Es el diagnóstico médico anteriormente utilizado y vigente para la clasificación DMS-5. En el borrador beta de la CIE-11 se ha propuesto

[15] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, "Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad…", cit., artículo 1.2. Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/2016/07/14/pdfs/BOE-A-2016-6728.pdf

[16] ARZUBIALDE, S, "La cuestión del gender. Claves para una antropología sexual", Sal Terrae, Maliaño (Cantabria) 2016, pp.21.

[17] Íbidem, pp. 37.

[18] Íbidem., pp. 22.

[19] Íbidem, pp.22.

[20] Íbidem, pp. 50.

[21] Íbidem, pp. 38.

el cambio a **incongruencia de género**[22] en el camino hacia la despatologización. Se hace referencia a la identificación de una persona con el sexo contrario al que le correspondería biológicamente, lo que tradicionalmente se ha conocido como transexualidad.

2.4. Consentimiento informado

"La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"[23].

En nuestro ordenamiento jurídico, esta autonomía del paciente viene recogida fundamentalmente en la Ley 41/2002. Dicha norma establecía en su artículo 9.3 tres excepciones al consentimiento informado (C.I.): los incapaces, los incapacitados y los menores. Dentro de los menores, establecía en relación con las excepciones del C.I. "cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos". Había que escuchar siempre al menor y valorar su nivel de madurez, que se establecía en doce años en virtud del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Esta figura del *menor maduro* y su consentimiento generaban cierto debate, y para subsanar los problemas de interpretación (especialmente en situaciones de conflictividad parental) se modificó la 41/2002 a través de la Ley 26/2015. Con la norma actual, se establece un corte a los 16 años, por encima del mismo no cabe C.I. por representación salvo en situaciones de riesgo vital o para la salud del menor, la I.V.E, los ensayos clínicos o las técnicas de reproducción asistida. Además, introducía la figura del mayor beneficio para la salud del paciente (art. 9.6.). Además, la 26/2015 intentaba junto con la jurisprudencia posterior matizar los distintos escenarios de representación en caso

[22] RIAÑO GALAN, I, et al., "Posicionamiento Técnico de la Asociación Española de Pediatría en relación con la diversidad de género en la infancia y la adolescencia: mirada ética y jurídica desde una perspectiva multidisciplinar", Anales de Pediatría (English Edition), Volume 89, Issue 2, August 2018, Pages 123.e1-123.e6.

[23] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, "Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.",

"BOE" núm. 274, de 15/11/2002. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188

de conflicto parental, que ha sido objeto de reciente publicación en la revista de la asociación nacional de pediatras AEPED[24].

2.5. Mejor interés del menor

"Los actos asistenciales y las decisiones de los progenitores deben ir siempre dirigidas a mejor interés del menor, con respeto a su dignidad"[25]. De manera habitual, son los progenitores los que más saben qué es lo mejor para su hijo. Sin embargo, el consentimiento por representación de los padres no es algo absoluto, sino que deciden en base a la defensa de su interés y siempre y cuando no se cause un daño. No rige, por tanto, el principio de autonomía sino el de beneficencia, y no cabe una equivalencia entre el consentimiento de un adulto capaz y el consentimiento por representación de los tutores legales de un menor[26].

3. CIRCUITO DE ATENCIÓN SANITARIA DE LAS PERSONAS MENORES TRANS

La atención sanitaria en nuestro país a las personas trans, descentralizada por las transferencias en materia de sanidad a las CCAA, se rige por lo general por protocolos. En nuestro trabajo, repasaremos a modo de ejemplo el Proceso Asistencia Integrado (PAI) de atención sanitaria a personas transexuales en la infancia y adolescencia[27] de Andalucía, comunidad que fue pionera en la inclusión de la asistencia sanitaria del colectivo trans[28].

Cuando un menor y sus representantes solicitan una demanda de atención sanitaria, la puerta de entrada habitualmente suele ser la consulta del pediatra de Atención Primaria. En un nivel previo, el del Servicio de Atención a la Ciudadanía (SAC), se recomienda comprobar si en la base de datos está actualizada su identidad de género y su

[24] PINA-CAMACHO, L, et al., "Atención a menores con progenitores en conflicto en materia de información y consentimiento relativos a la salud de los hijos. Protocolo asistencial en el contexto de la legislación vigente", Anales de Pediatría, Volume 94, Issue 5, May 2021, pp. 338.e1-7.

[25] Íbidem, pp. 338.e4.

[26] Íbidem, pp.338.e3.

[27] TINAHONES MADUEÑO, F J, et al., "Proceso Asistencial Integrado. Atención sanitaria a personas transexuales en la infancia y adolescencia", Junta de Andalucía. Consejería de Salud, 2016. Disponible en: https://portal.guiasalud.es/wp-content/uploads/2019/06/pa_3_pai-transex-infancia.pdf

[28] Íbidem, pp. 11.

nombre manifestado para, en caso contrario, ofrecerle la posibilidad de modificarla[29].

Una vez en la consulta, se debe preguntar por el nombre por el que el usuario y sus padres han elegido, se procederá a una entrevista donde se concretarán las demandas en base a los comportamientos referidos (identidad sexual o de género diferente a la asignada al nacimiento; preferencias por roles, nombres, juguetes, ropas del sexo distinto; …), a los aspectos biográficos, los riesgos en materia de salud mental (ansiedad, ideación suicida, rasgos de espectro autista,…) y proponer, de manera individualizada, realizar una interconsulta a la Unidad de Salud Mental Comunitaria (USMC) o de trabajo social[30].

Desde la misma consulta de pediatría de Atención Primaria, se informará además de la posibilidad de recibir bloqueadores de la pubertad (P.B.) para evitar el desarrollo de los caracteres sexuales no deseados; así como de recibir tratamiento hormonal cruzado (C.S.H.) para el desarrollo acorde a su identidad[31]. Se realizará un estudio preliminar para analizar circunstancias que puedan contraindicar o condicionar la terapia hormonal (estudio analítico con perfil hormonal y edad ósea)[32] y se derivará en circunstancias favorables a la Unidad de Atención a Personas Transexuales (U.A.P.T.) en el momento óptimo, que se ha establecido en el estadio de Tanner de II[33] (botón mamario o aumento de volumen testicular)[34].

En el protocolo andaluz, el propio pediatra de Atención Primaria será el que informe sobre los efectos secundarios de la medicación y del necesario compromiso terapéutico[35]; para que el menor, adaptándose a sus condiciones de comprensión, y sus representantes legales otorguen su consentimiento por escrito[36]. Entre los efectos secundarios descritos en el PAI de transexualidad se describen los siguientes[37]:

[29] Íbidem, pp. 23.
[30] Íbidem, pp. 23-24.
[31] Íbidem, pp. 24.
[32] Íbidem, pp.24-25.
[33] NOTA: los estadíos de Tanner, de uso habitual en pediatría y fundamentalmente en endocrinología pediátrica, constituye una clasificación en base a un conjunto de signos puberales que permiten establecer el momento de desarrollo del sujeto.
[34] Íbidem, pp. 25.
[35] Íbidem, pp. 25.
[36] Íbidem, pp. 27.
[37] Íbidem, pp. 25-27.

A. BLOQUEANTES DE LA PUBERTAD (P.B.)
• Osteoporosis y retraso adquisición masa ósea.
• Disminución de la talla final y desproporción segmentos corporales.
• Aumento del IMC.
• Síntomas depresivos y cambios de humor.
• Signos de deprivación hormonal de la esfera de la menopausia.
• Posibilidad de desarrollar un Síndrome de Ovario Poliquístico (S.O.P.).
• Inhibición de la fertilidad reversible.
• Migraña.
• Metrorragias.
• Epifisiolisis de la cabeza del femoral.
• Reacciones alérgicas.
• Tejido prepucial insuficiente para la cirugía.
B. TERAPIA HORMONAL CRUZADA (C.S.H.)
a) Mujer transexual
• Hiperbilirrubinemia, hiperprolactinemia
• Colelitiasis
• Trombosis venosa
• Depresión
• Descenso de la libido
b) Hombre transexual
• Alopecia
• Acné
• S.O.P.
• Hiperplasia de endometrio
• Síndrome de Apnea Obstructiva del Sueño
• Aumento de libido
• Conductas agresivas, psicosis

Ya en la U.A.P.T., se completará el estudio con las pruebas complementarias que puedan considerarse necesarias[38] y "se informará al niño/adolescente y padres/tutores, en los menores de 16 años, de forma detallada del plan terapéutico a realizar, de los posibles efectos secundarios de la medicación, de la necesidad de un adecuado cumplimiento terapéutico y de la reversibilidad/ irreversibilidad de los efectos. Obteniéndose el consentimiento informado escrito por representación"[39]; informando también al menor "de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión (…) para que llegado el momento se otorgue el consentimiento por escrito"[40].

Igualmente, en la unidad especializada, se hará constar en la Historia Clínica (H.C.) "toda la información ofrecida sobre el tratamiento hormonal, con especial hincapié si se utiliza un medicamento en condiciones diferentes de las autorizadas"[41] (uso *off label*). También debe comprobar que la situación del menor es "lo suficientemente estable"[42].

Por último, el seguimiento y tratamiento incluidas las opciones quirúrgicas se contemplarán en las UAPT de adultos[43].

4. ANÁLISIS BIOÉTICO

4.A. El caso Bell v Tavistock

En diciembre de 2020, se emitió la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra en relación con la demanda de Quincy Bell y la Señora A contra el Tavistock and Portman NHS Foundation Trust (al que, por motivos de brevedad, denominaremos caso Bell v Tavistock[44]). En la misma, se realiza una revisión de la práctica de la defensa, la de su Servicio de Desarrollo de Identidad de Género (GIDS) y la del consorcio fundación Tavistock y Portman del servicio de salud

[38] Íbidem, pp. 29.
[39] Íbidem, pp. 30.
[40] Íbidem, pp. 30.
[41] Íbidem, pp 30.
[42] Íbidem, pp. 30.
[43] TORRES VELA, E, et al, "Proceso Asistencial Integrado. atención sanitaria a personas transexuales adultas". Junta de Andalucía. Consejería de Salud, 2016, pp 21. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/salud_5af1956dbff62_trans_adultos_29_06_2017.pdf
[44] NOTA DEL TRADUCTOR: la sentencia disponible está en inglés, la traducción que aporto en este trabajo es la de un servidor, que en todo caso ha sido "dinámica" (dicho en terminología teológica), es decir, mantener el sentido del texto más que una literalidad exacta para una adecuada comprensión del lector.

público nacional británico, en su tarea de prescribir P.B. a menores de 18 años con disforia de género (punto 2)[45].

El asunto principal de esta demanda es si un niño o una persona joven pueden proporcionar un consentimiento informado (C.I.). (punto 6)[46]; y el tribunal se pregunta acerca de los requerimientos legales del proceso de obtención del C.I. para llevar a cabo el tratamiento, para lo cual ha considerado la evidencia del uso de P.B., su impacto en los pacientes tanto a corto como largo plazo, y de la evidencia de la eficacia de su uso (punto 9)[47].

El GIDS, conformado por un equipo de psicólogos, psicoterapeutas, trabajadores sociales, terapeutas familiares y enfermeros (punto 13)[48], tiene el fin de ayudar a reducir los sentimientos angustiantes entre quienes presentan una discordancia entre el sexo asignado al nacimiento y su identidad de género (punto 14). Reconoce tres etapas: Etapa 1: administración de GnRH (un P.B.), en aquellos que han alcanzado el estadio Tanner 2. Etapa 2: tratamiento con C.S.H. Etapa 3: cirugía de reasignación de género, solo disponible para adultos mayores de 18 años (punto 15)[49]. El GIDS deriva a lo largo de Inglaterra y Gales a los profesionales de salud, servicios sociales y educativos, y voluntarios.

Desde el GIDS defienden que sólo derivan para P.B. a los jóvenes que sean competentes para dar consentimiento (*Gillick competent*)[50] (punto 36)[51], y que, en caso contrario, no proceden, aunque exista consentimiento por representación parental (punto 47)[52].

En el apartado de antecedentes, revisando el conocimiento actual sobre el tema de los P.B., se señala que en relación con el paso de P.B. a C.S.H. no hay estadísticas británicas, y que la única fuente de

---

[45] SENTENCIA DEL CASO BELL V TAVISTOCK DEL TRIBUNAL SUPREMO DE INGLATERRA Y GALES, Case No: CO/60/2020, publicada el 01/12/2020, pp. 3. Disponible en: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/12/Bell-v-Tavistock-Judgment.pdf

[46] Íbidem, pp. 3.

[47] Íbidem, pp. 3.

[48] Íbidem, pp. 5.

[49] Íbidem, pp 5-6.

[50] N. del T.: En el ordenamiento jurídico inglés, los menores de 16 años pueden dar su consentimiento si se estima tienen la suficiente inteligencia, competencia y entendimiento para apreciar plenamente las implicaciones del tratamiento. Es, por lo tanto, un concepto similar al del menor maduro que existía en nuestra legislación hasta la modificación 26/2015. Puede consultar más información en: https://www.nhs.uk/conditions/consent-to-treatment/children/

[51] Íbidem, pp. 9.

[52] Íbidem, pp. 12.

datos revisados es la procedente de Países Bajos (el centro experto en disforia de género del Amsterdam University Medical Centre in the Netherlands (CEGD) liderado por la Dr. de Vries) donde de sólo un 1,9 % interrumpieron el tratamiento y no progresaron a C.S.H. (punto 57)[53]. También se revisó el estado de la cuestión de la reversibilidad de los P.B. La Dr. de Vries aclara que el tratamiento con P.B. es completamente reversible en tanto en cuanto su administración en jóvenes no presenta consecuencias físicas irreversibles como la fertilidad, la gravedad de la voz o el desarrollo mamario (punto 61)[54]. Sin embargo, los demandantes, consultados otros expertos, han cuestionado algunos aspectos de esta presunta reversibilidad. Los cambios psicológicos de la pubertad se conocen menos que los fisiológicos, argumentan, y que el stop o retraso madurativo en el proceso puberal pueden tener potenciales impactos psicológicos y sociales que podrían describirse como no reversibles (punto 64)[55]. Por lo tanto, uno de los puntos centrales de los demandantes es que, aunque la mayoría de las consecuencias físicas de tomar P.B. sean reversibles, si se interrumpe el tratamiento, el menor pierde un periodo de tiempo, habitualmente largo, de desarrollo biológico, psicológico y social de su experiencia adolescente, que nunca se podrá recuperar o ser reversible (punto 65)[56].

Sin entrar en la eficacia del tratamiento que es competencia del NHS y sus agencias reguladoras, el grado de cuánto es de experimental y de su desconocido impacto van al corazón del asunto de si un joven puede tener comprensión de los riesgos y beneficios para dar un consentimiento legítimo a dicho tratamiento (punto 74)[57].

Además, los demandantes afirman que hay un buen nivel de evidencia de que una proporción significativa de jóvenes con disforia de género la resuelven una vez pasada la adolescencia sin tratamiento con P.B. (punto 75)[58]. Adicionalmente, que el mismo hecho del diagnóstico y del curso del tratamiento afirman tanto el diagnóstico (bien con la psicoterapia afirmativa de género, bien con los P.B.), consolidando el sentimiento de identificación transgénero y conduciendo con más intensidad a los jóvenes a la reasignación de género frente a lo que cabría esperar con otro diagnóstico y tratamiento (punto 76)[59].

[53] Íbidem, pp. 15.
[54] Íbidem, pp. 16.
[55] Íbidem, pp. 17.
[56] Íbidem, pp. 17.
[57] Íbidem, pp. 19.
[58] Íbidem, pp. 19.
[59] Íbidem, pp. 19.

El primer demandante (Quincy Bell), nacida mujer, realizó su declaración de testigo de haber recibido tanto P.B. como C.S.H. (punto 78)[60]. En la misma, refirió que cuando tenía 20 años, a pesar de las dudas, procedió a la doble mastectomía, y en el año siguiente al mismo refería que comenzaba a darse cuenta de que la visión que tenía de convertirse en un hombre fue una fantasía y que no era posible, que su biología era femenina y que no importaba cuánta testosterona hubiera en su organismo o cuánto fuese al gimnasio, y que empezó a verse como una mujer con barba (punto 81)[61]. En enero de 2019 interrumpió el tratamiento con testosterona, y desde entonces desea ser identificada como una mujer y busca cambiar su sexo legal de nuevo al de su certificado de nacimiento. En su declaración, afirmaba que tomó una decisión temeraria como adolescente (como tantos) intentando encontrar confianza y felicidad, pero ahora el resto de su vida quedará afectada (punto 83)[62].

En la valoración del tribunal, el primer asunto debe ser si los menores de 18 años pueden ser considerados competentes para la dar su consentimiento al tratamiento con P.B. y, en segundo lugar, si la información que se entrega en el proceso es la adecuada (punto 90)[63]. En todo caso, no se hace desde la acusación un cuestionamiento de si existe la disforia de género o si la solución a su malestar es dar o no P.B.; sino que el asunto central es si pueden dar el C.I. (punto 92)[64].

Desde la acusación, se afirma que el uso de los P.B. para tratar la disforia no tiene un adecuado nivel de evidencia que lo sostenga y podría describirse como tratamiento experimental. Por el contrario, hay evidencia de que los P.B. pueden tener importantes efectos secundarios y hay fuerte evidencia de que una vez el niño comienza con P.B. progresa al tratamiento con C.S.H. que produce cambios irreversibles, y he aquí el daño potencial como se evidenció en la declaración del primer demandante (punto 93)[65]. Además, insiste en que los niños

[60] Íbidem, pp 19.

[61] Íbidem, pp. 20-21. N. del T: Original: " I started to realise that the vision I had as a teenager of becoming male was strictly a fantasy and that it was not possible. My biological make-up was still female and it showed, no matter how much testosterone was in my system or how much I would go to the gym. I was being perceived as a man by society, but it was not enough. I started to just see a woman with a beard, which is what I was. I felt like a fraud and I began to feel more lost, isolated and confused than I did when I was pre-transition".

[62] Íbidem, pp. 21. N. del T: Original: "I made a brash decision as a teenager, (as a lot of teenagers do) trying to find confidence and happiness, except now the rest of my life will be negatively affected".

[63] Íbidem, pp. 23.

[64] Íbidem, pp. 23.

[65] Íbidem, pp. 23.

y jóvenes son confundidos en torno a la plena reversibilidad, su finalidad y beneficios, del tratamiento con P.B. (punto 94)[66].

También se hacen en el juicio dos valoraciones por parte de otra organización que se dedica a la atención a los padres y colegios con niños con disforia (Transgender Trend Ltd.) que son relevantes. Por un lado, además de expresar la preocupación de la falta de evidencia de los P.B. para tratar a estos pacientes, llaman la atención en el evidente aumento de adolescentes nacidas niñas derivadas al GIDS y de los factores culturales subyacentes (punto 103)[67]. Por otro, le preocupan el posible daño a niños y jóvenes vulnerables como los que pueden tener trastornos del espectro autista (punto 104)[68].

En las deliberaciones legales, se destaca que en la determinación de la competencia el niño debe tener el suficiente entendimiento de factores que no son relevantes para él o ella ahora pero que sobre una base objetiva deben ser ponderados en el futuro (punto 124)[69].

La sentencia finaliza con las conclusiones. En primer lugar, son realmente inciertas las consecuencias a corto y largo plazo del tratamiento con muy escasa evidencia de su eficacia o, de hecho, lo que se busca conseguir. Eso significa, desde el punto de vista del tribunal, que se puede describir como un tratamiento experimental. Segundo, el tratamiento adolece de falta de claridad en su propósito: ¿es una la pausa para pensar en un estadio hormonal neutral? ¿O un tratamiento para limitar los efectos de la pubertad y, por consiguiente, se necesita una mayor intervención farmacológica y quirúrgica posterior? En tercer lugar, las consecuencias del tratamiento son altamente complejas y potencialmente persistentes con cambios vitales en la mayor manera imaginable. El tratamiento se dirige al corazón de la identidad del individuo y eso lo convierte en único dentro de la terapéutica médica (punto 134)[70].

Se ha afirmado que el niño solo necesita entender las implicaciones de tomar P.B. para ser *Gillick competent*. Desde el punto de vista del tribunal, esto no refleja la realidad. La evidencia muestra que una inmensa mayoría de menores que toman P.B. acaban recibiendo C.S.H. y, por lo tanto, las etapas 1 y 2 constituyen un único camino que es realmente raro abandone el niño que lo inicia (punto 136)[71],

[66] Íbidem, pp. 23.
[67] Íbidem, pp. 25.
[68] Íbidem, pp. 25.
[69] Íbidem, pp. 33.
[70] Íbidem, pp. 34.
[71] Íbidem, pp. 35.

hecho reforzado por la estadística (punto 137)[72]. No basta con que el menor entienda las implicaciones del tratamiento con P.B. para ser declarado competente, sino además su progresión al tratamiento con C.S.H. (punto 138)[73]. Es difícil, señala el tribunal, que un niño menor de 16 años pueda entender y ponderar dicha información (punto 139)[74]. De hecho, en las declaraciones de los testigos se recogieron por parte de algunos niños y jóvenes tratados por el GIDS que pensar en el sexo les disgustaba o que no pensaban realmente en la fertilidad (punto 141)[75]. Además, hay que entender que por la disforia la cohorte de niños presenta estrés psicológico y son altamente vulnerables, de tal manera que la fertilidad o su vida sexual son un pequeño precio que pagar para solucionar la causa inmediata y real de su estrés (punto 142)[76].

La dificultad para conseguir un C.I. en estas circunstancias se exacerba ante la falta de evidencia de eficacia de los P.B. para el tratamiento de la disforia de género y las consecuencias a largo plazo de seguirlo. La combinación de un tratamiento que cambia la vida y es de por vida dado a niños, con muy escaso conocimiento del grado de cómo o cómo no le beneficiará, es uno de los principales motivos de preocupación (punto 143)[77]. Por lo tanto, no considera el tribunal que la solución sea dar al niño más y más detallada información (punto 144)[78]. Más bien, considera que los médicos deben considerar que no es apropiado iniciar el tratamiento, sea con P.B. o C.S.H. sin la implicación del tribunal (punto 147)[79]. Sostienen este punto de vista en que 1) las intervenciones médicas que afectan de manera significativa, a largo plazo y, en parte, con potenciales consecuencias irreversibles a largo plazo tanto física como psicológicas a personas jóvenes, actúan sobre lo más central de la identidad del individuo; 2) hasta el momento presente, es correcto denominar al tratamiento como experimental o innovador en el sentido de que hay actualmente estudios limitados o con limitada evidencia de eficacia o efectos a largo plazo (punto 148)[80]. Y, por tanto, es el objetivo del tribunal velar por el mejor interés del menor (punto 149)[81].

[72] Íbidem, pp. 35.
[73] Íbidem, pp. 35.
[74] Íbidem, pp. 35.
[75] Íbidem, pp. 36.
[76] Íbidem, pp. 36.
[77] Íbidem, pp. 36.
[78] Íbidem, pp. 36.
[79] Íbidem, pp. 37.
[80] Íbidem, pp. 37.
[81] Íbidem, pp. 37.

Por todo ello, el tribunal considera que existen enormes dificultades para que un niño de menos de 16 años pueda entender y ponderar la información y decidir si presta su consentimiento para el tratamiento con P.B. Es muy poco probable para los menores de 13 años y dudoso para los que tienen entre 14 y 15 años (punto 151)[82]. Respecto a los jóvenes de 16 o más años, la posición legal es que se presupone la capacidad para dar el C.I.; pero dadas las consecuencias de la intervención médica en este caso, y dado que el tratamiento es aún innovador y experimental, reconoce que los médicos pueden solicitar la autorización previa del tribunal antes de iniciar el tratamiento (punto 152)[83].

4.B. Algunas lecciones en clave española

Una vez analizada la sentencia del caso Bell v Tavistock, podemos intentar sacar algún aprendizaje en clave nacional.

En primer lugar, el caso giraba en torno al problema de si un menor podía dar su consentimiento a un tratamiento calificado como innovador o experimental. En nuestro país podría haber ocurrido algo parecido con la Ley 41/2002; pero con la reciente modificación de la 26/2015 queda limitada la capacidad de los menores a pesar de que siempre hay que escucharlos y el consentimiento lo ejercerían los progenitores por representación. Dada las características del tratamiento y del circuito de atención sociosanitaria expuestas, se requeriría el consentimiento de ambos progenitores[84]; incluso en mayores de 16 años, podría argumentarse en base a esta última modificación[85] que se necesitaría el consentimiento del representante del menor de edad.

En segundo lugar, si se revisan los protocolos actuales de actuación como el PAI andaluz, entre las ventajas de los bloqueantes de la pubertad (P.B.), se señala al respecto de este tratamiento que "ayuda a consolidar su identidad sexual; da más tiempo para que la persona

---

82 Íbidem, pp. 38.

83 Íbidem, pp. 38.

84 PINA-CAMACHO, L, et al., op. cit., pp. 338.e4.

85 Literalmente: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo". Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, "BOE" núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, art. 9.4 recuperado de: https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf

explore su transexualidad y otras cuestiones del desarrollo; permite ganar tiempo en busca del consenso entre el niño, su familia y el equipo médico"[86]; cuando, por el contrario, en la sentencia del caso Bell v Tavistock, hemos asistido a una argumentación pormenorizada que cuestiona esta reversibilidad, además de afirmar que el tratamiento podría considerarse en cierta medida experimental y con potenciales efectos a corto y largo plazo y de consecuencias irreversibles.

Por otro lado, el cuestionamiento del tratamiento con P.B. de menores trans no es algo aislado del Reino Unido. En Finlandia se está revisando el protocolo y recientemente en Suecia el Hospital Karolinska ha decretado que no utilizará fuera de ensayos clínicos ni P.B. ni C.S.H.[87] Que países con más experiencia en el manejo de la diversidad LGTBI estén dando marcha atrás en el asunto del tratamiento médico de los menores trans debe ser motivo para la prudencia y la reflexión.

No podemos olvidar el impacto para la infancia y la juventud españolas que tendrá, de aprobarse por las Cortes, el anteproyecto de ley trans[88] que dio luz verde el Ejecutivo el pasado mes de junio. En el mismo, hay varios aspectos que han recibido críticas tanto desde sectores feministas y progresistas hasta conservadores, y que ha sido incluso objeto de polémica dentro de sectores afines al Gobierno de nuestro país[89].

De aprobarse tal y cómo ha trascendido a los medios, se consagraría la libre autodeterminación de género, incluida para los menores, que podrán solicitar el cambio de sexo a partir de los 16 años, desde los 14 con permiso paterno, desde los 12 con autorización judicial e, incluso, anteriormente, podrá cambiarse el nombre[90].

---

[86] TINAHONES MADUEÑO, F J, et al., op. cit., pp. 25.

[87] SOCIETY FOR EVIDENCE-BASED GENDER MEDICINE, "Sweden's Karolinska Ends All Use of Puberty Blockers and Cross-Sex Hormones for Minors Outside of Clinical Studies", May 5, 2021, disponible en: https://segm.org/Sweden_ends_use_of_Dutch_protocol

[88] LA SEXTA, "Estas son las claves de la ley trans, la primera que permite la autodeterminación del género en España", publicado el 29 junio de 2021. Disponible en: https://www.lasexta.com/noticias/nacional/estas-son-claves-ley-trans-primera-que-permite-autodeterminacion-genero-espana_2021062960dafcefaa5b310001d2043b.html

[89] EL MUNDO, "Los socialistas nos arrepentiremos muchos años de no haber peleado el Ministerio de Igualdad", publicado el 26 de junio de 2021. Disponible en: https://www.elmundo.es/espana/2021/06/26/60d620a1fc6c831e548b463e.html

[90] EL MUNDO, "Las claves de la nueva Ley Trans: cambio de sexo sin exigencias de informes médicos ni hormonación", publicado el 29 de junio de 2021. Disponible en: https://www.elmundo.es/espana/2021/06/29/60da1573e4d4d8531c8b45ce.html

La libre autodeterminación forma parte de una estrategia del movimiento *queer,* que pretende la desaparición de la categoría sexo binario en tanto lo entiende como un constructo opresor[91]. Este aspecto está siendo muy criticado desde buena parte del feminismo, que llama la atención sobre cómo (y esto lo hemos visto en la sentencia del caso Bell v Tavistock) se está produciendo un aumento de derivaciones de niñas a las unidades donde se atienden a los menores trans[92]. Desde posturas feministas críticas con la ley, se defiende que "el sexo es una realidad que no atenta contra ningún derecho. Es el género, cuando construye la jerarquía sexual, lo que atenta contra los derechos de las mujeres"[93]. Esta crítica ha sido incluida, de hecho, por un argumentario de uno de los partidos del Gobierno de la nación[94] y que fue objeto de polémica política. Queda meridianamente claro, por lo tanto, que ser crítico o contrario a la futura nueva norma no es incompatible con una posición progresista o defensora de las personas LGTBI; independientemente que esta crítica pueda ser compartida también por personas desde legítimas posiciones conservadoras. Nuevamente, asistimos a un debate mucho más amplio que una confrontación entre dos bandos, y nuestro deber ético exige profundizar en el mismo, abrirlo a una pluralidad de opiniones, que podamos hilar más fino, ser más cautos y respetuosos con las valoraciones, y poner en práctica el ejercicio de la escucha activa.

5. CONCLUSIONES

A pesar de la brevedad de este trabajo, es posible que podamos extraer algunas conclusiones, especialmente tras la sentencia del caso Bell v Tavistock.

En primer lugar, queda meridanamente demostrado que el consentimiento para el tratamiento de los menores trans, se ve cuestionado por la experiencia judicial británica, que destaca lo difícil que es encontrar cuál es el mejor interés del menor. No hay que olvidar

---

[91] ÁLVAREZ, A, "Contra el borrado de las mujeres", elDiario.es, publicado el 13 de julio de 2020. Disponible en: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/borrado-mujeres_129_6102064.html

[92] CONTRA EL BORRADO DE LAS MUJERES, "Es aún peor de lo que temíamos", publicado el 9 de febrero de 2021. Disponible en: https://contraelborradodelasmujeres.org/es-aun-peor-de-lo-que-temiamos/

[93] ALVAREZ, A, op. cit.

[94] PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL, "Argumentos contra las teorías que niegan la realidad de las mujeres", publicado el 9 de junio de 2020. Disponible en: http://www.abc.es/gestordocumental/uploads/sociedad/ARGUMENTARIO%20REALIDAD%20MUJERES%20(1).pdf

que el consentimiento por representación, como ocurriría en nuestro ordenamiento jurídico, tiene limitaciones, entre ellas, la que presentamos: que entre en conflicto con el mejor interés del niño o niña.

Hemos señalado, entre otras, las dudas que existen con el tratamiento médico. A pesar de la habitual experiencia pediátrica con el uso *off-label* de muchos medicamentos, nos encontramos ante un contexto muy complejo que exige, lo primero de todo, prudencia. De hecho, la propia AEPED en un reciente posicionamiento destaca que "la falta de evidencia científica acerca de cuál es el mejor interés del menor obliga a ser muy prudentes en el manejo global de los casos e, incluso, a favor de retrasar al máximo los tratamientos que tengan consecuencias irreversibles"[95].

Probablemente, y es mi visión personal, la solución de acudir individualmente a los tribunales como propone la sentencia británica para encontrar el mejor interés del menor sea un curso extremo de acción, frente a otro curso extremo que sería el validar en todos los casos, automáticamente, y sin ningún sistema de evaluación, el consentimiento de menores o sus progenitores en una cuestión tan crítica para su presente y futuro. Como curso intermedio de acción, propongo que se pudiera establecer una comisión autonómica, donde un equipo de médicos endocrinólogos pediátricos, psicólogos, trabajadores sociales y juristas (de manera análoga a la de un comité de ética asistencial) ponderasen individualmente cada caso para ofrecer la mejor solución, esclarecer el mejor interés del menor y evitar los excesos que una errónea concepción de la autonomía nos puede conducir.

De hecho, en un estado democrático y de derecho, moderno y plural, debe ser compatible atender a los menores trans con la mayor profesionalidad y sensibilidad posible y, al mismo tiempo, plantear discursos que pueden cuestionar el relato *queer* dominante. Los estudios de género han aportado grandes hallazgos para eliminar importantes desigualdades estructurales y empoderar a colectivos anteriormente marginados. Sin embargo, los últimos desarrollos de la teoría o teorías de género que pretenden construir la identidad sexual sin tener en cuenta ninguna referencia biológica empiezan a dar sus frutos en forma de daño a poblaciones también vulnerables como lo son los jóvenes. Hemos evidenciado como los planteamientos más radicales del movimiento *queer* están obligando a rectificar a países otrora vanguardia de las políticas LGTBI como Suecia y que deberían hacernos reflexionar durante la tramitación parlamentaria de la ley trans en nuestra nación.

[95] RIAÑO GALAN, I, et al., op. cit., pp.e4.

Existe una frase en el imaginario popular que reza: "no hay que tirar al niño con el agua sucia". La visión antropológica previa de nuestra sociedad española, probablemente, era excesivamente rígida, dogmática y poco respetuosa con la diversidad. Pero el discurso *queer* actual, con su pretendida indefinición y fluidez, está teniendo notables consecuencias como la experiencia que acabamos de relatar. Plantear una alternativa antropológica y cultural que tenga en cuenta la realidad material del dimorfismo sexual de nuestra especie y que, al mismo tiempo, sea garante de la diversidad, es un reto de las sociedades occidentales en el momento actual. Como decía la escritora Ana iris Simón en una reciente entrevista: "nos hemos individuado tanto, que ya no somos conscientes de que hay otro al que apelar"[96]. Es decir, estamos llevando el autonomismo y cierta concepción de la libertad tan lejos que nos estamos olvidando que nadie es una isla, somos en relación a los demás, y no es posible desarrollar una identidad personal desde una concepción abstracta y aislada, sino desde un contexto y desde el encuentro con otras personas.

En cualquier caso, lo que debe quedar claro es que es un error plantear el problema en los individuos, que todavía hoy son diagnosticados y patologizados en muchos contextos, sino en cómo educamos a las generaciones actuales y futuras en la diversidad. Y, por supuesto, más allá de las convicciones propias o ajenas está el respeto a la persona y es nuestro deber de protegerla de toda discriminación o persecución. La AEPED destaca que "es necesario promover un cambio de mirada social, capaz de superar los estereotipos que suponen discriminación y aumentan el sufrimiento. Considerar que la respuesta a estas situaciones tan complejas y diversas es facilitar el acceso a una medicación o a una cirugía es una simplificación. Por tanto, se debe actuar en el ámbito educativo y social, evitando "patologizar" la diferencia"[97].

[96] EN LA FRONTERA, "Feria-Entrevista a Ana Iris Simón", programa 537, publicado el 11 de mayo de 2021. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=8Vo7Hh-ye-M

[97] RIAÑO GALAN, I, et al., op. cit., pp.e2.

ESPECIALIDADES DE LA CONTRATACIÓN LOCAL EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

SPECIALITIES OF LOCAL PROCUREMENT IN LAW 9/2017, OF 8 NOVEMBER, ON PUBLIC SECTOR CONTRACTS.

HUGO MORATA CASELLAS

Jefe de Sección. Intervención General de la Comunidad Autónoma de las Illes Baleares.
Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores

Sumario: *I. Introducción. II. Las especialidades aplicables con carácter general a los entes locales. III. Especialidades en función de la población de los municipios. IV. Crítica a la técnica legislativa utilizada para la regulación de la contratación local en la LCSP. V. Conclusiones.*

Resumen: La legislación de contratos del sector público se ha reformado sucesivamente por la exigencia de tener que adaptar nuestro derecho nacional a la normativa comunitaria, principalmente a las Directivas que se han ido aprobando en el seno de la Unión Europea. Estas Directivas han dado lugar a un panorama legislativo marcado por la denominada "Estrategia Europa 2020", dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel primordial.

Ahora bien, para que la transposición de la normativa europea a nivel de la Administración Local sea eficaz tiene que llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades organizativas y de personal de los diferentes entes locales existentes en nuestro país.

Este trabajo tiene como finalidad explicar las especialidades de la contratación pública de los entes locales haciendo hincapié en la

conveniencia de una reforma de la legislación contractual para que los entes locales puedan aplicarla adecuadamente.

Palabras clave: Ente local, municipio de gran población, población inferior a 20.000 y 5.000 habitantes, órgano de contratación, mesa de contratación, junta de contratación, secretario de Ayuntamiento, interventor de la entidad local y técnica legislativa.

Abstract: The public sector contract law has been successively reformed in order to adapt our national law to the European law, particularly to the Directives which have been adopted within the European Union. These Directives have given rise to a legislative landscape marked by the so-called "Europe 2020 Strategy", within which public contracts play a major role.

However, the effective transposal of the European legislation to local government level needs to take into account the organisational and personnel particularities of the different local authorities in our country.

This work aims to explain the specialities of public contracts procedure from local authorities by emphasizing the convenience to reform the contract law so that local authorities can apply it properly.

Keywords: Local entity, municipality with a large population, population less than 20,000 and 5000 inhabitants, contracting authority, contracting authority, contracting board, council secretary, council Auditor, and legislative technique.

Recepción original: 15/11/2021

Aceptación original: 30/03/2022

I. INTRODUCCIÓN

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 (en adelante, LCSP) ha mantenido la tendencia de los últimos años en nuestro derecho positivo de regular, con carácter de legislación básica, las competencias y especialidades de la contratación administrativa local en las disposiciones adicionales. Pero a diferencia del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) que concentró la regulación en una sola Dis-

posición Adicional (DA 2), la nueva LCSP lo hace en 2 Disposiciones Adicionales:

a) La Disposición adicional segunda relativa a las competencias en materia de contratación en las Entidades Locales.

b) La Disposición adicional tercera relativa a las normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales.

A su vez, la LCSP ha establecido una serie de particularidades para los municipios de gran población que vienen definidos en el Título X de la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL), de población inferior a 20.000 habitantes, y de población inferior a 5.000 habitantes.

II. LAS ESPECIALIDADES APLICABLES CON CARÁCTER GENERAL A LOS ENTES LOCALES

En este apartado se explica el contenido de estas Disposiciones Adicionales, aplicables con carácter general a la mayoría de los municipios, teniendo en cuenta las principales novedades de la LCSP respecto al TRLCSP de 2011, y haciendo especial referencia a los principales Informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, y así:

A. Los "órganos de contratación" de los entes locales

La LCSP atribuye la competencia de órgano de contratación al Alcalde, al Pleno o la Junta de Gobierno Local teniendo en cuenta diversos criterios: la población de los municipios, el régimen jurídico de los contratos (contratos privados y patrimoniales), cuantitativos (valor estimado, presupuesto base de licitación y los recursos ordinarios del presupuesto, y la duración de los contratos.

Con carácter general, la Disposición Adicional Segunda (apartado 1) establece que corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de concesión de obras, de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas in-

cluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

La LCSP, así mismo, señala que corresponden al Pleno las competencias, como órgano de contratación, respecto de los contratos mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad Local, cuando por su valor o duración no correspondan al Alcalde o Presidente de la Entidad Local, conforme al apartado anterior (apartado 2 DA segunda de la LCSP).

Y en los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales (apartado 4 DA segunda de la LCSP).

La normativa de contratación administrativa no aclara el significado de los recursos ordinarios del presupuesto, sin embargo, en el ámbito local se suelen repartir las competencias en función de los recursos ordinarios.

Así mismo, la DA Segunda de la LCSP (apartados 9,10 y 11) regula de forma específica quienes son los órganos de contratación de los contratos privados o de carácter patrimonial, en función a criterios cuantitativos y a la población del municipio:

1. Corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales la competencia para la celebración de los contratos privados, así como la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando el presupuesto base de licitación, no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.

2. Corresponde al Pleno la competencia para celebrar contratos privados, la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la Corporación y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial, así como la enajenación del patrimonio cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor.

3. En los municipios de gran población, las competencias que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo.

Como ha podido observarse en la nueva LCSP se han introducido varias novedades respecto al TRLCSP 2011 (DA Segunda): En relación con la competencia de los alcaldes de las Entidades locales se ha sustituido la referencia de los contratos de gestión de servicios públicos por los contratos de concesión de servicios públicos; se ha cambiado la referencia al "importe" del contrato por el del "valor estimado"; y se han regulado de forma específica los órganos competentes respecto a los contratos privados.

B. "Delegación de competencias de los órganos de contratación"

Aunque las Disposiciones Adicionales de la LCSP no hagan ninguna referencia a la delegación de competencias, ello no implica que los órganos de contratación de los entes locales no puedan delegar sus competencias, puesto que el art 61.2 LCSP, con carácter general, permite que los órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar sus competencias y facultades en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de competencias.

La articulación de la delegación y desconcentración de competencias se rige por lo previsto en la LBRL (arts 21,22 y 23) y por los artículos 43 y 51 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 (en adelante ROF).

C. "Otras funciones del Pleno"

Se señalan las siguientes:

1) La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales a los que se refiere el artículo 121 LCSP (apartado 2 DA segunda) tanto en los municipios de régimen general como en los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (apartado 4 DA segunda LCSP).

2) En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, autorizar la redacción y licitación de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra cuyo periodo de ejecución exceda al de un presupuesto anual, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas (apartado 2 DA segunda LCSP).

D. La "Junta de Contratación" de las entidades locales

A diferencia de las Juntas de contratación del Estado y de las Comunidades Autónomas se definen como órganos consultivos materia de contratación pública del sector público (arts. 328 LCSP y sus correlativos en la legislación autonómica) y en el ámbito local se regulan en la LCSP (apartado quinto de la DA segunda) y tienen asignadas las funciones de los órganos de contratación.

En particular, la LCSP establece que su constitución será potestativa y actuarán como órganos de contratación en los contratos de obras que tengan por objeto trabajos de reparación simple, de conservación y de mantenimiento; en los contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, y en los contratos de servicios cuando su valor estimado no supere el 10 % de los recursos ordinarios de la Entidad, o cuando superen este importe las acciones estén previstas en el presupuesto del ejercicio a que corresponda y se realicen de acuerdo con lo dispuesto en las bases de ejecución de este.

En los casos de actuación de las Juntas de Contratación se prescindirá de la Intervención de la Mesa de contratación.

Y corresponde al Pleno acordar su constitución y determinar su composición, debiendo formar parte de las mismas necesariamente el Secretario o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y el Interventor de la misma.

En cuanto a los límites cuantitativos, que podrán ser inferiores a los señalados, se determinarán:

1. En los municipios de gran población por la Junta de Gobierno Local.
2. En las restantes entidades locales, por el Pleno, a propuesta del Alcalde o del Presidente cuando sea, el órgano que tenga atri-

buida la competencia sobre dichos contratos, de acuerdo con el apartado 2 de la DA segunda de la LCSP.

E. La "Mesa de Contratación" en las Entidades Locales

La Mesa de contratación puede definirse como el órgano de asistencia técnica especializada al órgano de contratación que ejerce las funciones previstas en el art 326.2 LCSP. Y al tener la naturaleza de un órgano colegiado, también se le aplican las disposiciones de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) relativas a los órganos colegiados.

Sobre la consideración de las mesas de contratación como órganos administrativos colegiados, interesa destacar:

— El INFORME 26/2018, de 15 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a la posibilidad de celebración a distancia de las mesas de contratación.

— La RECOMENDACIÓN 1/2020, de 27 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la actuación de las mesas de contratación durante la situación de estado de alarma.

Las particularidades de las Mesas de Contratación de los entes locales (apartado 7 de la DA2 de la LCSP), se centran en las normas de composición de las mismas, y son las siguientes:

1. Esta presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma.
2. En cuanto a los vocales hay que distinguir, 2 grupos distintos:
   a) En primer lugar, los miembros naturales de la mesa son el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.
   b) En segundo lugar, aquellos que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a 3.

Los miembros electos no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma.

3. Como novedad de la nueva LCSP respecto el TRLCSP de 2011, vemos que aclara las discusiones doctrinales sobre si el personal eventual podía formar parte de las Mesas, estableciendo que en ningún caso podrá formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas el personal eventual. Así mismo, establece que podrá formar parte de la Mesa el personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente.

   A estos efectos conviene recordar que anteriormente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Informe 13/01 de 3 de Julio de 2.001) concluyó que no podía formar parte el personal eventual, como vocal, de las Mesas de Contratación de las Entidades Locales, mientras que por otro lado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de les Illes Balears (Informe 2/01, de 22 de febrero de 2001) sostenía que en la Mesa de contratación constituida de una Entidad Local Menor podía formar parte de la misma el personal eventual asesor de dicha entidad.

   Particularmente me parece acertado el criterio elegido por la LCSP puesto que, en mi parecer, prohibir al personal eventual formar parte de las Mesas, se adapta mejor a la definición de la Mesa de Contratación, como órgano de asistencia técnica al órgano de contratación.

   Y también me parece adecuado que la Ley permita al personal interino formar parte de las Mesas de Contratación, ya que en la Administración local no abundan los funcionarios de carrera y en la práctica administrativa el personal interino acude a las Mesas de contratación.

4. La composición de la Mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente, y se podrán constituir Mesas de Contratación permanentes.

Así mismo, la LCSP permite que en las Mesas de Contratación las Entidades locales municipales, mancomunidades y consorcios locales, puedan integrarse personal al servicio de las correspondientes Diputaciones Provinciales o Comunidades Autónomas uniprovinciales (párrafo segundo del apartado 7 de la DA 2 de la LCSP).

Ahora bien, esta breve regulación sobre las Mesas de Contratación de las entidades locales y su composición, ha planteado diversos debates jurídicos interpretativos respecto (i) al número de vocales, (ii) si el tercer vocal debe ser un funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, (iii) sobre si los miembros electos podrían emitir informes de valoración, (iv) sobre si el personal de la Corporación que haya participado en la redacción de los PPT (Pliegos de Prescripciones Técnicas) podría formar parte de la Mesa como Vocal, (v) al asesoramiento del Comité de Expertos, (vi) sobre si un técnico especializado externo al Ayuntamiento que haya redactado los pliegos podría asesorar a la Mesa a la hora de valorar los criterios dependientes de un juicio de valor, (vii) sobre si el redactor de un proyecto de obra puede asesorar a la Mesa en la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, (viii) sobre si el personal del Ayuntamiento que ha redactado pliegos técnicos puede formar parte como vocal de la Mesa de esa licitación.

Estas cuestiones han sido resueltas por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en particular en el Expediente 96/18 relativo a la Composición y funciones de las Mesas de contratación y del Comité de expertos en las Corporaciones Locales, que no se reproducen dada la extensión del mismo al que me remito.

F. El "Comité de Expertos" en los entes locales

La LCSP (apartado 5 de la DA 2) establece que el Comité de Expertos para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor podrá estar integrado en las Entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública.

Las modificaciones previstas en la LCSP sobre esta materia respecto la normativa anterior, en el ámbito de la administración local, ha planteado diversos debates jurídicos interpretativos, respecto (i) a la designación de los miembros integrantes del Comité de Expertos, (ii) el significado del concepto de cualificación apropiada, (iii) el alcance de la expresión "documentación técnica" del contrato, (iv) sobre si el técnico jurista especializado en contratación pública que forma parte del Comité puede ser uno de los letrados-asesores del Ayuntamiento, (v) sobre el órgano que designa a los miembros del Comité, (vi) y ante

la ausencia de un técnico jurista especializado en contratación pública, puede ejercer sus funciones un letrado asesor del Ayuntamiento, (vii) y en cuanto a si podrá formar parte del Comité de Expertos el organismo técnico especializado al que se le haya encargado la redacción de las prescripciones técnicas del contrato.

Estas cuestiones han sido resueltas por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en particular en el Expediente 96/18 relativo a la Composición y funciones de las Mesas de contratación y del Comité de expertos en las Corporaciones Locales, que no se reproducen dada la extensión del mismo al que me remito.

G. Función de asesoramiento legal del Secretario de Ayuntamiento

En primer lugar, interesa destacar que en la LCPS ha desaparecido la previsión relativa a que cuando se aplique el procedimiento negociado en supuestos de urgencia deberá incorporarse al expediente, entre otros, el informe del Secretario (DA 2, apartado 9 del TRLCSP).

Actualmente la LCSP (apartado 8 DA 3) establece que los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario. A lo largo de la LCSP, se encuentran varias referencias a la emisión de informes de los servicios jurídicos: En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, la aprobación de los pliegos y de los modelos requerirá el informe previo del Servicio Jurídico respectivo (art 122.7) y los acuerdos sobre el ejercicio de las prerrogativas de la Administración que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 y 195 (art 191.2 LCSP).

Así mismo, la DA mencionada establece que será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, en la modificación de contratos, en la revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, en la interpretación y en la resolución de los contratos.

Una vez más, las novedades de la LCSP sobre esta materia han generado problemas de interpretación, respecto a si el Secretario de Ayuntamiento tiene que emitir los 2 informes (el relativo al contenido del PCAP y el informe jurídico sobre la aprobación del expediente de

contratación), si el informe del Secretario tiene que emitirse antes o después del informe del Interventor, y sobre el alcance del informe jurídico sobre el expediente de contratación.

Estas cuestiones han sido resueltas por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que responde a todas las cuestiones en el Expediente: 64/18, de 10 de octubre de 2018 sobre Informes a los Pliegos en las corporaciones locales, al que me remito dada la extensión de dicho Expediente.

Y por último también corresponde al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (apartado 8 DA 3 de la LCSP).

H. Funciones del Interventor de la Entidad Local

La legislación de contratos otorga a la función interventora un papel principal en la contratación administrativa, tanto en la fase de preparación del contrato como en la fase de ejecución, puesto que el órgano interventor ha de emitir el certificado de existencia de crédito (art 116.3), siendo el Interventor uno de los vocales de las Mesas de contratación (art 326.5), y que asiste en la recepción de los contratos (art 210), etc.

Hay que tener presente que el Interventor de la Entidad Local ejerce las funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria de la Entidad Local, y en el desarrollo de ese ejercicio fiscaliza aquellos actos de las Entidades Locales antes de su aprobación, susceptibles de repercusión económica (Informe 2/2017, de 7 de abril, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía sobre la obligación del Interventor Municipal de evacuar el Informe con carácter previo a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares). En este sentido se pronuncia la DA 3 apartado tercero LCSP al disponer que los actos de fiscalización se ejercen por el órgano Interventor de la Entidad local.

Esta fiscalización recaerá también sobre la valoración que se incorpore al expediente de contratación sobre las repercusiones de cada nuevo contrato, excepto los contratos menores, en el cumplimiento por la Entidad local de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que exige el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. (DA 3 apartado tercero LCSP).

A continuación, la DA 3 de la LCSP señala que el órgano interventor asistirá a la recepción material de todos los contratos, excepto los contratos menores, en ejercicio de la función de fiscalización material de las inversiones que exige el artículo 214.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Y podrá estar asistido en la recepción por un técnico especializado en el objeto del contrato, que deberá ser diferente del director de obra y del responsable del contrato.

Para finalizar, respecto a los Interventores, interesa destacar que en la actual LCPS han desaparecido los siguientes extremos:

* La referencia de la exigencia de que la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares irá precedida el Informe del Interventor (DA 3 apartado 7 TRLCSP).
* La previsión relativa a que cuando se aplique el procedimiento negociado en supuestos de urgencia deberá incorporarse al expediente el informe del Interventor sobre la justificación de la causa de urgencia apreciada (DA 2, apartado 9 la TRLCSP).

I. Las "centrales de contratación"

De acuerdo con la DA 3 apartado 10 de la LCSP, las Entidades Locales, sin perjuicio de la posibilidad de adherirse al sistema estatal de contratación centralizada y a las centrales de contratación de las Comunidades Autónomas y de otras Entidades Locales, podrán adherirse también a las centrales de contratación que puedan crear conforme a esta Ley las asociaciones de entidades locales a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como a las creadas por la Administración General del Estado.

Regulación que hay que completar con la DA segunda apartado 6 de la LCSP, la cual permite que en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 228 de la presente Ley, mediante acuerdos al efecto.

J. Posibilidad de tramitación anticipada del expediente

Como novedad de la LCSP, la DA 3 apartado segundo, permite la tramitación anticipada de los contratos cuya ejecución material haya

de comenzar en el ejercicio siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente.

K. Supervisión de los proyectos de obras

La LCSP (apartado sexto de la DA 3) establece que serán de aplicación a los contratos de obras las normas sobre supervisión de proyectos establecidas en el artículo 235, y dicha supervisión podrá efectuarse por las oficinas o unidades competentes de la propia entidad contratante o, en el caso de municipios que carezcan de ellas, por las de la correspondiente Diputación provincial o Administración autonómica uniprovincial. En el acuerdo de aprobación de los proyectos se recogerá expresamente la referencia a la supervisión favorable del mismo.

L. Aplazamiento del importe de la adquisición de bienes inmuebles

En los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles, el importe de la adquisición podrá ser objeto de un aplazamiento de hasta cuatro años, con sujeción a los trámites previstos en la normativa reguladora de las Haciendas Locales para los compromisos de gastos futuros. Este aplazamiento también podrá ser utilizado para la adquisición de títulos representativos de la titularidad del capital de entidades que formen parte del sector público de la Entidad local para su reestructuración (apartado noveno de la DA 3 de la LCSP).

Finalmente, interesa destacar que en la nueva LCSP han desaparecido las disposiciones de la anterior ley de contratos relativas a:

* Las reglas de determinación del importe de los contratos a los efectos de determinar la competencia de los órganos (DA.2.14 TRLCSP).
* La atribución al órgano de contratación de la aprobación del expediente y la apertura del procedimiento de adjudicación (DA.2.7 TRLCSP).

* La incorporación al expediente los informes del Secretario y del Interventor en el procedimiento negociado en supuestos de urgencia (DA.2.9 TRLCSP).

3. ESPECIALIDADES EN FUNCIÓN DE LA POBLACIÓN DE LOS MUNICIPIOS

A lo largo de las DA 2 y 3, la LCSP ha previsto unas reglas especiales para los municipios de gran población, de población inferior a 20.000 habitantes e inferior a 5.000 habitantes.

1. Especialidades para los municipios de gran población. En las DA 2 y 3 de la LCSP se establecen unas reglas especiales en los siguientes temas:

   a) Competencias del órgano contratación.—De acuerdo con la DA 2 apartado de la LCSP las competencias del órgano de contratación que en el resto de los ayuntamientos corresponden al Pleno o al Alcade, en los municipios de gran población corresponden a la Junta de Gobierno Local. Así mismo, corresponde al Pleno la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales.

   b) Las competencias respecto a los contratos privados.—Corresponde a la Junta de Gobierno Local la competencia para celebración de los contratos privados, la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la Corporación, la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial, así como la enajenación del patrimonio y de los bienes declarados de valor histórico o artístico. (DA 2 apartado 11 LCSP).

   c) Funciones del titular de la asesoría jurídica.—De acuerdo con la DA 8 de la LBRL corresponde al titular de la asesoría jurídica la emisión de los informes atribuidos al Secretario. (DA 3 apartado 8 párrafo segundo de la LCSP).

   d) Coordinación de obligaciones de publicidad.—Como novedad de la nueva LCSP, la coordinación de las obligaciones de publicidad e información antedichas corresponderá al titular del Órgano de Apoyo a la Junta de Gobierno (DA 3 apartado 8 in fine de la LCSP).

2. Especialidades para los municipios de población inferior a 20.000 habitantes.

La DA 3 apartado 11 de la LCSP ha concretado que estos municipios podrán licitar contratos no sujetos a regulación armonizada de concesión de servicios que se refieran a la gestión de dos o más servicios públicos diferentes siempre y cuando la anualidad media del contrato no supere los 200.000 euros, y el órgano de contratación justifique en el expediente de contratación esta decisión en base a la necesidad objetiva de proceder a la gestión unificada de dichos servicios. En todo caso, el pliego de cláusulas administrativas particulares precisará el ámbito funcional y territorial del contrato de concesión de servicios.

3. Particularidades para los municipios de población inferior a 5000 habitantes.

   En las DA 2 y 3 de la LCSP se establecen unas reglas especiales para los municipios de población inferior 5.000 habitantes en los siguientes temas:

   a) La redacción y licitación de proyectos.—La DA 2 apartado tercero señala que es competencia del Pleno autorizar la redacción y licitación de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra cuyo periodo de ejecución exceda al de un presupuesto anual, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas.

   b) Reacción de proyectos de obras independientes.—La LCSP mantiene la posibilidad de que en los contratos de obras cuya financiación exceda de un presupuesto anual, podrán redactarse proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas (DA 3 apartado 7). Ahora bien, en la nueva LCSP ha desaparecido la exigencia de autorización concedida por el Pleno adoptada por mayoría absoluta de los miembros prevista en la DA 2.11 TRLCSP 2011, y se ha añadido que la ejecución de cada uno de los proyectos podrá ser objeto de un contrato diferente, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 99 y 101. (DA 3 apartado 7 in fine)

   c) Certificados de existencia de crédito.—Respecto al TRLCSP 2011, en la LCSP (apartado 4 DA 3) se modifica la regla de que la aprobación del gasto será sustituida por certificación de existencia de crédito emitida por el Secretario-Interventor o Interventor, convirtiéndola en una decisión potestativa.

d) Centrales de contratación y encomiendas de gestión.—La LCSP mantiene la posibilidad de que en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes las competencias en materia de contratación puedan ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 228 de la presente Ley, mediante acuerdos al efecto (apartado 6 DA Segunda LCSP), y puedan concertar encomiendas de gestión del procedimiento de contratación a las Diputaciones provinciales o a las Comunidades Autónomas de carácter uniprovincial (apartado 6 DA Segunda LCSP).

Esta previsión se refiere a la encomienda de gestión prevista en la Ley 40/2015 (art 11).

4. CRÍTICA A LA TÉCNICA LEGISLATIVA UTILIZADA PARA A LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN LOCAL EN LA LCSP

La regulación de la contratación local ha sido objeto de numerosas críticas, principalmente por parte del Consejo de Estado y de la Doctrina Científica:

1. El Consejo de Estado[1] ha puesto de manifiesto que ubicar las especialidades de la contratación local en disposiciones adicionales no es la solución más adecuada.

   Del Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, asunto: Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por ser especialmente didáctico, interesa destacar las siguientes consideraciones:

   "… La regulación proyectada en estas dos disposiciones recoge la actualmente contenida en la disposición adicional segunda del texto refundido actualmente vigente. Como se ha señalado, sus previsiones no suscitan reparo alguno en lo tocante a su contenido. Desde el punto de vista sistemático, procede, sin embargo, hacer dos consideraciones:

   a) La primera está referida a la conveniencia de ponderar si el contenido de estas disposiciones no debería integrar un título nuevo, relativo a las Entidades Locales, en el anteproyecto.

[1] Expedientes n.º 514/2006 y 1.116/2015.

La norma elaborada tiene vocación de regular la contratación del sector público, integrado en los términos señalados en su título preliminar y en el que se comprenden las Entidades Locales. Estas, pues, quedan sujetas a sus previsiones. Las especialidades contenidas en las disposiciones adicionales segunda y tercera versan sobre la materia propia del anteproyecto, de suerte que nada impide su incorporación al cuerpo de la norma. Antes al contrario, facilitaría el manejo de la norma por el operador jurídico.

b) En todo caso —y para el supuesto de que no se incorpore el contenido de las disposiciones en un nuevo título-, el Consejo de Estado considera, por razones de orden y sistemática, que el contenido de la disposición adicional tercera —que versa sobre normas de competencia— debería pasar a ser la segunda y el contenido de esta la tercera…"

2. Diversos autores de la Doctrina Científica han expresado su desacuerdo con esta regularon de la contratación local, y de forma resumida:

   a) En el Tratado de Contratos del Sector Público[2], se indica expresamente que se trata de una regulación improcedente y se resume la opinión de varios autores sobre esta materia (GÓMEZ MELLERO, COLÁS TENAS, CARBONERO GALLARDO y MORENO MOLINA):

      — GÓMEZ MELLERO destaca que la planta municipal española adolece de lo que se ha llamado atomización municipal, lo que conlleva que la mayoría de los municipios carezcan de medios personales y materiales para una aplicación eficiente de la LCSP. Así mismo mantiene que es necesario una regulación más sensible con la realidad de la Administración Local, entre otras cosas, porque la regulación de la contratación pública es uniforme a todas las Administraciones Públicas, sin tener en cuenta la situación de las pequeñas entidades locales que carecen de medios técnicos y personales. Y que no cabe duda de que la solución se encuentra en la simplificación de los procedimientos, en la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica por parte de las Diputaciones Provinciales u otras Administraciones Públicas.

[2] Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo III, Directores Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2018, págs. 2712 a 2715.

Así mismo, GÓMEZ MELLERO critica la falta de uniformidad en la terminología utilizada para referirse a la Administración Local.

— MORENO MOLINA reconoce que al régimen jurídico aplicable a la contratación administrativa local elaborada por el Estado hay que reprocharle su menosprecio de la contratación a celebrar por las pequeñas Administraciones cuyas peculiaridades apenas ha tenido en cuenta tradicionalmente la legislación estatal en la materia, y en especial, por cuanto sigue resultando hoy muy necesaria en España una regulación procedimental sencilla que sea aplicable por el gran número de pequeños municipios que cuentan con una limitada capacidad de gestión y que hoy utilizan mayoritariamente la figura del contrato menor. Como ya dijo CARBONERO GALLARDO se trata de una deslucida localización de la regulación.

b) En el Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público[3], se indica que BERNAL BLAY afirma que era más correcto recoger en un Título de la Ley, rubricado como "Contratos de la Administración Local" todas las especialidades relativas a la organización y procedimiento que caracterizan los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales, procediendo a su desarrollo posterior en el articulado de la norma (y no en una disposición adicional). Y quizás como medida complementaria, no hubiera estado de más devolver a su ubicación original, la Ley de Bases de Régimen Local, las reglas de distribución de competencias para contratar en los diferentes órganos que forman parte de la Administración local, que sería su lugar natural.

5. CONCLUSIONES

La técnica utilizada para la regulación de la de contratación del sector público de los entes locales ha sido duramente criticada por el Consejo de Estado y la doctrina científica por no introducir una regulación más extensa en el cuerpo de la norma, y por no resolver los problemas que tienen los municipios de menor población a la hora de aplicar la LCSP (falta de personal, etc..).

[3] Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Director José María Gimeno Feliu, Editorial Thomson, Primera Edición 2018, pág. 1571

Ahora bien, para finalizar este trabajo hay que tener en cuenta que la regulación de la contratación pública de los entes locales no se agota con lo previsto en las Disposiciones Adicionales segunda y tercera de la LCSP, sino que también se aplican las reglas contenidas en la LCSP (DA 3.1); el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, si bien estos reglamentos solo se aplicarían en todo aquello que no contradiga lo dispuesto en la LCSP de 2017 por tratarse de normas de jerárquicamente inferiores y anteriores a la aprobación de la nueva Ley.

Y para finalizar, también subsisten algunas disposiciones especiales en materia de contratación pública local, por ejemplo: en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (art 85, 85 bis, DA 5 etc), el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (art 111, 114 etc); y el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (arts 52,174 etc).

VI. BIBLIOGRAFÍA

CAMPOS ACUÑA, C. *Incidencia de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público en el ámbito local: novedades en la mesa de contratación,* Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, 2018, núm. 153.

— *Novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público para el ámbito local*, Observatorio de la Contratación Pública, Artículos de Opinión, 12/04/2017.

GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES (Directores), *El Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo III*, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2018.

GIMENO FELIU, JM (Director), *El Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Thomson, Primera Edición 2018.

COLAS TENAS, J. *Las especialidades de la Contratación Pública en la Administración Local en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público* (Ponencia).

FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS, Y LA RED DE ENTIDADES LOCALES POR LA TRANSPARIENCIA Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA DE LA FEMP, *Guía de Integridad en la Contratación Local*, 2019.

ANÁLISIS DE LA UTILIDAD DEL DERECHO DE PORTABILIDAD DE DATOS PERSONALES PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD, A LA LUZ DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA Y LA LEY GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE SUJETOS OBLIGADOS DE MÉXICO

ANALYSIS OF THE USEFULNESS OF THE RIGHT OF PORTABILITY OF PERSONAL DATA FOR THE GUARANTEE OF THE RIGHT TO HEALTH, CONSIDERING THE GDPR AND THE GENERAL LAW OF PROTECTION OF PERSONAL DATA IN POSSESSION OF OBLIGED SUBJECTS OF MEXICO

ANA GUADALUPE OLVERA-ARELLANO

Doctoranda en el Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Sumario: *I. Antecedentes. II. Marco normativo. III. Elementos del derecho a la portabilidad. IV. Análisis de los medios para ejercer el derecho a la portabilidad en el ámbito sanitario mexicano. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

Resumen: Con la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea del Reglamento General de Protección de Datos Personales (2016) y en el Diario Oficial de la Federación de la República Mexicana de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (2017), sobrevino la positivización del derecho a la portabilidad de datos personales, que ya encontraba antecedentes en el campo de las telecomunicaciones.

Sin embargo, los elementos subjetivos y objetivos de este derecho y que afectan a la totalidad del ciclo de vida del dato personal, nos dan cuenta de las muchas limitaciones existentes para su ejercicio y garantía, cuestión que además encuentra detalles específicos dependiendo de la materia que se trate.

En ese sentido, el presente pretende analizar si el ejercicio de este derecho, tal y como se encuentra previsto en las normas mencionadas que se encuentran vigentes, resulta beneficioso para los usuarios de los sistemas de salud o si, por el contrario, representa una carga.

Palabras clave: derecho de portabilidad; derecho a la salud; expediente clínico; derecho de protección de datos personales.

Abstract: With the publication in the Official Gazette of the European Union of the General Regulation of Protection of Personal Data (2016) and in the Official Gazette of the Federation of the Mexican Republic of the General Law of Protection of Personal Data in Possession of Obliged Subjects (2017), ensued the positivization of the right to the portability of personal data, which already found antecedents in the field of telecommunications.

However, the subjective and objective elements of this right affect the entire life cycle of personal data and give us an account of the many existing limitations that allow its exercise and guarantee, an issue that also finds specific details depending on the matter.

In this sense, the present intends to analyze if the exercise of this right, as it is foreseen in the mentioned norms that are in force, is beneficial for the users of the health systems, or if on the contrary, it represents a burden.

Keywords: portability right; right to health; medical records; right to protection of personal data.

Recepción original: 01/03/2022

Aceptación original: 23/04/2022

I. ANTECEDENTES

Con el desarrollo de la tecnología, cualquier información, aún y cuando se trate de una de naturaleza tan delicada como lo es la relativa al estado de salud, puede ser procesada, almacenada y transmitida a terceros que, en un principio, parecería que no tienen injerencia en

su tratamiento. Ello pone en grave riesgo a su titular, ante la inminente violación a su esfera íntima.

A este respecto, la portabilidad de datos, como cualquier otro derecho para cuya garantía, externalización o ejecución se requiere de la tecnología expresada por ejemplo en sistemas interoperables, viene a resignificar la característica de la universalidad de los derechos humanos. Se trata de un derecho de carácter instrumental que permite garantizar la universalidad de los derechos a cuyo ejercicio resulte beneficioso, como lo es el de la salud.

Así, encuentra su antecedente en la necesidad de los usuarios de servicios digitales de trasladar su lista de amigos, direcciones de correo electrónico y otro tipo de datos personales que brindan al hacer uso de ellos (Zanfir, 2012:1). Otro antecedente importante es El Proyecto de Portabilidad de Datos, cuya creación en 2007 perseguía la finalidad de hacer posible este mecanismo. Sin embargo, aunque relevantes para su entendimiento, este artículo está centrado en el derecho positivizado en las normas de protección de datos personales.

Además, como antecedente directamente ligado a la importancia que reviste que el derecho a la portabilidad se garantice de forma adecuada, tenemos la ciencia ciudadana como la interpreta Quinn (2018:1) en el entendido de que reviste gran utilidad que los datos sean portables por su propio titular, teniendo la potestad de transferirlos a diversas instituciones de investigación, lo que ahora es posible lograr por los avances tecnológicos y de una forma diferente a la que el derecho de acceso nos faculta, para no solo transmitirlos, sino reunirlos, agruparlos y estudiarlos de formas distintas a las tradicionales, mediante la interacción de personas con intereses similares, debiendo cumplir con requisitos tales como la capacidad de registrar datos, de almacenarlos, de acceder a ellos y de que puedan transferirse.

II. MARCO NORMATIVO

Si bien es cierto que autores como Egan (2019:3) identifican la portabilidad como un principio que permite disponer de los propios datos personales para compartirlos con otro proveedor de servicios, incentivando la competencia de servicios en línea y que nuevos servicios emerjan, o bien, el Proyecto de Portabilidad de Datos (s.f) que conceptúa a la acción como una capacidad de las personas de reusar sus datos personales en aplicaciones interoperables o autores que como Ursic (2018:59) la consideran como una regla de la transferen-

cia de datos, no cabe duda de que se trata de un derecho fundamental reconocido ya en diversas disposiciones legales.

A) México

En México, únicamente se considera como un derecho que puede exigirse ante los sujetos obligados, es decir, cuya garantía depende de los entes públicos de gobierno y cuyos Lineamientos emitidos por el Sistema Nacional de Transparencia establecen los parámetros, modalidades y procedimientos para la portabilidad de datos personales (en lo sucesivo, Lineamientos de portabilidad y que fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación en 2018). En contraposición, aún no se ha regulado lo respectivo en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (2010). También es importante mencionar que no se encuentra previsto a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), como los derechos ARCO, sino únicamente en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (LGPDPPSO, 2017), por lo que su jerarquía se ve reducida.

De acuerdo con la LGPDPPSO, se trata de un derecho cuyo ejercicio persigue dos finalidades: la primera es que el titular de los datos obtenga del responsable del tratamiento una copia de los datos personales que le ha proporcionado en un formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado, características que le permitirán seguir usándolos, sin que lo impida el responsable a quien se dieron los datos en primer lugar.

La segunda es que el titular pueda transmitir esos datos personales a otro responsable, siempre que se cumplan a su vez dos condiciones, a saber, la de que el tratamiento esté basado en el consentimiento del titular o en un contrato, y la segunda, que la información sea conservada en un sistema de tratamiento automatizado y que también sea comúnmente utilizado. En iguales términos lo consideran los Lineamientos de portabilidad, pero en el segundo supuesto especifica además que los datos debieron haber sido proporcionados por el titular de forma directa.

Los Lineamientos de portabilidad establecen como sujetos obligados a los mismos que la LGPDPPSO, por ser un derecho que se haya consagrado en ella, es decir, a cualquier autoridad, dependencia, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, tribunales administrativos y fideicomisos y fondos públicos, todos ellos de los órdenes federal, estatal y

municipal cuando sea el caso, así como partidos políticos, siempre y cuando cuenten con sistemas en los que se lleve a cabo el tratamiento, que generen los formatos estructurados y comúnmente utilizados que requiere el ejercicio de este derecho.

De igual forma, la legislación mexicana en la materia se aplica sin perjuicio de las normas que tienen por objeto integrar los servicios digitales en trámites y servicios públicos y para compartir o reutilizar plataformas y sistemas de información en cuya posesión se encuentren los tres órdenes de gobierno y por supuesto es aplicable en la República Mexicana.

En cuanto a las causas de su procedencia, los Lineamientos de portabilidad establecen cinco condiciones de obligado cumplimiento, además de las características que deben revestir los datos objeto de tratamiento para que el titular pueda ejercer su derecho a la portabilidad, a saber:

1. Que el tratamiento se lleve a cabo a través de medios automatizados o electrónicos y en un formato estructurado y comúnmente utilizado.
2. Que los datos personales se encuentren en posesión del responsable o sus encargados.
3. Que los datos personales sean del titular que pretende ejercer el derecho o bien, de una persona fallecida siempre que el interés jurídico del promovente sea demostrado.
4. Que el titular haya proporcionado directamente sus datos personales al responsable y de forma activa y consciente, ya sea mediante un dispositivo tecnológico o bien, en el contexto del uso, la prestación de un servicio o la realización de un trámite.
5. Que su ejercicio no afecte los derechos y libertades de terceros.

B) España: normativa interna y de la Unión Europea

En la Unión Europea, podemos encontrar este derecho en los Reglamentos UE 2016/679 9 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO L 119 de 4.5.2016, p. 1) y 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativo a la protección de las personas físicas en lo que

respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.o 45/2001 y la Decisión n.o 1247/2002/CE, así como en España la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[1], que además prevé la existencia de este derecho en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

A diferencia del caso mexicano, la legislación europea excluye de su ámbito de aplicación a los responsables que traten datos personales en el ejercicio de sus funciones públicas por lo que no puede ejercerse si la base de la legitimación del tratamiento de los datos es la necesidad de cumplir con una obligación legal aplicable al responsable o de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable.

Los Reglamentos UE 2016/679 y 2018/1725 establecen, en su exposición de motivos, que la finalidad de garantizar este derecho es dotar de mayores capacidades de control al titular acerca de sus propios datos personales si es que el tratamiento se lleva a cabo a través de medios automatizado, que les permita reutilizarlo o bien transmitirlo a un responsable distinto, con lo que coinciden autores como Zanfir (2012:1) al señalar que su garantía reduce las dificultades que los titulares de los datos tienen para autodeterminarse.

Los Reglamentos citados limitan su ejercicio si el tratamiento de los datos personales hace referencia al cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable de tratamiento, cuestión en la que encontramos la primera gran diferencia con la legislación mexicana, pues como ya se ha dicho, en México está garantizado únicamente en la ley que protege datos personales en posesión de entes públicos y no así ante particulares responsables de tratamiento.

A su vez, tanto el Grupo de trabajo del Artículo 29 (en adelante, GT29 2017:3) como la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (2017:22), reconocen como su propósito que el titular de los datos cuente con más control acerca de los datos personales que le conciernen y su manejo responsable. En lo que consideramos, se trata de fortalecer al derecho que tiene de autodeterminación informativa, al involucrarlo directamente en la tenencia y transmisibilidad de su

[1] Su artículo 17 determina que su ejercicio se llevará a cabo de acuerdo con lo que establece el Reglamento 2016/679 de la Unión Europea.

información a otro responsable, en los términos que mejor le convengan en entornos informáticos.

En cuanto a la temporalidad para el ejercicio del derecho a la portabilidad, la AEPD (2017:24), considera que, si bien ni el Reglamento UE 2016/679 ni el GT29 establecen criterio alguno, puede considerarse en principio que el responsable debería facilitar todos los datos en su haber de acuerdo con la obligación que marque la legislación en la materia específica, que es la que determina el plazo y no la obligación de garantizar el derecho a la portabilidad o "el adecuado mantenimiento de la relación contractual con el cliente".

Resulta procedente también en los supuestos en que existiera una relación jurídica entre el responsable receptor y el titular, se dé cumplimiento a una disposición legal o a que el titular pretenda ejercer algún derecho. Además, según lo considera el GT29 (2017:9), el responsable deberá satisfacer la solicitud del titular a cabalidad, por lo que este puede inconformarse por este suceso.

A contrario sensu, se considerará que el ejercicio del derecho resulta improcedente si la información que se pretende portar es la inferida, creada o generada por el responsable del tratamiento a partir de los datos personales que ha recibido y que ha sido descrita en el apartado anterior.

Los Reglamentos UE 2016/679 y 2018/1725 establecen que, en sus dos modalidades, este será ejercido si el tratamiento de los datos se basa en el consentimiento en el caso de que el titular lo haya otorgado para el tratamiento de sus datos para uno o varios fines específicos, si el tratamiento a su vez es necesario para el cumplimiento de un contrato en el que el titular sea parte o para la aplicación de medias precontractuales o si el titular dio su consentimiento para el tratamiento de datos personales sensibles permitida por el derecho de la Unión.

El segundo supuesto es que el tratamiento se efectúe a través de medios automatizados. Así, no se establece un derecho general a la portabilidad, por lo que forzosamente deben cumplirse alguna de las dos circunstancias descritas como supuestos de procedencia, por lo que los responsables no cuentan con la obligación de ofrecer la portabilidad (GT29, 2017:10).

Kuebler-Wachendorff et al (2021, 265, 266) los identifican como sub derechos que derivan de la portabilidad. Para explicar el origen de los datos, consideran que pueden recibirse directamente de su titular; pero pueden ser observados al recopilarse por tecnología de

sensores. Los inferidos, por otra parte, comprenden los generados a partir de aquellos que se reciben y observan.

A su vez, los datos predichos hacen referencia al análisis indirecto de la realidad, resultando en pronósticos de la conducta del titular. Continúan con el segundo supuesto, acerca de la transmisión de la información mediante un formato estructurado, de uso común y de lectura mecánica, que consideran como los requisitos mínimos para facilitar la interoperabilidad de los datos, que debe plantearse para salvar los obstáculos tecnológicos en el ejercicio del derecho.

Igual que la legislación mexicana, la europea en cita prohíbe el menoscabo del derecho del titular a obtener la supresión de los datos personales y a su vez, no implica que los datos personales que ha proporcionado para la ejecución de un contrato se supriman.

A mayor abundamiento, el GT29 (2017:8) interpreta que el titular de los datos puede continuar usando los servicios del responsable después de ejercido su derecho a la portabilidad y que esta acción no propicia ni la supresión automática de la información, ni su periodo de retención y conservación original, es decir, que mientras el responsable transmisor continúe tratando los datos personales, el titular puede ejercer los derechos aparejados, incluyendo el derecho al olvido, para cuyo ejercicio no puede utilizarse como medio para impedirlo al de portabilidad.

Según De Hert et al (2018:202) esto propicia una competencia real entre proveedores de servicios y evita, a su vez, la monopolización del Internet pues los autores exploran como buena práctica el establecimiento de plataformas multinivel, superando incluso a los formatos interoperables, en el que el centro del modelo será siempre el titular de los datos personales y quienes lo operarían, serían los proveedores de servicios que a su vez son responsables del tratamiento de los datos.

En este sentido, es pertinente comentar que de acuerdo con el criterio del GT29 (2017:8), una vez que el responsable receptor tenga ya los datos personales se le consideran como facilitados por el titular de estos y pueden ser, a su vez, objeto de portabilidad siempre que cumplan con los requisitos de procedencia que ya hemos expuesto.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO A LA PORTABILIDAD

Ni la legislación ni la doctrina ofrecen un concepto exacto de este derecho, más bien describen las características que debe revestir para su ejercicio, si bien es cierto que autores como Chassang et al

(2018:298) consideran que se trata de una parte del derecho fundamental de protección de datos personales, que amplía el de acceso al mundo digital, pues aunque cuentan con profundas diferencias, toda vez que no se trata de mejorar el acceso y accesibilidad a los datos personales al empoderar a su titular sino que se espera que al mismo tiempo sea una herramienta de impulso de la economía de datos.

Abonan a esta teoría De Hert et al (2018:194, 201) al referir que este derecho es el reflejo de un valioso desarrollo y difusión que, centradas en el usuario, mejorarían su privacidad, así como la posibilidad de disfrutar lo que denominan "riqueza inmaterial" constituida por sus datos personales en el entorno de la economía de datos, por lo que la portabilidad es un elemento imprescindible para empoderarle hacia la propiedad de sus datos personales en lo que denominan escenario de fusión, esto es, que el derecho a la portabilidad deberá verse como amalgama de la diversidad de servicios digitales, convirtiéndolos así en segmentos interoperables del internet de las cosas.

Es decir, que este derecho permitiría a los usuarios de servicios digitales llevar consigo los datos que han ido acumulando de un servicio a otro que se ajuste mejor a sus necesidades (Van der Auwermeulen, 2017:59), o lo que nosotros asumimos como portar la identidad digital que se ha ido construyendo para un producto o servicio en particular y que se ve como la continuación de la personalidad física del individuo, cuestión que a la larga deberá ser regulada y que según Zanfir (2012:3) y Ursic (2018:42) es la raíz del derecho a la portabilidad al propiciar éste el libre desarrollo de la personalidad en un entorno distinto al tradicional, y cuya expresión inicial ya hemos estudiado en el capítulo anterior al referirnos a los derechos digitales garantizados en España, por ejemplo.

De esta suerte, continúa Van der Auwermeulen (2017:68), que se haya positivizado tiene como objetivo adicional, desarrollar confianza en la actividad económica que se lleva a cabo en ambientes digitales para a su vez, incentivar su desarrollo económico, además de que se propiciará la interacción de los usuarios al frenar los monopolios, lo que adicionalmente atraerá nuevos usuarios.

Así, los prestadores de servicio no tendrán otra opción que desarrollar mejores estrategias que ofrezcan una experiencia al usuario basada en la confianza en el servicio que recibe y de cómo se tratan sus datos (Datum Future, 2019:12), brindándoles oportunidades tales como diversificar y mejorar la oferta de servicios y productos.

De forma similar opina Puccinelli (2017:16), pues considera a la portabilidad de la información y, en general, de los datos personales,

como un elemento indispensable de la nueva economía digital y también del gobierno abierto toda vez que por la evolución de la tecnología propician su intercambio en formatos interoperables y, cuya consagración normativa, aunque resulta una novedad necesaria, también deja de manifiesto que falta la implementación de diversas medidas como normas técnicas, modalidades y procedimientos que permitan la garantía debida del derecho.

En los Lineamientos de portabilidad, el Sistema Nacional de Transparencia sostiene que la portabilidad por sí misma impone la obligación exigible al responsable de procesar, filtrar, seleccionar, extraer y diferenciar los datos personales que son objeto de portabilidad, por lo que la información que sea inferida, derivada, creada, generada u obtenida a partir del análisis de los datos personales recabados incluyendo aquella resultante de los procesos de personalización, recomendación, categorización, creación de perfiles o procedimientos similares, así como los pseudónimos siempre que no identifiquen directamente o vuelvan identificable al titular, así como los datos disociados, no serán objeto del ejercicio de este derecho.

Otros datos excluidos de transmisión a causa del ejercicio de este derecho son los protegidos por la propiedad intelectual y los secretos comerciales, que si bien es cierto se encuentran protegidos, ante una solicitud deberán negarse, pero no los que efectivamente correspondan a quien pretende ejercer su derecho a la portabilidad (GT29, 2017:14).

Por ello, se considera que la portabilidad supone un alto "nivel de abstracción de cualquier formato interno o propietario. Como tal, la portabilidad de los datos supone un estrato adicional del tratamiento de los datos por parte del tratamiento, con el fin de extraer los datos de la plataforma y filtrar los datos personales que no estén incluidos en el ámbito de la portabilidad, tales como datos inferidos o datos relacionados con la seguridad de los sistemas." (GT29:20)

En este supuesto, es decir, de los datos procedentes de la aplicación de técnicas de *know how* del responsable (AEPD, 2017:23)[2], se entiende que quedan excluidos los que así hayan sido obtenidos, sin que puedan excluirse del ejercicio del derecho los proporcionados directamente por el titular o aquellos que resulten derivados directamente del desarrollo del servicio, o sea, los que surjan como consecuencia de

[2] Sostiene la misma opinión Quinn (2018:9) aunque también cree que ese tipo de datos podrían ser de especial interés para cuestiones sanitarias o de investigación científica, ya que puede implicar el descubrimiento de correlaciones y relaciones que serían de inmenso interés.

esta causa, pero no así los que sean producidos intencionalmente por el responsable mediante las técnicas referidas. Sin embargo, la información inferida deberá ser otorgada mediante el ejercicio del derecho de acceso, aunque no del de portabilidad (Datum Future, 2019:4).

Lo anterior se entiende toda vez que, en su definición, el derecho únicamente ampara aquella información que fue proporcionada directamente por su titular, y a la que hacemos referencia en este apartado, en fruto del ejercicio profesional del responsable. En este sentido, los Lineamientos de portabilidad imponen la obligación al responsable de analizar de la forma más amplia los datos personales que han de ser entregados al titular, teniendo como únicas excepciones las descritas en este apartado, debiendo entregar, por lo tanto, la mayor cantidad de metadatos generados y obtenidos a partir del tratamiento de los datos personales proporcionados directamente por el titular.

A este respecto, en las conclusiones de su estudio, Kuebler-Wachendorff *et al* (2021:270), consideran que sería ampliamente beneficioso aumentar el alcance de los datos que pueden ser portados, incluyendo los inferidos, pues ayudaría a empoderar al titular de los datos y solicitar nuevos servicios o bien personalizarlos. En este mismo sentido, Chassang *et al* (2018:298) explican que lo conveniente será analizar los casos de forma individual, para diferenciar desde el principio cuáles son los datos susceptibles para portar. En nuestra opinión deberían implementarse estrategias de privacidad por diseño y defecto para facilitar la tarea.

Otro de los elementos es el derecho que tiene el titular de, si así lo desea, transmitir sus datos a otro responsable de tratamiento, a través del primer responsable o bien, a obtenerlos y luego que el propio titular realice tal acción. De acuerdo con el GT29 (2017:5), este resulta crucial pues, además de coadyuvar con su capacitación y participación lo que evitará la retención, el derecho que nos ocupa se formuló con el objetivo de innovar para llevar a cabo intercambios de datos de forma segura y eficiente que permitiera el enriquecimiento de los servicios y experiencias de los titulares que son sus consumidores.

No obstante, autores como Florez y Blind (2020:2) y Lam y Liu (2020:2) piensan que este derecho tendrá efectos ulteriores a los descritos, por ejemplo, el de obligar a las plataformas a implementar soluciones técnicas para el ejercicio del derecho que podría además de generar competencia, el riesgo de que el titular de los datos abandone la plataforma y de que se vuelva confiable para el usuario, tanto el servicio como su proveedor, tal cual afirma Van der Auwermeulen, (2017:60).

Sin embargo, esto no debería verse como un peligro sino como la oportunidad de innovar y solucionar los problemas inherentes con la finalidad de mejorar sus productos y servicios y a la vez incrementar su prestigio y presencia en el mercado, por lo que los servicios y proveedores más transparentes en el tratamiento de los datos deberían ser los elegidos por usuarios cada día más informados y que ejercen su autodeterminación informativa (Van der Auwermeulen, 2017:60).

Abonan lo anterior las afirmaciones de Datum Future (2019:2), que cree que los conceptos de control y propiedad de los datos personales no serán del todo comprendidos ni significantes para sus titulares hasta que estos puedan portarlos de manera segura y ágil, siendo el ánimo de la garantía de este derecho brindarle mayor control sobre su información personal, promoviendo de forma indirecta la interoperabilidad y evitando los monopolios de datos y mercados de datos.

Quinn (2018:6), a su vez, considera trascendental para el ejercicio del derecho dos elementos. El primero, que exista el derecho a recibir información en un formato legible por máquina y el segundo, que se otorgue el derecho al titular de los datos para solicitar su transferencia directa a un responsable distinto de con quien mantiene la relación originaria, siendo esta opción la que cree conveniente pues es el responsable quien podría encontrarse más preparado para llevar a cabo la transferencia.

La AEPD (2017:22) considera que la portabilidad de datos es un complemento del derecho de acceso y que este actuaría como límite máximo al que puede referirse el primero, toda vez que mientras el de acceso se refiere a la totalidad de los datos objeto de tratamiento sin importar la legitimación de esta acción, el de portabilidad únicamente encuentra cabida mediante el consentimiento o la relación contractual y ahí es donde se encuentra la limitación del espectro de datos que pueden ser objeto de portabilidad.

Chassang et al (2018:298), lo concibe como un derecho que puede desarrollar de forma vertical u horizontal, dependiendo de cómo lo ejerza el titular. Es decir que, si solicita que sus datos se transmitan de responsable a un segundo responsable, elegido por sí, nos encontramos ante la portabilidad horizontal. Si, por el contrario, solicita que la información le sea entregada, será portabilidad vertical.

Como resulta notorio, el criterio de los autores toma como fundamento a los responsables del tratamiento de los datos, pues en el primero de los casos los equipara en ese nivel de control que ejercen sobre la información, por lo que considera que se encuentran en una relación equitativa de poder con respecto al tratamiento de la infor-

mación. En cambio, la relación vertical en el esquema nos da cuenta de cuánto se empodera el titular de los datos al recibir, en el formato ya descrito, su información personal, para transmitirla o reutilizarla de acuerdo con sus necesidades.

Consecuencia de estos estudios, los teóricos identifican distintos tipos de portabilidad. Por ejemplo, Datum Future (2019:5) da cuenta de una portabilidad bilateral, en la que los datos se comunican directamente de un responsable a otro. La segunda, denominada multilateral, en la que los titulares de los datos pueden portarlos a varios intermediarios o servicios similares que fueron creados específicamente para facilitar, en nombre del usuario, su transferencia a otros responsables que ofrecen servicios similares, que pueden ser consolidados o combinados.

Por otra parte, De Hert et al (2018:197) consideran que el derecho a la portabilidad se compone a su vez, de tres derechos: el primero, el que tiene el titular de los datos de recibir sin obstáculos sus datos personales; el segundo, a transmitirlos a otro responsable del tratamiento; y, finalmente, el que tiene a que sus datos se transmitan directamente entre controladores, es decir, sin mediar su intervención, siempre que sea técnicamente realizable.

De esta suerte, y como consecuencia de que las empresas y plataformas se vuelven cada vez más poderosos por el crecimiento de lo que Kuebler-Wachendorff et al (2021:265) llaman silos de datos, es que se reconoce este derecho para fortalecer la soberanía de los titulares de los datos, además de habilitar la interoperabilidad entre los servicios que se ofrecen en línea y que ellos, en ejercicio de su autodeterminación informativa, participen en la economía de datos al decidir en qué condiciones proporciona su información personal, De ahí que se establezca este derecho como fundamental en el Reglamento UE 2016/679.

IV. ANÁLISIS DE LOS MEDIOS PARA EJERCER EL DERECHO A LA PORTABILIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO MEXICANO

El titular puede ejercer su derecho a la portabilidad, identificado por ambas legislaciones como la potestad para recuperar los datos personales que le incumban y que haya proporcionado a un responsable en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica y a transmitirlo a otro responsable sin que el primero de ellos lo impida (Comisión Europea, 2017:1).

En este tema, la AEPD (2017:22) considera que, en efecto, quien puede ejercitar el derecho es el titular del producto o servicio contratado, es decir, el titular de los datos que al contratar ha autorizado el tratamiento, pero no los terceros o los sujetos autorizados que se encuentren relacionados con el servicio, cuestión que cabe distinguir de que el titular ejerza su derecho a través de un representante legal, que no debe confundirse con la figura descrita.

Por lo anterior, Zanfir (2012:3) consideró que, si bien el objetivo principal del derecho a la portabilidad es el libre desarrollo de la personalidad, el medio para lograrlo es a través de procesos técnicos directamente relacionados con la protección de los datos personales que, al mismo tiempo, garantice que los responsables del tratamiento compitan equitativamente entre sí.

El Sistema Nacional de Transparencia mexicano identifica como principales diferencias: (i) el medio en que se encuentran soportados los datos, pues en el caso del derecho de acceso pueden estarlo en cualquiera, pero para el ejercicio de la portabilidad se requiere que lo sean en medios electrónicos o automatizados; (ii) la legitimación del tratamiento, en el primer caso se ejerce independientemente de esta circunstancia, pero la portabilidad se acota al consentimiento o a una relación contractual.

En cuanto a la forma, muy relacionada con la anterior, el titular obtiene acceso independientemente de esta circunstancia, pero solo pueden ser objeto de portabilidad los datos que haya proporcionado directamente así como los metadatos asociados, cuestión que creemos limita bastante el ejercicio del derecho, contrario a lo que la doctrina y autoridades de control europeas consideran al brindar el beneficio de la interpretación más amplia a esta cuestión y que será explicada a detalle en apartados posteriores.

Por último, la modalidad en que el derecho puede ser ejercido y la forma en que los datos serán reproducidos para entregarlos, en el ejercicio del derecho de acceso no encuentra limitación, pero en el de portabilidad necesariamente hablamos de un formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado que implique la reutilización o aprovechamiento de los datos.

Este último punto se encuentra relacionado con lo que implica el ejercicio del derecho. En el caso del derecho de acceso, no necesariamente tendrá como finalidad transferir la información obtenida, los que autores como Chassang *et al* (2018:300) consideran que, aunque el ejercicio de ese derecho no implica este tipo de acciones, no se encuentran limitadas más que por las limitaciones que la legislación

establezca, mientras que el de portabilidad tiene como característica intrínseca su retransmisión y reaprovechamiento de forma vertical y horizontal y para las finalidades que ya han sido explicadas, encontrando ambos además de otras causas, límites en su ejercicio en el respeto a los derechos y libertades de terceros.

Quinn (2018:16) reconoce importantes diferencias y limitaciones a este derecho. En el primer caso, se diferencia del de acceso porque en contraste con este además de proporcionar información inteligible esta deberá ser suministrada en un formato interoperable, más no compatible por las dificultades que ello implica, así como de los datos que pueden ser objeto del derecho y las bases jurídicas que legitiman su ejercicio, o su ámbito de validez territorial.

Van der Auwermeulen (2017:60), por su parte, realiza importantes acotaciones acerca de las desventajas que supone su positivización y garantía, entre las que menciona que sería perjudicial para la privacidad dado el poco control que pueden ejercer los usuarios sobre sus datos como consecuencia de la opacidad reinante en el proceso de portabilidad y su desconocimiento acerca del ejercicio de su derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales, exponiéndolo a peligros tales como el fraude de identidad. Además, considera al riesgo de violentar la propiedad intelectual toda vez que, como otros autores que ya hemos citado, considera que no se ha identificado en la legislación, de forma precisa, qué información está sujeta a la portabilidad de la que no, teniendo un mayor problema aquellas compañías cuyos servicios se basan enteramente, o en su mayoría, en el tratamiento de datos personales.

Datum Future (2019:5) identifica a su vez algunas barreras para su ejercicio, tales como que no existe una obligación clara de recibir datos mediante estos mecanismos, lo que podría generarles importantes gastos para implementar la tecnología que les permita leer la información portada; también que los usuarios se resistan al ejercicio de su derecho sobre todo por ignorancia, idea en la que coincide con Van der Auwermeulen (2017) y Zanfir (2012:2) que destacan lo importante que es la confianza en el proveedor de servicios y en los que ofrece, así como la transparencia con la que trata los datos personales.

Para consolidar este derecho, que de entrada autores como Ursic (2018:42) consideran endeble desde su origen legal, se propone que se ejerza de cuatro formas: estableciendo control sobre las transferencias de datos personales; permitiendo el uso y reutilización de los datos personales; permitiendo un mejor entendimiento de los flujos de datos; y, finalmente, que se facilite la equidad y se fomente el libre

desarrollo de la personalidad, incrementando el ejercicio del derecho a la transparencia en el tratamiento de los datos, como elemento complementario.

A mayor abundamiento, Lynskey (2020:506) identifica el fortalecimiento de los protocolos de seguridad de los datos personales como el mayor de los desafíos para garantizar el ejercicio de este derecho; habilitando, por ejemplo, controladores programados para identificar dudas razonables de la identidad de quien quiera ejercer el derecho, con el objetivo de confirmarla. Además, considera importante la realización de una evaluación de impacto en la que deberían preverse estas áreas de oportunidad.

Quinn (2018:10) hace un análisis interesantísimo respecto a las limitaciones del ejercicio de este derecho por la propia naturaleza con que fue concebido, por lo que, para conseguir información de interés para ser partícipe de un proyecto de investigación distinto, por ejemplo, podría ser imposible bajo el supuesto de la portabilidad, por más que quisiéramos acogernos a los beneficios del manejo de la información que implica esta figura.

Lo mismo sucedería con los datos de un paciente tratados para fines de medicina preventiva o del trabajo, pues recordemos que de acuerdo con el Reglamento UE 2016/679, difiere del simple consentimiento de su titular, que se considera así para no pedir el consentimiento de los titulares de continuo y que les beneficia al ver garantizado su derecho a la protección de la salud.

Deberán tener en cuenta siempre la clasificación de los datos de que se traten y efectuando las mejores prácticas para garantizar la seguridad pero también para la agilización del ejercicio del derecho, lo que para los responsables del tratamiento incluye la implementación de incentivos, la regulación específica en la materia e incluso, la educación a la población para el mejor aprovechamiento y garantía de este derecho, por lo que, en consecuencia, incentivaría la autodeterminación informativa del titular de los datos, facilitando su transferencia y promoviendo la innovación basada en los datos.

Sánchez-Caro y Abellán (2016:11) señalan que cuando el médico acepta atender a un paciente, adquiere el compromiso de asegurar la continuidad de sus servicios con la excepción de que este pierda la confianza en su labor. Si la situación se presentara, deberá comentarlo con el paciente o sus familiares y hacer lo posible por favorecer que un colega continúe con la atención, al que le transmitirá la información necesaria para tal efecto, con el consentimiento de quien deba otorgarlo, según sea el caso particular.

Para lograrlo, existen soluciones tecnológicas que hacen posible la interoperabilidad, entendida como la transmisión de datos entre sistemas de información heterogéneos, de la que uno de sus aspectos es la interoperabilidad semántica.

Uno de los pasos imprescindibles para alcanzarla es definir, por acuerdo, el conjunto de datos que, por su relevancia, deben estar contenidos en los diferentes informes clínicos que describen los procesos de atención sanitaria realizados a ciudadanos concretos en cualquier centro o servicio del Sistema Nacional de Salud. Esta homogeneidad es uno de los elementos de normalización que facilitan el intercambio entre sistemas diferentes al servicio de los ciudadanos.

Además de la contribución que supone la normalización de los contenidos de cara a hacer posible la interoperabilidad entre sistemas de información distintos, la instauración de modelos básicos, contrastados por expertos, como instrumento para recoger y presentar la información clínica de manera estandarizada, permite garantizar una homogeneidad en los contenidos de los documentos clínicos en el sistema sanitario público que facilita su comprensión y la más rápida localización de la información, tanto a los pacientes como a los profesionales sanitarios, con independencia del territorio donde deban ser atendidos o donde se haya generado la información, dando de esta forma cumplimiento al mandato de la Ley General de Salud (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 07 de febrero de 1984), de que el Sistema Nacional de Salud cuente con cohesión y calidad.

Existen soluciones tecnológicas que hacen posible la interoperabilidad, entendida como la transmisión de datos entre sistemas de información heterogéneos, de la que uno de sus aspectos es la interoperabilidad semántica.

También deberá garantizar si fuera posible la interoperabilidad del formato en que se entreguen los datos personales para que estos puedan ser utilizados o comunicados de forma uniforme y eficiente, procurando que sus sistemas y servicios mantengan la capacidad de interoperar con otros, como cualidad que deberá preverse desde su diseño y para su ciclo de vida, de manera que el intercambio de información exista independientemente del lenguaje de programación o plataforma en la que se desarrolle.

La interoperabilidad, menciona Engels (2016:4), no debe confundirse con la portabilidad, pues la primera va más allá de la segunda, al ser su objetivo la interconexión de los usuarios independientemente de la plataforma que utilicen, pero la segunda, implica tomar los

propios datos y enviarlos a una plataforma distinta para no comenzar con el perfil de usuario desde una etapa inicial.

Así, Indarte (2012:317), considera a la interoperabilidad como una de las características esenciales de los sistemas de información en salud, ya que permite "la comunicación transversal y longitudinal a lo largo de la estructura de los servicios de salud, garantizando la confidencialidad y la integridad de la información intercambiada y su acceso oportuno" lo que a su vez asume como un desafío que de ser superado, permitiría "una gestión efectiva, eficiente y eficaz centrada en los ciudadanos". Tal es su importancia que, continúa la autora, este concepto no debe analizarse solo desde el punto de vista informático, sino también del de salud en el que se ven involucrados principalmente tanto los profesionales de la salud como las autoridades que la regulan ya que, si se hace de forma correcta, se evitaría perder información valiosa acerca del estado de salud de los usuarios y a su vez, hacer menor cualquier riesgo potencial para ellos al impedir que el profesional de la salud tome decisiones basadas en información incompleta o parcial (2012, 318).

Por lo que hace a las condiciones técnicas, ya Lueders (2004:9) recomendaba como criterio indispensable que el software a adquirir o desarrollar debía ser uno mediante el que se garantizara la compatibilidad con estándares abiertos, concepto que hace referencia, según el mismo autor, al "conjunto de reglas y especificaciones que describen colectivamente el diseño o las características de funcionamiento de un programa o dispositivo, siendo publicado y puesto a disposición de la comunidad técnica de forma gratuita", en contraste al código fuente abierto que se entiende como "un programa en el cual el código fuente está disponible para el uso del público en general y/o para la modificación de su forma de diseño original", por lo que, al no ser un estándar abierto si bien puede interoperar, no quiere decir que tenga implementados los mismos estándares que otros programas de código abierto.

Engels (2016:4) asevera que el responsable debe observar, previo a la transmisión de los datos, que tanto el recién mencionado como el receptor han adoptado las herramientas indispensables para enlazarse y comunicarse eficientemente, así como las medidas de seguridad necesarias, los mecanismos de autenticación de exclusivo uso para este fin, los relativos al control para evidenciar el envío, recepción e integridad de los datos personales así como que las plataformas electrónicas o sistemas utilizadas para portar datos, que además de que envíen y reciban datos en formatos estructurados y comúnmen-

te utilizados, emitan un registro de cualquier operación realizada al respecto, incluyendo los relativos a los momentos en que se llevan a cabo, así como a los sujetos que en ellos intervienen.

Particularmente, el GT29 (2017:15), indica que deberá garantizarse que distinguen el derecho de portabilidad de otros, cumpliendo con el principio de información, como deben hacerlo también con otros principios de protección de datos y con otros derechos relacionados. Considera también como una buena práctica incluir información acerca del ejercicio de este derecho previamente a cesar la relación jurídica con el titular, ofreciéndole así la posibilidad de evaluar los datos existentes para determinar su destino. Igualmente recomienda a los responsables receptores brindar la relativa a qué datos son susceptibles de ser portados, lo que también coadyuva a afianzar la autodeterminación informativa en los titulares de los datos al limitar los riesgos para terceros y colaborar en su exactitud y calidad.

Zanfir (2012:4) propone analizar la importancia de la computación en la nube como medio para garantizar la portabilidad de datos pues contrario a lo que se supone, no aminorará la privacidad ni la protección de los datos, sino que se incentivaría la implementación de mejores y adicionales medidas de seguridad y en consecuencia se fortalecería la autodeterminación informativa al facilitar y robustecer el acceso y control que sobre sus datos tienen sus titulares, además de ser necesario el trabajo legislativo correspondiente con lo cual, según la autora, incluso volverá visible la importancia que tiene el derecho de protección de datos personales.

Por su parte, Ursic (2018:50) considera que se utilizan estos términos sin definir con el propósito de que la legislación permanezca tecnológicamente neutral, independiente de la tecnología que se utilice para dar cumplimiento a este mandato legal. Sin embargo, añade, puede convertirse en un obstáculo para la correcta transferencia de la información al no establecerse las condiciones y requisitos mínimos necesarios para llevar la tarea a cabo.

Es más, la interoperabilidad será el elemento clave para la implementación de la portabilidad, pues a su vez propiciará la ejecución de nuevos servicios desarrollados en beneficio de los consumidores y, en consecuencia, nuevas oportunidades de mercado y ventajas competitivas podrán ser alcanzada por los prestadores de servicios digitales (Datum Future, 2019:6; De Hert et al, 2018:194; Wang & Shah, 2017:20).

En ese sentido se pronuncia el GT29 (2017:18), pues contempla que los casos han de evaluarse individualmente para saber si se cuenta

con los medios que hagan viable la portabilidad de datos, es decir, que en un principio será un formato interoperable, si bien es cierto que el receptor no se encuentra obligado a aceptarlo ya que pueden existir diferencias técnicas, en cuyo caso se expondrá al titular esta dificultad, lo que se considerará como una negativa a atender la solicitud.

Así, antes de externarla, los responsables deben valorar opciones para garantizar el derecho, tales como la transmisión directa del conjunto de datos, hacerlo en partes o bien, mediante una herramienta automatizada que permita elegir los datos que resulten pertinentes. (GT29, 2017:18).

A su vez, los responsables pueden ofrecer mecanismos tales como la descarga directa de los datos o bien, la transmisión a otro responsable mediante una interfaz de programación de aplicaciones, el uso de un almacén de datos personales, contar con un tercero de confianza para su custodia, almacenamiento o concesión de permiso para su aprovechamiento por otro responsable y para procurar su transferencia, según sugiere la Comisión Europea (2017:1).

No obstante, los requisitos que la norma europea impone, lo cierto es que no establece condiciones específicas acerca del formato en que los datos deben transmitirse, por lo que diferirá dependiendo del sector que se trate, pero deberá procurarse que mediante ellos se procure la garantía del derecho a la portabilidad, por lo que deberán ser de lectura fácil pero no necesariamente compatibles, pero si interoperables pues esta es la obligación contenida.

Autores como Quinn (2018:7) consideran que algunos límites al concepto de "legibilidad de la máquina" deben ser considerados en la garantía de este derecho, siendo más bien cautos en su interpretación, pues según expone, no se impone la obligación al responsable de garantizar que los datos sean compatibles con todos los fines imaginables, lo que cree, podría ser un "elemento disuasorio para el procesamiento de datos en general" y que debe contemplarse más bien, como una responsabilidad compartida.

De no existir, el GT29 recomienda intercambiarlos en "formatos abiertos de uso común junto con metadatos útiles con el mejor nivel posible de granularidad, al tiempo que mantienen un alto grado de abstracción" (2017:20), sin que ello suponga la revelación de secretos industriales o información protegida por la norma de propiedad intelectual, por ejemplo, y tampoco resultaría adecuado utilizar formatos como el PDF.

También deberá ser cuidadoso en valorar en qué grado el formato utilizado dificultará la reutilización de esos datos al titular, explican-

do en todo caso las causas y conveniencia de lo decidido. Sin embargo, precisa que el procesamiento de metadatos adicionales no supone una justificación legítima solo para garantizar la portabilidad de los datos a futuro, alentando aun así la cooperación entre los miembros de diversos sectores para establecer normas y formatos interoperables ajustados a sus necesidades y a los requisitos de garantía de este derecho.

De esta suerte, y siendo la portabilidad en opinión del GT29 (2017:20) un tratamiento adicional y complementario al declarado inicialmente toda vez que no se lleva a cabo para lograr fines distintos a los señalados, esto debería incitar a los responsables a mantener de forma permanente los datos exactos y actualizados, para facilitar esta tarea.

Indarte (2012:327) propone que, para lograrla, deberían atenderse a los presupuestos mínimos tales como la normalización del registro de usuarios, la identificación de las instituciones prestadoras de servicios de salud, así como el conjunto de actos médicos, fármacos y servicios que se brindan a los usuarios y que se realizan en el sistema, usando codificaciones internacionales para facilitar la tarea, además del establecimiento de los estándares necesarios para que los sistemas se comuniquen.

En el tema que nos atañe, este trabajo debería ser realizado por profesionales sanitarios en conjunto con aquellos que lo sean en la gestión de datos e información, entendiendo que, si se las características se logran, se beneficia directamente el titular de los datos en tanto le ofrecen un servicio de calidad y al mismo tiempo, le garantizan su derecho de protección de datos personales en sus diversas vertientes (Marco y Salvador, 2017: 2, 29 y 37).

V. CONCLUSIONES

El objetivo de reconocer la portabilidad, como otro derecho del espectro de la protección de datos, no es otro que el de reforzar la autodeterminación del titular de los datos, respecto de que quiere hacer con éstos.

El derecho a la portabilidad de datos puede representar una verdadera innovación para la garantía de otro derecho, así como del empoderamiento del titular de los datos, siempre y cuando se le dote de contenido, sobre todo tratándose del técnico indispensable para que se cumpla el objeto de su positivización.

La portabilidad es un derecho distinto al de acceso de los datos personales y para que el titular pueda ejercer su derecho con la mínima participación del responsable, este debería cumplir con los principios del tratamiento para que los datos se encuentren exactos, pertinentes y actualizados en todo momento, lo que a su vez quitará cargas innecesarias al responsable que retrasen la transmisión de los datos.

Otra diferencia importante entre los derechos de portabilidad y acceso, que ayuda a definir al primero, es que este únicamente nos permite conocer los datos que se proporcionaron al inicio de la relación jurídica y su objetivo además será el de proporcionarlos a otro responsable directamente o a través del titular de los datos como intermediario, para brindar un servicio similar.

Aunque los datos inferidos también son identificados como datos personales, toda vez que son productos del análisis llevado a cabo por los responsables por el que se descubrirán otros que incluso pueden llegar a ser sensibles pues darán cuenta de características de las personas tales como conductas, costumbres o el estado de salud, por concepto y determinación legal, éstos no pueden ser compartidos fundamentalmente por cuestiones económicas y de competencia, lo que evidencia que en el campo sanitario, el ejercicio del derecho de portabilidad de datos puede representar una carga para el titular de los datos en vez de una herramienta que le permita acceder a los servicios de salud de forma pronta y eficiente.

Dada la complejidad del Sistema Nacional de Salud mexicano, se aprecia la ventaja de contar con un esquema de interoperabilidad que facilite el flujo de información entre sus diversos actores.

La interoperabilidad, como característica también resulta fundamental si en México finalmente se implementara un expediente clínico electrónico único, siguiendo el ejemplo español y de otros países de la Unión Europea o de Latinoamérica incluso, ya que permitiría el acceso a ese archivo único a nombre del titular de los datos, en el que podrían reflejarse las diversas opiniones que emitan los profesionales de la salud en el área de su especialidad acerca de su estado de salud.

El responsable del tratamiento, sin importar si es un ente público o privado, debería procurar la modernización de sus sistemas para que paulatinamente los datos se traten en formatos interoperables comunes y estructurados de forma que, además de concebirlos privados por diseño y por defecto, también sean portables desde su origen, lo que sin duda beneficiaría a los usuarios de los servicios de salud pues, entre otras ventajas, verían agilizada su atención por no tener que estar sometidos a los tiempos de respuesta que marca la legislación.

Al mismo tiempo, la medida descrita coadyuvaría como un mecanismo de auditoría o rendición de cuentas al trabajo de los profesionales de la salud y que, sin tener motivo de incentivar la medicina defensiva, sí lo sería de procurar elaborar con pulcritud y apego a la legislación vigente un instrumento tan importante como lo es el expediente clínico.

A su vez, esta acción estimularía el ejercicio y garantía de otros derechos asociados como es el de acceso a la protección de la salud, al proveer de los medios para tener una atención oportuna y de calidad, así como a las opiniones de tantos facultativos como se considere conveniente, así como de otros que tienen estrecha relación tal como el de protección de datos personales al ser capaces de recibir información exacta y oportuna, de que los registros se conserven con la confidencialidad necesaria que a su vez se enlaza con el deber de secreto profesional, cuya violación puede derivar en responsabilidades de orden administrativo, civil o penal.

Igualmente, deben establecerse medidas de seguridad suficientes que permitan el acceso seguro tanto del médico como del paciente, lo que sin duda sí coadyuvaría a cumplir el objetivo planteado para la positivización del derecho a la portabilidad, es decir, empoderar al titular de los datos al tener verdadero control acerca del conocimiento de su estado de salud y de quién puede acceder a esa información, estableciendo para ello los controles suficientes que permitan saber quiénes y bajo qué circunstancias han tenido acceso a esos datos.

Finalmente, consideramos que debe trabajarse en estándares específicos para el sector salud, para que la portabilidad pueda ser integrada por diseño ya que los lineamientos fueron redactados de forma tan abierta que no responden a las necesidades particulares de los sectores a los que pertenecen los responsables del tratamiento de los datos personales.

VI. FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos.* Madrid: Sistema.

CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP. (2017). *Comments by the Centre for Information Policy Leadership on the Article 29 Data Protection Working Party's "Guidelines on the right to data portability" adopted on 13 December 2016.* Obtenido de https://www.

informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_comments_on_wp29_data_portability_guidelines_15_february_2017.pdf

Chassang, G., Southerington, T., Tzortzatou, O., Boeckhout, M., & Slockenberga, S. (2018). Data portability in health research and biobanking: legal benchmarks for appropriate implementation. *European Data Protection Law Review, 4*, 296-307.

Data Portability Project P. (s.f.). Recuperado el 2021, de Data Portability Project: http://dataportability.org/

Datum Future. (julio de 2019). *Data portability: what is at stake?* Obtenido de Datum Future: https://www.datumfuture.org/wp-content/uploads/2019/07/Datum-Future-Data-Portability-July-2019.pdf

De Hert, P., Papakonstantinou, V., Malgieri, G., Beslay, L., & Sánchez, I. (2018). The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services. *Computer Law & Security Review*, 193-203. doi:https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.10.003

Egan, E. (2019). *Data portability and privacy.* Facebook.

Engels, B. (11 de junio de 2016). Data portability among online platforms. *Internet Policy Review, 5*(2). doi:10.14763/2016.2.408

European Banking Federation. (2017). *European Banking Federation's comments to the Working Party 29 guidelines on the right to data portability.* Bruselas. Obtenido de https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2017/04/EBF_025448E-EBF-Comments-to-the-WP-29-Guidelines_Right-of-data-portabi.._.pdf

Flórez Ramos, E., & Blind, K. (2020). Data portability effects on data-driven innovation of online platforms: Analyzing Spotify. *Telecommunications Policy, 44*(9). doi:https://doi.org/10.1016/j.telpol.2020.102026.

Gans, J. (junio de 2018). *Enhancing Competition with Data and Identity Portability. Policy proposal.* Brookings.

Indarte, S. (2012). Interoperabilidad. En J. Carnicero, & A. Fernández, *Manual de salud electrónica para directivos de servicios y sistemas de salud* (págs. 317-330). Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL, Sociedad Española de Informática de la Salud, Alianza para la sociedad de la información en América LAtina y el Caribe.

Indarte, S., & Pazos Gutiérrez, P. (2011). *Estándares e interoperabilidad en salud electrónica: requisitos para una gestión sanitaria*

efectiva y eficiente. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

HOYOS CASTAÑEDA, I. M. (2017). Los derechos humanos en una época de crisis. En J. Saldaña Serrano, *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*. (págs. 133-154). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

KRÄMER, J., & STÜDLEIN, N. (2019). Data portability, data disclosure and data-induced switching costs: Some unintended consequences of the General Data Protection Regulation. *Economics Letters, 181*, 99-103. doi:https://doi.org/10.1016/j.econlet.2019.05.015

KUEBLER-WACHENDORFF, S., LUZSA, R., KRANZ, J., MAGER, S., SYRMOUDIS, E., MAYR, S., & GROSSKLAGS, J. (2021). The Right to Data Portability: conception, status quo, and future directions. *Informatik Spektrum, 44*, 264-272. doi:https://doi.org/10.1007/s00287-021-01372-w

LYNSKEY, O. (2020). Article 20 Right to data portability. En C. Kuner, L. Bygrave, & C. Docksey, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*. (págs. 497-507). Oxford University Press.

MACGILLIVRAY, A., & SHAMBAUGH, J. (30 de septiembre de 2016). *Exploring data portability*. Obtenido de The White Huse (President Barack Obama): https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2016/09/30/exploring-data-portability

MARCO CUENCA, G., & SALVADOR OLIVÁN, J. (2017). Representación del conocimiento en historia clínica electrónica: el caso de la Historia Clínica Digital del Sistema Nacional de Salud de España. Scire, 25-38.

PÉREZ LUÑO, A. (2012). Bioética e intimidad, la tutela de los datos personales biomédicos. En A. Marcos del Cano, *Bioética y derechos humanos* (págs. 77-104). UNED.

PUCCINELLI, O. (22 de enero de 2017). El derecho a la portabilidad de los datos personales. Orígenes, sentido y alcances. *Pensamiento constitucional, 22*. Obtenido de https://2019.vlex.com/#vid/derecho-portabilidad-datos-personales-736214789

QUINN, P. (2018). Is the GDPR and Its Right to Data Portability a Major Enabler of Citizen Science? *Global Jurist, 18*(2), 20180021. doi: https://doi.org/10.1515/gj-2018-0021

SWIRE, P., & LAGOS, Y. (31 de mayo de 2013). Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review. Ohio State Public Law Working Paper*. doi:http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2159157

TURNER, S., GALINDO QUINTERO, J., TURNER, S., LIS, J., & TANCZER, L. (2020). The exercisability of the right to data portability in the emerging Internet of Things (IoT) enviroment. *New Media & Society*, 1-21.

URSIC, H. (2018). Unfolding the Newborn Right to Data Portability: Four Gatewaus to Data Subject Control. *Scripted*, 42-69. doi:10.2966/scrip.150118.42

VAN DER AUWERMEULEN, B. (2017). How to attribute the right to data portability in Europe: A comparative analysis of legislations. *ScienceDirect, 33*, 57-72. doi:http://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2016.11.012

WANG, Y., & SHAH, A. (2017). *Supponting Data Portability in the Cloud Under the GDPR.* Carnegie Mellon University.

WYNNE LAM, W., & LIU, X. (2020). Does data portability facilitate entry? *International Journal of Industrial Organization, 69*, 102564. doi:https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2019.102564

ZANFIR, G. (2012). The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. *International Data Privacy Law*, 1-14. doi:10.1093/idpl/ips009

Legislación y su interpretación

CONSEJO, P. E. (16 de febrero de 2011). REGLAMENTO (UE) No 182/2011 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de febrero de 2011 por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competen. *Diario Oficial de la Unión Europea*. Recuperado el 04 de octubre de 2021, de https://www.boe.es/doue/2011/055/L00013-00020.pdf

CONSEJO, P. E. (23 de octubre de 2018). REGLAMENTO (UE) 2018/1725 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2018 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la. *libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.o 45/2001 y la Decisión n.o 1247/2002/CE Diario Oficial de la Unión*

Europea. Recuperado el 04 de octubre de 2021, de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1725&from=fr

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. (09 de agosto de 2019). *Diario Oficial de la Federación*. México. Obtenido de https://tinyurl.com/y5tf5qc9

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. (2014). *Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización*. Bruselas: Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. (2017). *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de datos*. Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29.

INAI. (19 de diciembre de 2017). Lineamientos generales de protección de datos personales para el sector público. *Diario Oficial de la Federación*. Obtenido de http://inicio.inai.org.mx/AcuerdosDelPleno/ACT-PUB-19-12-2017.10.pdf

INTERÉS LEGÍTIMO, PORTABILIDAD Y BLANQUEO, Informe 0195/2017 (Agencia Española de Protección de Datos 27 de julio de 2017).

LEY GENERAL DE SALUD. (2018). Diario Oficial de la Federación. México. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_241218.pdf

LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE PARTICULARES. (05 de julio de 2010). *Diario Oficial de la Federación*. México. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf

LEY GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE SUJETOS OBLIGADOS. (2017 de enero de 2017). *Diario Oficial de la Federación*. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf

PERSONAL DATA PROTECTION COMMISION OF SINGAPORE. (2020). *Response to feedback on the public consultation on proposed data portability and data innovation provisions*.

SISTEMA NACIONAL DE TRANSPARENCIA, A. a. (12 de febrero de 2018). Acuerdo mediante el cual se aprueban los Lineamientos que establecen los parámetros, modalidades y procedimientos para la portabilidad de datos personales. *Diario Oficial de la Federación*. México. Obtenido de https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5512847&fecha=12/02/2018

Sitios web

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. (16 de diciembre de 2018). *¿Qué es el derecho a la portabilidad?* Obtenido de Agencia Española de Protección de Datos: https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/que-es-el-derecho-la-portabilidad

CDC. (14 de semptiembre de 2018). *Health Insurance Portability and Accountability Act od 1996 (HIPPA)*. Obtenido de Centers for Disease Control and Prevention: https://www.cdc.gov/phlp/publications/topic/hipaa.html

CÉSAR MANUEL VALLARTA PAREDES. (25 de octubre de 2019). Módulo 5. Portabilidad de Datos Personales. *Canal de You Tube del INAI*. Recuperado el 19 de octubre de 2021, de https://www.youtube.com/watch?v=3rVKwvIQrzU

Comisión Europea. (16 de diciembre de 2018). *¿Qué es el derecho a la portabilidad?* Obtenido de Agencia Española de Protección de Datos: https://www.aepd.es/es/documento/wp242rev01-annex-es.pdf

LA PROHIBICIÓN DE TORTURA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE PROHIBITION OF TORTURE IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

VERNOR ROBERTO PERERA LEÓN

Letrado de la Sala de lo Constitucional de Costa Rica.
Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la UNED

Sumario: *I. Introducción. II. Privación de libertad. II.1 El arresto o detención. II.2 La prisión preventiva o provisional. III. Criterios de la Corte Interamericana sobre casos de tortura. III.1 Los criterios sustanciales. III.1.A El concepto de tortura. III.1.B Concepto de víctima de tortura. III.1.C Concepto de daño material e inmaterial. III.1.D La identificación de las víctimas no está sujeta a formalismos. III.1.E Límites al uso de la fuerza. III.1.F Deber de investigar inmediatamente. III.1.G Medidas contra la impunidad. III.1.H Condiciones de detención y prisión. III.1.I Los derechos de los familiares de desaparecidos a conocer la verdad. III.1.J Reparación a la víctima. III.2 Criterios procesales. III.2.A Plazo razonable para hacer justicia (criterios sobre mora judicial). III.2.B Imprescriptibilidad del delito de tortura. III.2.C Prohibición de admitir prueba obtenida mediante tortura. III.2.D Sana crítica en la valoración de la prueba ante el Tribunal internacional. III.2.E Los jueces sin rostro. III.2.F El carácter continuado de la desaparición forzada otorga competencia a la Corte. III.2.G Preclusión procesal. III.2.H El recurso de revisión como mecanismo para subsanar una sentencia emitida sin control de convencionalidad. III.2.I La jurisdicción militar es improcedente para juzgar civiles. III.2.J Sentencia inimpugnable. IV. Conclusión. V. Bibliografía.*

Resumen: Este artículo describe criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos al tema de la tortura, producto del análisis de sentencias de dicho tribunal que permitieron identificar líneas procesales y sustanciales. Se trata de un Tribunal internacional dedicado a esa materia, de ámbito regional en las Américas, cuyas decisiones son vinculantes para los Estados signatarios[1]. La Jurisprudencia de este alto tribunal revela características de la situación de los derechos humanos en el continente americano y su defensa. Se identificaron dos grandes vertientes de las decisiones relativas al tema; una de carácter sustancial y la otra procesal. La vertiente sustancial enmarca aquellas decisiones relativas al derecho de fondo, el cual se pronuncia sobre la verdad de lo ocurrido, su calificación y consecuencias. La vertiente procesal conlleva aquellas decisiones relativas a los argumentos relacionados con la correcta marcha de los juicios y cumplimiento de órdenes específicas. En el estudio de la muestra recabada respecto al tema de tortura se identificaron diez criterios sustanciales y diez procesales.

Palabras clave: Tortura; investigación; detención; víctima; reparación

Abstract: This article describes the criteria of the Inter-American Court of Human Rights relating to the topic of torture, a product of the analysis of sentences handed down by the Inter-American Court of Human Rights that made it possible to identify procedural and substantial lines of action. This is an international tribunal dedicated to this matter, with regional scope in the Americas, whose decisions are binding on the signatory states. The case law of this high court reveals characteristics of the human rights situation in the Americas and its defence. Two major aspects of the decisions relating to the topic were identified: one substantive and the other procedural. The substantive aspect encompasses those decisions relating to the substantive right, which pronounces on the truth of what happened, its characterization and consequences. The procedural aspect involves decisions relating to arguments relating to the proper conduct of trials and compliance with specific orders. The study of the sample collected on the subject of torture identified ten substantive and ten procedural criteria.

[1] La lista de Estados firmantes de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura está en https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html y la lista de Estados obligados por la Convención Americana sobre derechos humanos está en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

Key words: Torture; investigation; detention; victim; reparation

Recepción original: 29/12/2020

Aceptación original: 30/03/2022

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende describir criterios jurisprudenciales relevantes detectados en un análisis realizado a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH, o la Corte), en una muestra documental referente al tema de tortura. En el estudio se identificaron dos grandes vertientes de las decisiones relativas al tema; una de carácter sustancial y la otra procesal.

La vertiente sustancial enmarca aquellas decisiones relativas al derecho de fondo, el cual se pronuncia sobre la verdad de lo ocurrido, su calificación y consecuencias. Se han identificado las siguientes categorías emergentes del análisis: Concepto de tortura; concepto de víctima de tortura; concepto de daño material y daño inmaterial; imprescriptibilidad del delito de tortura; reparación a la víctima, límite al uso de la fuerza, deber del Estado de investigar inmediatamente ante el conocimiento de los hechos; medidas contra la impunidad; la identificación de víctimas no está sujeta a formalismos; la jurisdicción militar resulta improcedente para juzgar a los civiles; el derecho de los familiares de los desaparecidos a conocer la verdad; condiciones de detención y prisión .

La vertiente procesal conlleva aquellas decisiones relativas a los argumentos relacionados con la correcta marcha de los juicios y cumplimiento de órdenes específicas, entre las que se destacan: La sentencia de este Tribunal es inimpugnable; aplica la sana crítica en la valoración de la prueba; competencia para juzgar hechos de desaparición forzada; la posibilidad de revisión para subsanar omisión judicial; el plazo razonable para hacer justicia; la preclusión procesal; y la prohibición de admitir prueba obtenida mediante tortura.

La documentación recolectada emana de la Corte Interamericana, las fuentes primarias utilizadas fueron los tratados de derechos humanos involucrados en la labor de la CorteIDH y su jurisprudencia; como fuente secundaria, la doctrina publicada con relación al objeto de estudio. Del análisis de la muestra observada se pudo determinar la existencia de categorías emergentes expresadas en los resultados de este artículo. Se adopta el estilo utilizado por el propio Tribunal en la citación de sus sentencias, con la abreviatura "Cfr" (compáre-

se— consulte) con indicación de las partes del caso, fecha, número de resolución y número de párrafo que contiene la idea citada.

II. PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En el medioevo el poder consistía en un privilegio feudal y clerical, que derivó en el poder absoluto de los monarcas en sus respectivas regiones. El pensamiento ilustrado pretendió emancipar al espíritu humano de la superstición y la ignorancia, para organizar a la sociedad conforme al racionalismo humano y los súbditos pasaron a ser ciudadanos, todos iguales ante la ley, de un Estado, republicano o monárquico, pero racionalizado (Garcia Ricci, 2015, pág. 25 a 27). En ese nuevo paradigma, se hacía necesario justificar las actuaciones políticas, entre ellas el castigo, bajo la concepción ilustrada del contrato (Vidal Gil, 1989, pág. 211).

La revolución industrial generó la necesidad de encontrar nuevas formas de organización de lo punitivo para dar respuesta a las recientes necesidades de orden en las nuevas concentraciones fabriles y urbanas, en las cuales el poder punitivo ejemplarizante y sanguinario ya no fue efectivo, y la justicia criminal en vez de buscar venganza y tortura, justificó el castigo disciplinario, de naturaleza correctiva (Llanes Parra, 2012, pág. 1959)

El Derecho encontró en la libertad del individuo una frontera legítima al poder de castigar, una reacción contra el arbitrio de los soberanos. Posteriormente, con la soberanía estatal, al poder punitivo se le pusieron límites y fue organizado mediante la codificación como límite a la arbitrariedad, surgió así el principio de legalidad y la proporcionalidad entre los delitos y las penas, en un desarrollo "contractualista" en relación con los castigos, los cuales deben adecuarse a la magnitud de los agravios cometidos por los culpables de los delitos. En esta evolución, la forma efectiva y esencial que adopta el castigo es la privación de libertad por medio de la prisión (Rivera Beiras, 2004, pág. 15 a 28).

II.1. El arresto o detención

La privación de libertad comienza con el arresto o detención. El objeto de este artículo es exponer los criterios expresados por las resoluciones de la Corte IDH) con relación a las situaciones de privación de libertad y tortura, así como las eventuales formas de violentar los derechos humanos detectadas en ese ámbito. Según el artículo 7.3 de

la Convención Americana de Derechos Humanos, ni la detención, ni el encarcelamiento deben ser arbitrarios. La detención es una privación temporal e inmediata de la libertad con fines investigativos (Baquerizo Orrala & Andrade San Lucas, 2021, pág. 15 y 27). Es necesario entonces, dilucidar entre los conceptos de privación legítima y arbitraria de la libertad.

La privación legítima de libertad es la que está justificada por la protección de valores, bienes o derechos protegidos constitucionalmente; es decir, la libertad se sacrifica por una causa de utilidad pública o interés social y la restricción debe guardar proporcionalidad con lo que se pretende proteger. A contrario sensu, resulta arbitraria la ausencia de tales justificaciones, o que la decisión de privación de libertad resulte irrazonable o contradictoria con los razonamientos jurídicos (del Saz Cordero, 2014, págs. 66, 69-70).

El artículo 7.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el procedimiento correcto a seguir por los oficiales competentes con relación a la persona detenida, a quien debe informársele la razón por la que se limita su libertad y luego, notificársele cuáles son los cargos en su contra. Además, como garantía, también tiene derecho a la decisión de un juez con relación a la legalidad de su ingreso en una cárcel (Rodríguez Rescia, 2017, pág. 1308).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana registra situaciones de tortura y desapariciones forzadas, en ellas se comienza con una detención o captura. Para que sea legal, debe cumplirse lo antes indicado, la persona debe ser informada de las razones por las cuales se actúa de esa manera y de los cargos en su contra. En el caso "Niños de la Calle" contra Guatemala[2] relativo a la libertad personal como derecho de salvaguarda, la CorteIDH expresó que una persona solo puede ser detenida en virtud de una orden judicial o por ser sorprendida in fraganti. Para ese alto Tribunal, tal derecho opera en dos sentidos: a) como protección de la libertad física y b) como seguridad personal. En un contexto de ausencia de garantías, se puede llegar a privar a los detenidos de las mínimas formas de protección legal. La libertad es la regla y procede restringirla a una determinada persona ante la supuesta comisión de un delito de su autoría (González-Palacios, 2020, pág. 213).

En los países suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos debe existir, conforme su artículo 7.6, un recurso jurisdiccional por el cual se pueda revisar la legalidad de una privación

[2] Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de la Corte IDH de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 132.

de libertad, controlar las actuaciones de las autoridades y proteger los derechos humanos, sin agotamiento de la vía administrativa (Sánchez G., 2011, pág. 230). Tal recurso no solo debe existir formalmente en la legislación, además debe ser efectivo, es decir, obtener sin demora una decisión. Tanto el habeas corpus, como el amparo, son garantías judiciales dirigidas a la protección de los derechos constitucionales. La finalidad del primero es verificar la legalidad de la privación de libertad y controla el respeto a la vida e integridad de la persona, pues por este medio se impide su desaparición o indeterminación del lugar de detención, también protegerla contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes. Supone la presentación del detenido, quien debe ser puesto a disposición del órgano jurisdiccional competente (CorteIDH, Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 2010, pág. 73 a 80).

II.2. La prisión preventiva o provisional

Una persona acusada de haber cometido un delito debe enfrentar el proceso penal, pero cuando todavía no se ha dictado una sentencia, puede ser sujeta a prisión, de modo excepcional, como medida cautelar para asegurar las resultas del proceso penal. Sobre ello, la Corte Interamericana considera como derivada del artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la obligación del Estado de no restringir la libertad más allá de lo estrictamente necesario para asegurar el desarrollo de la investigación, o evitar una eventual elusión de la acción de la justicia por parte del acusado (Llobet Rodríguez, 2009, pág. 129 a 130) (Baquerizo Orrala & Andrade San Lucas, 2021, págs. 18, 19 y 29)

Fuera del marco de la legalidad, han llegado a conocimiento de la Corte Interamericana situaciones extremas, violatorias de los derechos humanos por constituir delitos de tortura. Sobre esas sentencias se recabó una selección de casos y seguidamente se exponen los resultados del análisis.

III. CRITERIOS DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE CASOS DE TORTURA

En el estudio se identificaron dos grandes vertientes de las decisiones relativas al tema; una de carácter sustancial y la otra procesal.

Tabla 1.
Criterios jurisprudenciales identificados presentes en las resoluciones de la CorteIDH, respecto al tema de la tortura.

Criterios Sustanciales	**Criterios Procesales**
Concepto de tortura	Plazo razonable para hacer justicia
Concepto de víctima de tortura	Imprescriptibilidad del delito de tortura
Concepto de daño material y daño inmaterial	Prohibición de admitir prueba obtenida mediante tortura
Identificación de víctimas no está sujeta a formalismos	Sana crítica en la valoración de la prueba
Límites al uso de la fuerza	Jueces sin rostro
Deber de investigar inmediatamente	Carácter continuado de la desaparición forzada otorga competencia a la CorteIDH
Medidas contra la impunidad	Preclusión procesal
Condiciones de detención y prisión	Revisión como mecanismo para subsanar omisión judicial
Los derechos de los familiares a conocer la verdad	Jurisdicción militar improcedente para juzgar civiles
Reparación a la víctima	Sentencia inimpugnable

Fuente: Elaboración propia.

La vertiente sustancial enmarca aquellas decisiones relativas al derecho de fondo, el cual se pronuncia sobre la verdad de lo ocurrido, su calificación y consecuencias (Rosas Castañeda, 2009, pág. 185). Se han identificado las siguientes categorías emergentes del análisis: Concepto de tortura, de víctima de tortura, de daño material y daño inmaterial; la identificación de las víctimas no es algo sujeto a formalismos; los límites a los funcionarios en el uso de la fuerza; el deber del Estado de investigar inmediatamente ante el conocimiento de los hechos; las medidas contra la impunidad; las condiciones de detención y prisión; el derecho de los familiares de los desaparecidos a conocer la verdad y, la reparación a las víctimas.

La vertiente procesal conlleva aquellas decisiones relativas a los argumentos relacionados con la correcta marcha de los juicios (Rodríguez Rescia, 2017, pág. 1319 y siguientes) y cumplimiento de órdenes específicas (Urbina, 2017, pág. 335 y siguientes) entre las que están: plazo razonable para hacer justicia; la imprescriptibilidad del delito de tortura; prohibición de admitir como buena la prueba obtenida mediante este delito; la CorteIDH aplica la sana crítica en la valoración de la prueba; la particular situación de los jueces de identidad protegida; la competencia sobreviniente para juzgar hechos de desaparición forzada; la preclusión procesal por omisión de alegar oportunamente la falta de agotamiento de los recursos internos; la posibilidad de utilizar el recurso de revisión penal para subsanar omisiones judiciales; la improcedencia de utilizar la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles, y no menos importante, la sentencia de este Tribunal internacional es inimpugnable. Estos elementos del debido proceso junto a los hallazgos de derecho de fondo identificados en las resoluciones de la CorteIDH sobre tortura, se desarrollan a continuación.

III.1. Los criterios sustanciales

En sus sentencias, los tribunales de justicia emiten decisiones sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, en esos fallos expresan los conceptos que los llevan a definir el caso concreto, son por ello, sustanciales, pues van al fondo de la cuestión debatida. Seguidamente se exponen aquellos desarrollados en las sentencias analizadas sobre el objeto de estudio.

III.1.A. El concepto de tortura

La definición de tortura está en el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; en su artículo 6, se consagró la obligación para los Estados firmantes de contener o tener tipificado el delito de tortura en sus legislaciones. Para la CorteIDH la prohibición de tortura es absoluta, la considera materia del *ius cogens* internacional[3] (Rosas Castañeda, 2009, pág. 44 y siguientes) y opera en casos de guerra, terrorismo, estado de emergencia y suspensión de garantías. Define la tortura como un acto constitutivo de maltrato,

[3] Cfr. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 120. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html

el cual es: a) intencional; b) causante de severos sufrimientos físicos o mentales; y c), cometido con cualquier fin o propósito (Ferrer Mc Gregor, 2014, pág. 34).

Es necesario agregar a esta definición una cuarta condición de contexto, al tratarse de un tribunal encargado de determinar la existencia de responsabilidades estatales, necesariamente la tortura debe ser perpetrada por una agente del Estado en ejercicio de sus funciones (Rosas Castañeda, 2009, pág. 466), según se desprende de los artículos 3 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Ese sujeto activo calificado, el cual podría incluso actuar como instigador, determina que será siempre un delito de Estado, ya sea por acción, o por la omisión en prevenir actividades delincuenciales, como, por ejemplo, las de los paramilitares (Galdámez, 2006, pág. 90 y 97).

Sentadas estas cuatro condiciones, el fenómeno luego puede tener categorías, de seguido dos detectadas en el análisis:

Primera: La tortura puede ser tanto física como psicológica. Las amenazas y el peligro muy real para una persona de verse sometida a graves lesiones físicas producen una angustia moral en grado sumo, que puede ser considerada "tortura psicológica". Tal concepto de tortura es trasladable a los familiares de las víctimas, quienes también sufren por los hechos que puedan afectar a sus seres queridos[4]. La intencionalidad es causar gran dolor y su resultado es la violación al derecho a la integridad. La tortura es una figura agravada de los tratos degradantes (Galdámez, 2006, págs. 92-94).

Segunda: La CorteIDH valora la perspectiva de género, al conceptualizar la violencia sexual contra las mujeres como otra forma de tortura. Para dicho Tribunal, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros fines, intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre. Para que una violación sexual se pueda considerar tortura deberá observarse la intencionalidad, la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, considerando además las circunstancias específicas de cada caso[5] (Bustamante Arango, 2014, pág. 485).

En aplicación de la Convención de Belém do Pará[6], la CorteIDH ha aplicado el concepto de violencia sexual —que no de violación—, la

[4] Cfr. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 192, 200 y 320.

[5] Idem. Párr. 193.

[6] Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

cual se configura con acciones de naturaleza sexual cometidas contra una persona sin su consentimiento, pueden consistir en la invasión física del cuerpo humano, pero también pueden quedar incluidos en el concepto actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. La Corte define la violación sexual como cualquier acto de penetración vaginal o anal, sin el consentimiento de la víctima, mediante la utilización de las partes del cuerpo del agresor u objetos, o la penetración bucal del miembro viril (CorteIDH, N.º 4: 2018, pág. 101); además, para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, aunque sea superficial[7].

La Corte entiende que la violación sexual es una forma de violencia sexual[8], siendo este último un concepto más amplio que incluye la anulación de la persona para tomar las decisiones más personales e íntimas, abarca el derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia y el derecho a la no discriminación combinado con el incumplimiento del Estado de su deber de adoptar medidas de prevención y protección de particulares, pese al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato y las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo[9].

III.1.B. Concepto de víctima de tortura

La víctima es el sujeto pasivo de la lesión, puede ser víctima directa o indirecta. La víctima directa padece el hecho y, como efecto inmediato de la violación, el menoscabo de sus derechos fundamentales. La víctima indirecta sufre como consecuencia inmediata y necesaria de la violación, lesión o sufrimiento de la víctima directa, como pueden serlo los familiares inmediatos (Macías Barrezueta, 2015, pág. 43).

El Juez Cançado Trindade, en su voto razonado contenido en la sentencia del caso la Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala[10], desa-

[7] Idem. Párr 182

[8] Cfr. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 120 y 124; y caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 151, 182, 194 a 196 caso en el cual a los agentes policiales se les acusó de incurrir en formas de violencia sexual contra once mujeres tales como tocamientos, golpes, pellizcos en pezones, jaloneos, mordeduras, retiro violento de ropa interior, desnudez forzada y amenaza de violación.

[9] Cfr. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 124 y 139; y caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Serie C No. 371, párr. 28.

[10] Cfr. Caso Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 150, párr. 9 y siguientes del voto razonado del juez Cançado Trindade.

rrolló el principio de humanidad, como concepto que traspasa todo el *corpus juris* del Derecho Internacional, tanto convencional como consuetudinario, que impone el respeto a la dignidad del ser humano como una regla ya grabada en la conciencia humana, antes de ser tipificada como prohibición de cometer genocidio, crímenes contra la humanidad u otras atrocidades. Es una noción impulsada por la conciencia jurídica universal (Galdámez Zelada, 2007, págs. 449-451). Esa conciencia jurídica universal, según el juez Cançado Trindade, es la fuente material última de todo el derecho.

III.1.C. Concepto de daño material e inmaterial

La jurisprudencia de la CorteIDH ha establecido reiteradamente que la sentencia misma puede constituir en sí, una forma de reparación[11]. Además, ha desarrollado el concepto de daño material e inmaterial. El daño primero supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso[12], abarca el daño emergente y el lucro cesante (Woolcott Oyague, 2018, pág. 7).

Por otra parte, el daño inmaterial "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia"[13]. No es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso y solo puede ser objeto de compensación, para la reparación integral a la víctima, ya sea por el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios según la valoración judicial[14].

El Estado condenado por violación de derechos humanos tiene la obligación de reparar por medio del reconocimiento de derechos patrimoniales derivados del daño material o inmaterial y cuando el daño es irreparable debe ser compensado, como ocurre con el trastorno ocasionado al grupo familiar (Rousset, 2011, págs. 64, 68 y 69).

---

[11] Cfr. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 249

[12] Cfr. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371 párr. 327, 329 y 369.

[13] Cfr. Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C 314, párr. 334

[14] Cfr. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371 párr. 375

Además, hay otras formas de reparación mediante las cuales se pretende satisfacer a la víctima, tanto en lo moral como en lo jurídico, como ocurre cuando se anulan sentencias condenatorias que fueron dictadas en su contra por el Poder Judicial[15], o la publicación de las sentencias de la CorteIDH (Paúl Díaz, 2020, pág. 28). Se entrará en el tema de forma más precisa infra, en el apartado de Reparación a la víctima.

Existe presunción de daño inmaterial en los casos de tortura y desaparición forzada. Para la CorteIDH el sufrimiento infringido a las víctimas de desaparición forzada implica que vivieron momentos de angustia, terror, impotencia e inseguridad; con lo cual, ese daño inmaterial no requiere pruebas (Calderón, 2013, pág. 161).

El artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite al alto Tribunal evaluar y fijar la extensión de la reparación y, jurisprudencialmente ha desarrollado una categoría aparte, el daño al proyecto de vida (Rousset, 2011, pág. 70 y 71), relativo a que se ha truncado el desarrollo de una persona (Galdámez Zelada, 2007, pág. 454). Es un concepto que va más allá del daño emergente porque valora aspiraciones reales y oportunidades de desarrollo personal cortadas de forma irreparable (Calderón, 2013, pág. 161).

III.1.D. La identificación de las víctimas no está sujeta a formalismos

Cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decide someter un caso a conocimiento de la CorteIDH, lo hace mediante la presentación de un informe en el cual describe los hechos e identifica las víctimas. Según el artículo 35.2 del Reglamento a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando no fuere posible identificar a alguna de las presuntas víctimas, por tratarse de violaciones masivas o colectivas, dicho Tribunal tendrá la potestad de decidir si considera víctima o no a alguna persona[16].

Al respecto, la CorteIDH ha manifestado que no procede trabar con formalismos el proceso, sino buscar la Justicia; entonces ha identificado víctimas en casos de desplazamiento, quema o destrucción de los cuerpos, o en casos de familias enteras desaparecidas en los cuales no queda nadie que hable por ellas. También ha aplicado dicho

[15] Cfr. Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 140 a 142

[16] https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm

artículo ante la dificultad de acceder al área donde ocurrieron los hechos, o falta de registros de los habitantes del lugar, o tratándose de migrantes, o clanes familiares con nombres y apellidos similares, o bien, ha analizado la conducta del Estado cuando hay alegatos de no haber completa identificación de las víctimas por falta de investigación[17] (García Ramírez, 1999, pág. 125 y 126).

III.1.E. Límites al uso de la fuerza

Los Estados deben garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio, para ello pueden utilizar legítimamente la fuerza, incluso, en algunas circunstancias, la fuerza letal, pero no tienen un poder ilimitado para alcanzar sus fines (Nash & Sarmiento, 2008,4, pág. 154). Ante la necesidad de dispersar reuniones violentas, sus funcionarios podrán utilizar armas de fuego si no procede utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria (Torres Ordóñez, 2017, pág. 50 y 171).

Los agentes del Estado deberán usar la fuerza contra personas que representen una amenaza inminente de muerte o lesión grave, y no contra quienes no signifiquen tal amenaza. El uso de la fuerza letal debe estar regulada y el personal capacitado; deberán existir controles y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza. Según la CorteIDH, el uso de la fuerza debe satisfacer los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad. Es lícito el uso de la fuerza letal cuando hay necesidad de preservar la vida del agente estatal o la de otras personas y su uso debe ser progresivo[18] (Montalvo Naranjo, 2020).

III.1.F. Deber de investigar inmediatamente

El Estado tiene el deber de investigar de oficio, de manera imparcial, efectiva y sin dilación los hechos de tortura, en cuanto las autoridades tengan conocimiento, por todos los medios disponibles y tendente a encontrar la verdad real (Acosta López & Bravo Rubio, 2008, pág. 333), así como a la persecución, captura, enjuiciamiento y

[17] Caso miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 63 y 64.

[18] Cfr. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371 párr. 160 y 162.

eventual castigo de los responsables[19]. La obligación de investigar surge del rechazo del Tribunal a la impunidad y del derecho al acceso a un recurso judicial efectivo para las víctimas; además, el Estado debe buscar de oficio la verdad (Gutiérrez-Ramírez, 2014, pág. 33).

La emisión de leyes de amnistía son obstáculo al cumplimiento de dicho deber, significa garantizar la impunidad a favor de los agentes estatales responsables de la violación de derechos humanos. Ese tipo de leyes tendentes al retorno de la paz en conflictos armados no derogan la obligación de cada Estado de investigar y juzgar crímenes de guerra y de lesa humanidad[20] (Dondé Matute, 2010, págs. 277-278).

III.1.G. Medidas contra la impunidad

En la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, la CorteIDH ha establecido que no proceden la prescripción, la irretroactividad penal, la cosa juzgada, ni el dictado de leyes de amnistía, o aplicación del principio de *ne bis in idem* como eximentes de responsabilidad, tampoco leyes de reconciliación nacional (Parente, 2010, pág. 227).

El deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, debe ser efectiva, imparcial y seria, orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos (Rosas Castañeda, 2009, pág. 201 y siguientes). Esta improcedencia de tales obstáculos a la justicia tiene consecuencias de índole procesal en las resoluciones de cumplimiento de sentencias, en las cuales la CorteIDH ha podido detectar este tipo de anomalías.

En el mismo orden de ideas, no cumplir esta obligación estatal de investigar, durante un lapso excesivo de tiempo, cuyo efecto sea continuar la situación de impunidad declarada por la CorteIDH constituye otra lesión a la víctima y un incumplimiento del deber del Estado de combatir la impunidad, dejando en total indefensión a la víctima y a sus familiares, propiciando la violación continuada a los derechos humanos[21] (Ferrer Mc Gregor, 2014, pág. 44).

---

[19] Cfr: Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 76

[20] Cfr: Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Resolución de 3 de septiembre de 2019. Párr. 5

[21] Cfr. "12 Casos guatemaltecos. Supervisión de cumplimiento de sentencias respecto de la obligación de investigar, jugar y, de ser el caso, sancionar a los res-

III.1.H. Condiciones de detención y prisión

Las autoridades penitenciarias tienen la obligación de vigilar que los prisioneros no sufran circunstancias indignas de hacinamiento, ni mala alimentación, falta de luz y ventilación natural o la falta de una cama que permita pernoctar en situación de higiene, además de la atención médica, dental y psicológica. De lo contrario se entendería violentada la integridad personal[22] (Ferrer Mc Gregor, 2014, pág. 36).

El derecho a la salud en las prisiones incide directamente en tres factores: evitar el hacinamiento, brindar atención médica y garantizar la higiene —ventilación y luz— (Robles, 2016, pág. 222). No cumplir esas mínimas condiciones equivale a un trato degradante expresamente prohibido por el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la integridad personal y al respecto a la dignidad inherente a todo ser humano (Martín & Rodríguez-Pinzón, 2006, pág. 100 y 106)

III.1.I. Los derechos de los familiares de desaparecidos a conocer la verdad

Según la CorteIDH, lo sufrido por las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos se extiende a sus familiares, y no requiere ser acreditado, porque el proceso ya lo supone (Galdámez, 2006, pág. 99). Además, no solo ellos, sino toda persona tiene derecho a conocer la verdad, es un derecho para la sociedad en su conjunto[23] (Ferrer Mc Gregor, 2014, pág. 39).

La familia y la sociedad deben ser informadas de lo ocurrido y, en los casos de desapariciones forzadas, la privación de la información y no realizar una investigación eficaz, es un trato cruel e inhumano para los familiares cuyo sufrimiento va en contra de su integridad psicológica y moral[24].

---

ponsables de las violaciones a los derechos. Resolución de 24 de noviembre de 2015. Párr. 43, 51 y 65.

[22] Cfr. Caso Hernández Vs. Argentina. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr 59 y 60.

[23] Cfr. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, parr. 267.

[24] Cfr. Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 243, 244, 254, 256 y 258.

III.1.J. Reparación a la víctima

El Estado que haya violado los derechos humanos incurre en la responsabilidad internacional de brindar una reparación integral; es decir, en lo posible regresar a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de la violación y cuando no se puede, entonces reducir sus efectos (Acosta López & Bravo Rubio, 2008, pág. 329), no solo como un deber, sino como garantía de no repetición de las violaciones (Rosas Castañeda, 2009, pág. 227).

En sus sentencias condenatorias, la CorteIDH ha dispuesto medidas reparatorias favor de las víctimas, de varios tipos, son las siguientes:

a) ha establecido reiteradamente que la sentencia en sí misma constituye per se una forma de reparación[25];

b) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad, el cual debe ser realizado en una ceremonia pública, con la presencia de altas autoridades del Estado, para lo cual otorga un plazo, con representación del Poder Judicial en el acto[26];

c) la publicación del resumen oficial de la sentencia elaborado por la CorteIDH, en el Diario Oficial, y también en un diario de amplia circulación nacional, y la sentencia íntegra deberá estar disponible, al menos por un año, en el sitio web del Poder Judicial;

d) reparación de la memoria de la(s) víctima(s) y el reconocimiento de su dignidad, puede ser mediante el levantamiento de una placa conmemorativa con la inscripción de los nombres de las víctimas con un breve texto con la narración de las circunstancias en que ocurrieron las violaciones a sus derechos humanos (Acosta López & Bravo Rubio, 2008, pág. 362).

---

[25] Cfr. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 329 y 390.8; caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C 328, párr. 341.17; caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 312.6; caso párr. 292; caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314 párr. 334 y 356.7; caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 329.10

[26] Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez.

e) poner a disposición de las víctimas, dentro del plazo de un año contado desde la notificación de la sentencia, un mecanismo efectivo y rápido para revisar o anular las sentencias de condena que fueron emitidas en su perjuicio;

f) ordenar al Estado, que dentro del plazo de un año desde la notificación de la sentencia, adopte las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole que sean adecuadas para poner a disposición de las víctimas un mecanismo que sea efectivo para revisar y anular las sentencias de condena que fueron emitidas en aquellos procesos que pudieron tomar en cuenta prueba o confesiones obtenidas bajo tortura;

g) indemnizar el daño material por la "pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso";

h) indemnizar el daño inmaterial, que "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia"[27];

i) indemnizar, en aplicación del artículo 63.1 de la Convención, a los familiares o herederos de las víctimas desaparecidas o fallecidas, de acuerdo a los criterios que establezca el derecho interno aplicable[28]. En cuanto al reembolso, corresponde a la CorteIDH apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el

[27] Cfr. Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 174. En caso de desaparición forzada, la CorteIDH ha resuelto distribuir las indemnizaciones entre los familiares o herederos de acuerdo a los criterios que establezca el derecho interno aplicable. Sin embargo, en determinados casos, el Tribunal ha considerado establecido en la propia Sentencia los criterios con fundamento en los cuales el Estado deberá distribuir las indemnizaciones fijadas a favor de víctimas fallecidas o desaparecidas, Cfr. Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Resolución de 10 de febrero de 2017. Párr. 20.

[28] Cfr. Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Supervisión de cumplimiento de 10 de febrero de 2017. Párr. 20; caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párr. 256; Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 299 y 310; caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 351, entre otras.

Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su quantum sea razonable[29];

j) otra forma de reparación es que el Estado debe, dentro de un plazo razonable, determinar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, las eventuales responsabilidades de los funcionarios que contribuyeron con su actuación a la comisión de actos de revictimización y violencia institucional y, en la medida que corresponda, aplicar las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico interno, penales o no penales;

k) la Corte estima que el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas o sus familiares en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana[30];

l) divulgación pública de los resultados de los procesos judiciales definitivos, para que la sociedad conozca los hechos objeto del caso, así como a sus responsables, previa consulta a las víctimas sobre aquellos aspectos que pudieren afectar su intimidad o privacidad;

m) una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos físicos, psicológicos o psiquiátricos sufridos por las víctimas, la cual se debe brindar gratuitamente, de forma prioritaria, el tratamiento médico deberá incluir la provisión de medicamentos, transporte y otros gastos directamente relacionados y necesarios como la residencia, por el tiempo que sea necesario[31]. En cuanto a la búsqueda de restos

[29] Cfr. Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 181.

[30] Cfr. Caso Miembros de la Aldea Chichpac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 286; caso del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 118, y caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 269.

[31] Cfr. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 339 a 341; caso Miembros de la Aldea Chichpac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328 párr. 303; caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 284; caso

mortales y su entrega a los familiares, no se ha cumplido en ninguno de los casos en que ha sido ordenada (Acosta López & Bravo Rubio, 2008, pág. 333 a 335 y 344).

III.2. Criterios procesales

Las resoluciones judiciales no solamente expresan las decisiones de fondo de cada caso concreto, los jueces se manifiestan también sobre aspectos relativos a la ritualidad del proceso, esto es de especial interés tratándose del cumplimiento de las decisiones ya emitidas, en la fase de ejecución es cuando la Corte Interamericana mide cómo y en qué aspectos se van cumpliendo sus órdenes a los Estados condenados a realizar conductas específicas (Urbina, 2017, pág. 341).

A continuación, se exponen las categorías relevantes detectadas sobre las decisiones del alto Tribunal internacional en materia procedimental.

III.2.A. Plazo razonable para hacer justicia (criterios sobre mora judicial)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a las garantías judiciales, una de ellas es que, en la sustanciación de cualquier proceso (ya sea acusación penal o determinación de derechos y deberes en el orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro) el juzgamiento debe realizarse dentro de un plazo razonable[32].

Al respecto, la CorteIDH ha considerado cuatro aspectos para determinar el cumplimiento de dicha garantía sin incurrir en mora, a la luz de las circunstancias particulares de cada asunto; son: a) la complejidad del caso, b) la conducta de las autoridades, c) la actividad procesal del interesado y d) el tipo de afectación en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso[33] (Rodríguez Rescia, 2017, pág. 1302).

Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, párr. 292

[32] Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[33] Cfr. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 292; y caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 238.

III.2.B. Imprescriptibilidad del delito de tortura

Los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos requiere de los Estados parte la pronta adopción de todo tipo de providencias para evitar que persona alguna quede desprovista del derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de dicho tratado. De no ser así, ninguno de los derechos consagrados en la referida convención tendría protección efectiva y no se respetaría el principio de *pacta sunt servanda* en el derecho interno de los Estados parte[34].

Las autoridades judiciales, en el análisis de los casos llegados a su conocimiento, deben realizar un control de convencionalidad a la luz de los análisis de la CorteIDH, y al momento de juzgar a un imputado por el delito de tortura, el juez debe tomar en cuenta que para ese Tribunal es inadmisible la prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno que impida la investigación y sanción de los responsables y el conocimiento del asunto por el fondo, para establecer las responsabilidades derivadas de los hechos[35] (Galdámez Zelada L., 2006, pág. 683).

En materia de cumplimiento de sus sentencias, la CorteIDH detectó una situación de incumplimiento en Argentina, cuyas autoridades judiciales de primera, segunda instancia y casación declararon la prescripción de la acción penal por apremios ilegales y dictaron sobreseimiento a favor del funcionario público investigado por los hechos cometidos en perjuicio de la víctima.

La Corte Suprema de Argentina no consideró los hechos como constitutivos de un delito de lesa humanidad, consecuentemente no resultaban imprescriptibles y confirmó la prescripción a favor de un funcionario público investigado por los hechos de tortura. Para la CorteIDH, si bien no había que calificar los actos de tortura como delitos de lesa humanidad por no formar parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil, sí existía

[34] Cfr. Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100 párr. 116; caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 106; caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; y caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 15; caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Supervisión de cumplimiento de sentencia de 27 de noviembre de 2003, considerandos 10 a 12.

[35] Cfr. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 138, cita 195 y caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Supervisión de cumplimiento de sentencia de 27 de noviembre de 2003, considerandos 10 a 12.

la obligación del Estado de adoptar todas las medidas positivas para investigar, que es una obligación de medios y no de resultados.

Señaló que, para el Estado era un deber jurídico propio y no una actividad procesal que dependiera de la iniciativa de las víctimas o de la aportación privada de elementos probatorios. Se debió realizar una investigación seria, imparcial y efectiva para determinar la verdad y, eventualmente sancionar a los responsables, además de disponer la reparación de los daños producidos (Albanese, 2007, pág. 4 a 7).

La prescripción de la acción penal había sido declarada por tribunales argentinos en 2003 y 2004, cuando el examen del caso estaba en curso ante la Corte Suprema de Justicia, sin que la Corte Interamericana hubiera sido informada por el Estado de dicha situación al momento de emitir su sentencia. La CorteIDH señaló que era una información que debió haber sido puesta en su conocimiento en ese momento. Por otra parte, con posterioridad a la sentencia, en 2007, el Estado emitió una decisión, a través de la Corte Suprema de Justicia, la cual no guarda relación alguna con un reconocimiento de responsabilidad o con un compromiso de investigar asumido por el Estado, por lo que la CorteIDH ha mantenido abierta la orden de investigar emitida en la sentencia[36].

En el cumplimiento de la sentencia del caso Escué Zapata Vs. Colombia se determinó que las autoridades nacionales habían investigado la detención y allanamiento del domicilio de la víctima y habían concluido que no se acreditó la materialización del delito porque, en su criterio, la libertad de dicha persona no fue coartada, pues los militares estaban autorizados para allanar y registrar, sin orden judicial aquellos inmuebles en los cuales tuvieran sospecha sirvieran para guardar ilegalmente municiones, armas de fuego o explosivos, además de detener a los responsables, luego la Fiscalía declaró la prescripción de la acción penal (Lauría Masaro, 2015, pág. 63).

La CorteIDH señaló la necesidad de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado, siendo inadmisible e inaplicable la prescripción, para reprimir conductas graves que no deben volver a ser cometidas e implica el cumplimiento de deberes de garantía de derechos a cargo del Estado, en favor de las personas[37] (Parra Vera & Trespalacios Leal, 2019, pág. 619 a 621).

[36] Cfr. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia de 5 de julio de 2011. Párr. 21 a 33 y 46.

[37] Cfr. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Supervisión de cumplimiento de sentencia de 22 de noviembre de 2016. Párr. 13

III.2.C. Prohibición de admitir prueba obtenida mediante tortura

El artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no otorga eficacia jurídica a una prueba obtenida por medio de la tortura. Para la CorteIDH, el delito tiene elementos mínimos irreductibles, de modo que, si se restringe esta prohibición para permitir la valoración de este tipo de prueba, se afecta la correcta tipificación y podría dar lugar a modalidades de razonamiento o criterios que eventualmente lleven a la impunidad de conductas reprochables[38] (Ferrer Mc Gregor, 2014, pág. 40).

III.2.D. Sana crítica en la valoración de la prueba ante el Tribunal internacional

En el establecimiento de los hechos de cada caso, la CorteIDH valorará todos los elementos de prueba (documental, pericial, testimonial) de conformidad con los principios de la sana crítica, no es una actuación sujeta a formalismos; por lo cual, la declaración de la presunta víctima no será analizada aisladamente, sino dentro del conjunto de pruebas, para obtener más información sobre las eventuales violaciones y sus consecuencias[39] (Rodríguez Rescia, 2017, pág. 1321).

Por esta vía de interpretación, la CorteIDH ha evadido la aplicación del principio de relevancia, según el cual, no resulta necesario probar hechos irrelevantes para la resolución de un caso, también ha invertido la carga de la prueba cuando el Estado es el único que conoce los hechos, o ha aplicado presunciones, como entender agotados los recursos internos o tener por aceptados los hechos no controvertidos (Paúl, 2015, págs. 310, 313 y 320).

III.2.E. Los jueces sin rostro

La finalidad de proteger la integridad de los jueces de la amenaza a su seguridad implícita en el juzgamiento de grandes criminales o mafias originó en Colombia la justicia sin rostro para los delitos de

[38] Cfr. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párr. 193 y 194 y caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 86. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html

[39] Cfr. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 21 y caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párr. 47.

terrorismo y los cometidos contra el Estatuto Nacional de Estupefacientes. Entre los años 1979 y 1991 ocurrieron 515 casos de violencia contra abogados, jueces y magistrados, 278 fueron homicidios (Egas Cruz, 2011, págs. 10-11).

En los casos peruanos en los cuales la CorteIDH encontró la actuación de jueces y fiscales sin rostro o de identidad reservada, lo cual ocurrió gracias a la aplicación de un decreto-ley, consideró inadmisible la medida, debido a la violación del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por impedirse a los procesados conocer la identidad de los juzgadores y consecuentemente, poder valorar su idoneidad, cuestionar su competencia, independencia o imparcialidad, además de la posibilidad de argumentar causales de recusación[40] (Rodríguez Rescia, 2017, pág. 1320).

III.2.F. El carácter continuado de la desaparición forzada otorga competencia a la Corte

La desaparición forzada tiene elementos en común con la tortura, por presumirse un sufrimiento de terror, impotencia e inseguridad, privación de la libertad e intervención directa de agentes estatales, o al menos aquiescencia de estos en los hechos, en perjuicio de la víctima y sus familiares (Brenes Akerman & Soley Echeverría, 2009, pág. 32 y 150).

En la desaparición existen, como elementos adicionales, la posible muerte, la mentira y el ocultamiento (Jiménez Rojas & Delgado Ramos, 2010, pág. 51) la continuidad del delito en el tiempo y la negativa a reconocer la detención, así como a revelar o dar información alguna sobre el paradero o la suerte de la persona. Mientras persista esa situación, el Estado tiene el deber correlativo de investigar y sancionar a los responsables[41] (Modolell González, 2010, págs. 198-199).

En aquellos casos en los cuales ocurrió una desaparición forzada antes de la fecha en que el Estado ratificara la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas, por tratarse de un delito permanente, es decir, mientras el cuerpo no sea encontrado, y no se conozcan las circunstancias que rodearon el hecho, la CorteIDH obtiene competencia *ratione temporis* para juzgar, porque el delito se

[40] Cfr. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 55, 170 y 171.

[41] Cfr. Caso miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 133.

sigue cometiendo, no se violenta por tanto el principio de irretroactividad (Citroni, 2003, pág. 388).

A partir de la fecha de entrada en vigor del tratado para el Estado, rigen las obligaciones en aplicación del principio *pacta sunt servanda*[42]. *Según lo ha considerado la Corte, puede analizar la desaparición forzada desde una perspectiva integral, aunque la declaración de violación a la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados solo puede hacerla a partir de la fecha de reconocimiento de competencia por parte del Estado demandado*[43] *(Sferrazza Taibi, 2018, pág. 193 y 194).*

III.2.G. Preclusión procesal

Si el Estado demandado no alegó oportunamente la defensa de falta de agotamiento de los recursos internos, entonces precluye la oportunidad procesal de hacerlo. Ocurre durante el proceso de admisibilidad del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es carga del Estado demandado exponer cuáles son los recursos internos no agotados, demostrar que estaban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos. No es, por tanto, tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar los recursos pendientes de agotamiento, ni subsanar la omisión en los alegatos del Estado (Gallón Herrera, 2012, pág. 16).

La invocación de esta defensa relativa a la existencia de un recurso interno no agotado debe ser oportuna y clara, se deberá identificar cuál es el recurso en cuestión y explicar por qué sería el adecuado —y efectivo— al caso que se somete a conocimiento de la CorteIDH para proteger, en forma debida, a las personas que están en la situación denunciada[44].

III.2.H. El recurso de revisión como mecanismo para subsanar una sentencia emitida sin control de convencionalidad

El recurso de revisión en materia penal, resulta ser un mecanismo eficaz de reparación a las víctimas cuando el Poder Judicial de un

[42] Cfr. Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 29 a 33.

[43] Cfr. Caso miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 314, párr. 16 y 20; caso Blake Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 22 de julio de 1996. Serie C No. 27, párrs. 39 y 40, y caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, párr. 25.

[44] Cfr. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párr. 25.

Estado parte ha omitido ejercer un control de convencionalidad de oficio (García Ramírez, 2008, Vol. 41, pág. 1113 a 1115). Durante la dictadura militar chilena hubo personas condenadas por Consejos de Guerra, la CorteIDH señala que esos afectados, de conformidad con la interpretación realizada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de ese país, el recurso de revisión resulta ser adecuado para permitir que esas personas puedan acceder a la revisión y eventual anulación de las sentencias pronunciadas en procesos en los cuales se pudo tener en cuenta prueba o confesiones bajo tortura[45]

III.2.I. La jurisdicción militar es improcedente para juzgar civiles

La jurisdicción militar no tiene competencia para juzgar a los imputados que no sean militares activos por la comisión de delitos que atenten contra bienes del orden militar; el asunto corresponde a la justicia ordinaria, porque los civiles no pueden incurrir en las conductas para las cuales dichos tribunales han sido creados.

Este criterio que vale tanto para personas acusadas de delitos tales como terrorismo o traición a la patria, como a las autoridades responsables de violar derechos humanos, en aplicación del principio del juez natural y artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos[46] (Ferrer Mc Gregor, 2014).

III.2.J. Sentencia inimpugnable

Las sentencias de la CorteIDH son inimpugnables, es decir, sus decisiones son definitivas e inapelables, opera la cosa juzgada internacional, no se podría abrir un nuevo proceso basado en los mismos hechos y argumentos de derecho, la misma pretensión e iguales partes (Martins, 2017, págs. 106-107).

La previsión del artículo 67 de la Convención (y 68 del Reglamento de la CorteIDH) no es un recurso, sino una solicitud de interpretación cuando una parte sostiene que el texto carece de claridad o precisión para entender la parte resolutiva, lo cual no puede ser utilizado como

[45] Cfr. Caso Omar Humberto Maldonado y otros Vs. Chile. Supervisión de cumplimiento de sentencia de 30 de agosto de 2017. Párr. 40.

[46] Cfr. Casos Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 194 y 195; y caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 92, 123, 170, 173 y 174.

medio de impugnación para valorar nuevamente cuestiones ya resueltas, ni ampliar el alcance de una medida de reparación ya ordenada. Entonces, según el artículo 31.3 del Reglamento, no se puede solicitar modificación o anulación de la sentencia a través de una solicitud de interpretación (Mac-Gregor, 2013, pág. 653)[47].

IV. CONCLUSIONES

La tortura es un delito de lesa humanidad, constituye una noción atemporal básica inserta en el consciente colectivo acerca del respeto a la dignidad y a la vida que proviene de un convencimiento universal de rechazo. Ese concepto sirve de fundamento a su prohibición en los tratados vigentes y en el derecho positivo a lo interno de los Estados.

La noción de tortura resulta poli semántica, pues de ella se observan gradaciones, resulta una figura agravada de los tratos degradantes o crueles, que devienen en tortura con la severidad de las lesiones y el sufrimiento infringido, hasta llegar al extremo agravado de la forma de tortura vinculada a la muerte y la desaparición de la evidencia vinculada a la impunidad y afectación a los familiares o incluso a la sociedad.

Según los precedentes del tribunal, los elementos de la tortura, como acto de maltrato severo, son: a) la intención de quebrar la voluntad de la víctima, persona que sufre la vulneración; b) por medio de severos sufrimientos físicos o mentales; c), cometido con cualquier fin o propósito; además, el análisis concluye que hay otros elementos adicionales que deben ser considerados, tales como: d) un agente del Estado en ejercicio de sus funciones, como actor de los hechos o, al menos, como instigador y puede cometerse por acción o por omisión, al permitir que otro sujeto lo haga y e) los hechos comienzan siempre con un acto de arrebatamiento de la libertad, es la captura, cuya legitimidad debe ser analizada caso por caso, como también sucede con el uso de la fuerza.

[47] Artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *"El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo"*. Cfr. Caso Espinoza González Vs. Perú. Sentencia de 23 de junio de 2015, Serie C No. 295, párr. 5 y 6; caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 323, párr. 5 y 6, y Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Sentencia de 25 de mayo de 2017. Serie C No. 335, párr. 4 y 5.

La desaparición forzada no está disociada de la tortura, ambas (tortura y desaparición) son expresión de la arbitrariedad y desprecio por el derecho a la vida e integridad humanas, pero la desaparición resulta pluriofensiva, toda vez que afecta gravemente a los familiares de las víctimas, quienes quedan privados de toda información acerca de la suerte y paradero de la persona desaparecida o de sus restos. Se convierte por ello, en un trato cruel e inhumano que atenta contra la integridad psicosocial y constituye un daño moral incuestionable del cual surge, para los familiares y para la sociedad en general, el derecho a conocer la verdad.

La gravedad de los hechos impulsa la obligación para el Estado de investigar inmediatamente lo ocurrido y justifica el uso de todos los mecanismos posibles a su alcance para impedir la impunidad de estos delitos, los cuales, por ocurridos, desencadenan las consecuencias observadas en la jurisprudencia de la CorteIDH; quien, a través de sus decisiones, ha ordenado la toma de medidas provisionales.

En el ámbito procesal del juicio internacional, resulta necesario el agotamiento previo de los recursos internos dentro del Estado demandado; si el argumento se llega a plantear después de la fase de admisibilidad en el proceso contencioso ante la CorteIDH, entonces precluye la posibilidad de alegarlo, ya que es carga del Estado exponer oportunamente cuáles son los recursos internos no agotados, demostrar que estaban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos.

Tratándose de tortura, la CorteIDH ha invertido la carga de la prueba porque el Estado es el único que conoce los hechos. Ha señalado que resulta procesalmente inadmisible la prueba obtenida mediante tortura y en las jurisdicciones nacionales los afectados pueden acudir al recurso de revisión de la sentencia penal para corregir ese defecto y se dicte una nueva resolución eliminando esa prueba ilegítima. Acerca de la tortura ha pronunciado que los tribunales militares no tienen competencia para juzgar civiles, considera inadmisible la prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno que impida la investigación y sanción de los responsables, para lo cual no son oponibles formalismos procesales ya que, el juez competente tiene, ante los perpetradores de tortura, amplia libertad de apreciación de los medios de prueba por medio de la sana crítica.

Las sentencias de la CorteIDH son definitivas e inapelables, y en el ámbito del cumplimiento de las resoluciones condenatorias, los Estados se han visto compelidos a investigar, castigar e incluso realizar cambios en el derecho interno para a impedir la impunidad de quienes han violado los derechos humanos mediante tortura y, como

reparación, el Tribunal ha desarrollado los conceptos de daño material, el cual tiene valor económico preciso, y el daño inmaterial, relativo a sufrimientos y aflicciones no pecuniarias, de consecuencias no medibles y solo puede ser compensado con criterios de justicia. Otro hallazgo en la jurisprudencia de la CorteIDH ha sido la utilización del criterio de lesión "al proyecto de vida de la víctima", truncado por la actuación de los funcionarios actuantes.

Destacan además otras formas de reparación, que van más allá de la pecuniaria, como la publicación de la sentencia internacional en un medio de circulación nacional, la disculpa pública y la colocación de placas conmemorativas con el relato de lo ocurrido para satisfacción para las víctimas y sus familiares.

Han surgido vías de reparación de carácter preventivo, como imponer al Estado la obligación de capacitar a sus funcionarios sobre el contenido de las resoluciones de la CorteIDH, y cómo esas decisiones demuestran que el ejercicio de la fuerza policial está limitada por los derechos humanos. Además, concienciar acerca de la obligación de aplicar un criterio de proporcionalidad ante las necesidades del caso concreto, con la finalidad de evitar la comisión de nuevos hechos como los que motivaron una condenatoria.

Las disposiciones del alto tribunal no siempre han sido acatadas. El seguimiento de los casos se realiza mediante el rendimiento de informes por parte del Estado y la CorteIDH ha detectado incumplimientos a sus resoluciones, tales como la emisión de sentencias en las cuales se tomó en cuenta prueba obtenida mediante tortura, también ha encontrado el dictado de leyes de amnistía y de reconciliación nacional para excluir el establecimiento de responsabilidades.

Las circunstancias sociales, culturales y económicas de los países en los que la CorteIDH tiene su jurisdicción, han generado hechos de violación a los derechos humanos y, el Tribunal, con sus resoluciones, establece una hoja de ruta para que los Estados ajusten su actuar jurídico conforme a sus obligaciones surgidas ante los derechos reconocidos por el bloque de convencionalidad. A través del respeto a los derechos humanos, con sus resoluciones, la CorteIDH señala a los países que conforman el sistema interamericano lo que no deben hacer para incurrir en responsabilidad internacional, como en los casos de tortura.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA LÓPEZ, J.I., BRAVO RUBIO, D. "El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana". *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2008, 323-351.

ALBANESE, S. "El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y la Corte Suprema: convergencias y divergencias". *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 2007, 12 págs.

BAQUERIZO ORRALA, F.A., ANDRADE SAN LUCAS, R.E. *El abuso de la Prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el delito receptación (Caso No.09281-2019-05976)*. Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 2021.

BRENES AKERMAN, I., SOLEY ECHEVERRÍA, X. *El desarrollo del concepto de desaparición forzada dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período comprendido entre 1998 y 2008*. Universidad de Costa Rica. San José, 2009.

BUSTAMANTE ARANGO, D.M. "La violencia sexual como tortura. Estudio jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas*, 2014, 461-502.

CALDERÓN, J. "La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano". *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 2013, 147-219.

CITRONI, G. ""Desaparición forzada de personas": desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revistas Universidad de Navarra*, 2033, 373-407.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privacion-libertad.pdf; 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "DERECHOS HUMANOS Y MUJERES". *Cuadernillo De Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N.º 4, 2018, 144 págs.

Del Saz Cordero, S. "La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado". *Revista de Administración Pública*, N° 195, 2014, 55-98

Dondé Matute, J. "El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, 263-293.

Egas Cruz, A. *La Justicia sin rostro como medio para lograr imparcialidad en la administración de justicia del Ecuador, respecto a ciertos delitos y sin violentar los derechos del imputado grantizados en la Constitución*. Repositorio de la Universidad de San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Quito, 2011.

Ferrer Mc Gregor, E. "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res iudicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay". *Estudios Constitucionales*, Vol. 11, N°2, 2013, 641-693.

— "Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal". *Revista IIDH, Vol. 59*, 2014, 28-118.

Galdámez Zelada, L. "Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Estudios Constitucionales, Vol. 4*, 2006, 661-696.

Galdámez Zelada, L. "Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones". *Revista chilena de derecho, N° 34*, 2007, 439-455.

— "La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos". Revista *CEJIL, Vol. 1(N° 2)*, 2006, 89-100.

Gallón Herrera, J.D. *El proceso contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las sugerencias de éste, ante los tribunales nacionales*. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, 2012.

García Ramírez, S. "Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998)". *Revista Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1999, 160 páginas.

— "Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. 41, 2008, 1107-1116.

Garcia Ricci, D. *Estado de derecho y principio de legalidad.* Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, D.F., 2015.

González-Palacios, C. "Seguridad y libertad". *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, 2020, 213-216.

Gutiérrez-Ramírez, L.M. "La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional". *Revista Estudios Socio-Jurídicos, ISSN 0124-0579*, 2014, 23-60.

Jiménez Rojas, M., Delgado Ramos, G.C. *Violación al derecho de integridad personal (5.1 y 5.2), por la posible configuración de tortura, respecto de los familiares de las víctimas de desaparición forzada, a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Universidad La Gran Colombia (tesis). Armenia, Quindío, 2010.

Lauría Masaro, M. "La implementación de las decisiones adoptadas en el sistema interamericano de derechos humanos: el caso "Arce"". *Revista MPD*, 2015, 53-68.

Llanes Parra, B. "El castigo público como espectáculo punitivo: ritual y control social en el Madrid de los Austrias". *CAMPO y campesinos en la España Moderna*, 2012, 1957-1966.

Llobet Rodríguez, J. "La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del sistema Interamericano". *IUS.Revista del instituto de Ciencias Juridicas de Puebla AC*, 2009, 114-148.

Mac-Gregor, E. "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res iudicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay". *Estudios Constitucionales*, 2013, 641-693.

Macías Barrezueta, M.F. "El delito de tortura y su compatibilización en la legislación ecuatoriana". *Repositorio institucional UASB-*

DIGITAL, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2015, 80 páginas.

MARTÍN, C., RODRÍGUEZ-PINZÓN, D. "La prohibición de la tortura y los malos tratos en el sistema interamericano: Manual para Víctimas y sus Defensores". *Serie de Manuales de la ser humanoOMCT*, 2006, 175 páginas.

MACHADO MARTINS, P. "La cosa juzgada en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Direito & Paz, Vol. 1(N° 36)*, 2017, 103-122.

MODOLELL GONZÁLEZ, J.L. "El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, 193-209.

MONTALVO NARANJO, N. *El uso progresivo de la fuerza por parte de los cuerpos policiales Ecuatorianos: regulaciones, limitaciones y desafíos: análisis de casos.* Obtenido de Universidad San Francisco de Quito: http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/9410; 2020.

NASH, C., SARMIENTO, C. "Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007)". *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 2008, 149-162.

PARENTE, P.F. "La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, 211-228.

PARRA VERA, Ó., TRESPALACIOS LEAL, M. "Desafíos para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos colombianos". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2019, 609-646.

PAÚL DÍAZ, A. "El relato de los contextos históricos, sociales y políticos en las sentencias de la Corte Interamericana". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 13, 2020, 19-46.

— "Análisis sistemático de la evaluación de la prueba que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos (General Theory of the Evaluation of Evidence Permormed by the Inter-Amerian Court of Human Rights)". *Revista chilena de derecho, Vol 42, N° 1*, 2015, 297-327.

Rivera Beiras, I. (coord.) *Mitologías y discursos sobre el castigo: Historias del presente y posibles escenarios*. Anthropos, Barcelona, 2004.

Robles, M.Y. "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Cuestiones Constitucionales, Vol. 35*, 2016, 199-246.

Rodríguez Rescia, V.M. "El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos". *ACADEMIA*, 2017, 1295-1328.

Rosas Castañeda, J.A. *Efectos jurídicos del deber de justicia penal del estado peruano en la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos con víctimas múltiples, en el período 1995-2008*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2009.

Rousset, A. "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011, 59-79.

Sánchez, G.S. "El amparo en Panamá". *Revista IUS*, 2011, 216-234.

Sferrazza Taibi, P. "La desaparición forzada como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de derecho (Valdivia) Universidad Austral de Chile*, 2018, 185-207.

Torres Ordóñez, A.A. *Derechos humanos de las fuerzas de seguridad del estado en las protestas sociales del Ecuador: análisis jurídico desde el uso progresivo de la fuerza (Bachelor´s thesis, PUCE)*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2017.

Urbina, N. "El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016". *Revista IIDH*, 2017, 329-373.

Vidal Gil, E.J. "Ilustración y legislación: los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos". *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1989, 205-219.

Woolcott Oyague, O., Monge Mayorca, D. (2018). "El daño al proyecto de vida: Noción, estructura y protección jurídica según los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH". *Utopía y Praxis Latinoamericana, Vol. 23 (supl 2)*, 2018, 127-137.

Fuentes consultadas

Convención Americana sobre Derechos Humanos. www.corteidh.org

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html

Lista de Estados firmantes de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura está en https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html

Lista de Estados obligados por la Convención Americana sobre derechos humanos está en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

Las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden ser consultadas en la página web https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm

Resoluciones citadas

Caso "12 Casos guatemaltecos. Supervisión de cumplimiento de sentencias respecto de la obligación de investigar, jugar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos" (2015).

Caso Argüelles y otros Vs. Argentina (2014)

Caso Barrios Altos Vs. Perú (2001)

Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Supervisión de cumplimiento de sentencia (2018)

Caso Blake Vs. Guatemala (1996)

Caso del Caracazo Vs. Venezuela (2002)

Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Supervisión de cumplimiento de sentencia (2016)

Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (2014).

Caso Espinoza González Vs. Perú (2015)

Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2017)

Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú (2016)

Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador (2016)

Caso Hernández Vs. Argentina (2019)

Caso López Soto y otros Vs. Venezuela (2018)

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala (1999)

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador (2019)

Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala (2016).

Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México (2018)

Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile (2015)

Caso Omar Humberto Maldonado y otros Vs. Chile. Supervisión de cumplimiento de sentencia (2017)

Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú (2016)

Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú (2017)

Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú (2015)

Caso Reintegro al fondo de asistencia legal de víctimas, casos Pollo Rivera y otros, y Lagos del Campo Vs. Perú. Supervisión de cumplimiento (2018).

Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia (2017)

Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador (2015)

Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú (2016)

Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia (2002)

Caso Wong Ho Wing Vs. Perú (2015)

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE: COOPERACIÓN NECESARIA

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS: NECESSARY COOPERATION

ELENA PERNAS CIUDAD

Doctoranda en Derecho – UNED
Programa Derecho y Ciencias Sociales

Sumario: *I. Introducción. II. Historia, origen y concepto de la inteligencia artificial. III. Riesgos y potencialidades de la inteligencia artificial. IV. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible: ámbito de aplicación de la IA. V. Reflexiones in fine. VI. Bibliografía.*

Resumen: La inteligencia artificial es una tecnología disruptiva, que, aunque parece novedosa, lleva desarrollándose décadas. Su definición no es todavía única ni homogénea, y a pesar de ello ya se empiezan a percibir los riesgos que su aplicación puede suponer. Sin embargo, un ámbito en el que puede verse su potencialidad, es en la implementación de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), que suponen un desafío para la década actual. En este artículo analizamos la interrelación, no exenta de cuestionamientos éticos y jurídicos, de la inteligencia artificial aplicada a la consecución de los ODS.

Palabras clave: Inteligencia artificial, Objetivos de Desarrollo Sostenible, nuevas tecnologías, Naciones Unidas.

Abstract: Artificial intelligence is a disruptive technology that, although it seems new, has been developing for decades. Its definition is not unique or homogeneous yet, and the risks can already be perceived. Nevertheless, an area in which its potential can be seen, is

in the implementation of the sustainable development goals (SDG), which represent a challenge for the current decade. In this article we analyze the interrelation, not exempt from ethical and legal questions, of artificial intelligence applied to the achievement of the SDG.

Keywords: Artificial intelligence, Sustainable Development Goals, new technologies, United Nations.

Recepción original: 27/09/2021

Aceptación original: 28/03/2022

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas han tenido lugar avances en la ciencia y en la tecnología que han supuesto importantes transformaciones. Entre todas las tecnologías emergentes, quizás la más llamativa, y a la que se ha dado más publicidad y minutos en medios de comunicación, sea la inteligencia artificial (IA, en adelante). La gran revolución digital que supone el uso de tecnologías disruptivas está conllevando a una transformación que nunca se había visto en la historia de la humanidad. Es imprescindible el análisis de las cuestiones éticas y jurídicas que plantean su aplicación.

Al mismo tiempo, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas, (ODS, en adelante), tienen como finalidad erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad de todas las personas. Sin duda, para el avance de estos objetivos, la inteligencia artificial supondrá un gran aliado. A pesar de que los ODS se enunciaron hace siete años, no existe una extensa y profunda investigación sobre los mismos ni cómo está siendo su evolución. Sí es cierto que se están realizando algunos estudios, a los que se hace referencia en este artículo, pero son parciales y muy centrados en temas concretos, lo cual dificulta todavía más conocer cómo está siendo su implantación, su desarrollo y su relación con las tecnologías emergentes.

El objetivo de este artículo, en concreto, es analizar la relación entre la IA y los ODS, desde las cuestiones éticas y jurídicas que plantea tal interrelación.

Para ello, iniciaremos con un breve *excursus* sobre el origen de la IA, sus modalidades y sus principales riesgos, para pasar, en un segundo momento, después de exponer cuáles son los ODS, a analizar su relación con la IA, desde los valores éticos y jurídicos que están en liza.

II. HISTORIA, ORIGEN Y CONCEPTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El primer hito en la historia de la IA se encuentra a mediados del siglo XIX, cuando Charles Babbage y Ada Lovelace concibieron las bases para la creación de ordenadores, *software* y algoritmos, a través del "*Analytical Engine*" del primero y de la investigación de la segunda sobre la programación de ordenadores para que pudieran llevar a cabo más tareas además de los cálculos[1].

En el siglo siguiente se produjeron tímidos avances, pero en 1937 Alan Turing diseñó el ordenador moderno digital y fundó una nueva rama de la ciencia, la informática[2].

Turing se planteó la pregunta de si las máquinas podrían pensar, lo cual plasmó en un artículo titulado "*Computing Machinery and Intelligence*". Además de reflexionar acerca de lo que significaba pensar y si las máquinas podrían realizar dicha tarea, quiso comprobar si una máquina sería capaz de sustituir a una persona humana en una conversación, de tal forma que, si conversara con una, ésta no fuera capaz de saber si lo hacía con una máquina u otro humano.

Turing, entonces, suponía que si una máquina era capaz de actuar como una persona humana, implicaba que tenía la misma inteligencia. Pero, al mismo tiempo, admitió la dificultad de la definición del concepto "pensar" y se quedó con la pregunta de si habría algún día computadores que pudieran hacer un buen desempeño en el *juego de imitación*. Este juego consistía en que un examinador humano intentaba descubrir si al otro lado hay una máquina, haciendo preguntas y evaluando las respuestas. En caso de que no consiguiera saber si es una máquina, se consideraría que ésta habría superado el test.

En el verano de 1956, un grupo de científicos dirigidos por Mccarthy, organizaron un seminario para el estudio de la IA, de donde nació una nueva línea de investigación interdisciplinar, que se pasaría a denominar como "inteligencia artificial", considerándose la cuna de esta ciencia.

Existió una primera fase con importantes expectativas y un gran entusiasmo, que, sin embargo, llevó al "primer invierno de la IA".

---

[1] CHURNIN, S, *Inteligencia Artificial: retos éticos y jurídicos y la influencia de los Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, pág. 38.

[2] Ibídem, pág. 38.

En una segunda fase, en la década de 1980, se vuelve a investigar en sistemas de IA con mayor éxito, y, sobre todo, despertando el interés de diversos gobiernos, como los de Estados Unidos o el Reino Unido, que llevaron adelante programas como Darpa, aunque a finales de esa década, los proyectos quedaron en dique seco.

En la tercera fase, ya en la década de 1990, la IA empezó a despegar, por el aumento del poder de las computadoras y de la fragmentación de la investigación en aplicaciones más específicas[3]. Es en esta época cuando *Deep Blue* de *IBM* consiguió vencer al ajedrez a Garry Kasparov.

En la cuarta fase, a partir del inicio del nuevo milenio, la IA se ha encontrado con el despegue de Internet, lo que, junto con el *Big Data*, ha conseguido que esta tecnología avance y consiga hitos inesperados[4].

Es innegable que en la actualidad la IA forma parte de la mayoría de la ciudadanía en los Estados con economías desarrolladas, llevándola en sus bolsillos a diario, y siendo usado de un modo generalizado por empresas y gobiernos.

Sin embargo, no existe un consenso sobre el término en la comunidad científica. Ha sido definido por cada autor en función de su enfoque, pudiéndose centrar en procesos mentales, en razonamientos o en la conducta humana que se trate de emular por el sistema de IA[5].

Mccarthy, en 1955, acuñó el concepto de IA, basándose en la idea de que se podían crear máquinas que fueran capaces de llevar a cabo tareas que requieran una inteligencia humana mediante la imitación o réplica de los procesos del pensamiento[6].

Navas navarro propone la siguiente definición: "*un campo de la ciencia y la ingeniería que se ocupa de la comprensión, desde el punto de vista informático, de lo que se denomina comúnmente comportamiento inteligente. También se ocupa de la creación de artefactos que exhiben este comportamiento*"[7].

Se deduce de dicha descripción que se trataría de imitar las capacidades del cerebro humano, de modo que se presentaran comporta-

[3] Ibídem, pág. 101.
[4] Ibídem, pág. 103.
[5] NAVAS NAVARRO, S., (Dir.), *Inteligencia Artificial: Tecnología, Derecho*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 23.
[6] SOLAR CAYÓN, J. I., *La Inteligencia Artificial Jurídica: el impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 22.
[7] NAVAS NAVARRO, S., (Dir.), *op. cit*., pág. 23.

mientos inteligentes, emulando y automatizando tareas intelectuales. Es aplicable a prácticamente todos los ámbitos de las actividades intelectuales humanas, pues utiliza técnicas y conocimientos de diversas disciplinas, como la filosofía, la economía, la ingeniería, la neurociencia o las matemáticas, por citar algunas[8].

Nieva Fenoll argumenta que no existe un consenso sobre este concepto, pero sí que *"podría decirse que describe la posibilidad de que las máquinas, en alguna medida 'piensen', o más bien imiten el pensamiento humano a base de aprender y utilizar las generalizaciones que las personas usamos para tomar nuestras decisiones habituales"*[9].

Suñé Llinás hace suya la definición de Moore, que decía: *"la inteligencia artificial es la ciencia y la ingeniería que hace a los ordenadores comportarse de una manera que, hasta hace poco, creíamos que requería inteligencia humana"*[10].

Para Boden, la IA *"tiene por objeto que los ordenadores hagan la misma clase de cosas que puede hacer la mente"*[11]. Entiende que algunas se pueden describir como inteligentes, como razonar, pero otras no, como la visión, siendo precisamente el conjunto de todas ellas lo que permite a seres humanos y animales alcanzar sus objetivos[12].

Sáiz Santamaría, siendo consciente de que *"la doctrina no ha establecido una definición unánimemente aceptada del concepto de Inteligencia Artificial, y, por tanto, son muchas las definiciones que pueden encontrarse"*[13], además de proponer la de Mccarthy, se hace eco de la de Minsky, que propuso la siguiente: *"la ciencia de construir máquinas para que hagan cosas que, si las hicieran humanos, requerirían de inteligencia"*.

Rouhiainen también considera que la definición de IA es complicada porque es un tema complejo, razón por la cual se pueden encontrar distintas definiciones[14]. La simplifica definiéndola como *"la*

---

[8] Ibídem, pág. 24.

[9] NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 20.

[10] SUÑÉ LLINÁS, E., *Derecho e Inteligencia Artificial: de la robótica a lo posthumano*, Ed. Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2020, pág. 87.

[11] BODEN, M.A., *Inteligencia Artificial*, Ed. Turner Publicaciones, Madrid, 2017, pág. 11.

[12] Ibídem, pág. 11.

[13] SÁIZ SANTAMARÍA, N., "Personalidad electrónica: ¿el nuevo estatus jurídico de los robots?", en ORTEGA BURGOS, E., (Dir.) *Nuevas tecnologías 2021,* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 846.

[14] ROUHIAINEN, L., *Inteligencia Artificial: 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*, Ed. Planeta, Barcelona, 2018, pág.16.

habilidad de los ordenadores para hacer actividades que normalmente requieren inteligencia humana". Pero, además, da una definición más detallada: "*la IA es la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano*".

Barrio Andrés entiende que la inteligencia artificial es una "*herramienta de software (que puede ser integrada en un robot) que es, hasta cierto punto, inteligente*"[15].

Para Orozco González, "*la IA se presenta como cualidad de las máquinas complejas basada en un conjunto de algoritmos sistematizados en un programa informático que rige un hardware para dotarle de un funcionamiento 'como un ser humano'. Por tanto, es un sistema complejo adaptado a un contexto específico, que analiza la información recabada —¿poder sensorial?—, la procesa y evalúa y adapta su comportamiento y decisiones a las situaciones concretas*"[16].

ROGEL Vide considera que "*sólo puede hablarse de inteligencia artificial, como licencia del lenguaje, para hacer referencia a la posibilidad, que determinadas máquinas, creadas por los hombres, tienen de resolver problemas o de llevar a cabo tareas mediante la realización de ecuaciones, mediante algoritmos, cual si de hombres o mujeres se tratare, ac si, als ob por vía de ficción*"[17].

Bonmatí Sánchez y Gonzalo Doménech definen la IA como "*un conjunto de tecnologías cuya finalidad es la de reproducir la inteligencia humana, es decir, el funcionamiento analítico de un cerebro*".[18]

Borges Blázquez considera que el uso del término IA hace referencia "*a los sistemas que manifiestan un comportamiento 'inteligente', que son capaces de analizar su entorno y, con cierto grado de autonomía, tomar decisiones para alcanzar objetivos específicos*"[19]. Pero más

[15] BARRIO ANDRÉS, M., *Manual de Derecho Digital*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 56.

[16] OROZCO GONZÁLEZ, M., "Inteligencia artificial y robótica. Propuestas para la configuración de un estatuto jurídico", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 8, septiembre 2021 [en línea].

[17] ROGEL VIDE, C., "Robótica y Derecho: primera aproximación", en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y. y GRAU RUIZ, M. A. (Dir.) *Nuevas Tecnologías y Derecho: Retos y Oportunidades Planteados por la Inteligencia Artificial y la Robótica*, Ed. Juruá, Porto, 2019, pág. 15.

[18] BONMATÍ SÁNCHEZ, J. y GONZALO DOMÉNECH, J. J., "La gestión de riesgos y su encaje legal en la regulación de la inteligencia artificial" en FUENTES SORIANO, O., (Dir.) *Era digital, sociedad y derecho*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 117.

[19] BORGES BLÁZQUEZ, R., "La inteligencia artificial en el proceso penal y el ¿regreso? de Lombroso" en BARONA VILAR, S., (Ed.) *Justicia algorítmica y neuro-*

allá, pues afirma que el término IA es *"una mezcla de eufemismo y desiderátum. Es eufemismo porque lo correcto sería denominarla 'sistema para el tratamiento y análisis automático de información' que es realmente lo que estudiamos. Y es un deseo porque detrás de estos sistemas existe una voluntad de que sean inteligentes, que sean capaces de tener o imitar procesos cognitivos de los seres humanos"*[20].

López Oneto afirma que *"es una ciencia compleja construida con fundamentos extraídos principalmente de la filosofía, las matemáticas, la economía, teoría de la información, las neurociencias, la psicología, la ingeniería computacional (hardware y software), teoría del control, cibernética y lingüística, […] podría ser comprendida como una disciplina científica que busca desarrollar métodos y algoritmos, soportados en sustratos artificiales que permitan generar comportamientos inteligentes, […] sería aquella que exhiben ciertos sistemas o artefactos construidos por el hombre, […] así es como se ha conjeturado que un sistema artificial poseería inteligencia cuando es capaz de llevar a cabo tareas que, si fuesen realizadas por un humano, se diría de este que es inteligente"*[21].

El Parlamento Europeo presentó una Propuesta de Reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, la implementación y el uso de la inteligencia artificial, que se aprobó en octubre de 2020, en donde define la IA como *"un sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que manifiesta un comportamiento inteligente al ser capaz, entre otras cosas, de recopilar y tratar datos, analizar e interpretar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos"*[22].

Para el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre la Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, *"los sistemas de IA son sistemas de software, y posiblemente también de hardware, diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital, percibiendo su entorno a través de la adquisición de datos, interpretando los datos, estructurados o no, razonando sobre el conocimiento o el procesamiento la información, derivado de estos datos y decidir la mejor acción a tomar para conseguir el objetivo prefijado. […] Como disciplina científica, la IA incluye varios enfoques y técni-*

derecho: una mirada multidisciplinar, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 161.

[20] Ibídem, pág. 162.

[21] LÓPEZ ONETO, M., *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial ¿Queremos seguir siendo humanos?*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 39.

[22] OROZCO GONZÁLEZ, M., *op. cit.*

cas como el aprendizaje automático, el razonamiento automático y la robótica"[23].

La Comisión Europea, en su Comunicación sobre IA de 25 de abril de 2018, la define como los "*sistemas que muestran un comportamiento inteligente a través del análisis de su entorno y actuando – con algún nivel de autonomía – para alcanzar metas específicas*"[24].

En un Dictamen sobre la IA en 2017, el Comité Económico y Social Europeo, expuso que "*no existe una definición concreta y aceptada de la inteligencia artificial*"[25].

Incluso existen autores, como Carabantes López, que sostienen que la IA es una tecnología que todavía no existe[26], pues entiende que hay máquinas que pueden realizar ciertas tareas mejor que las personas humanas, pero no se puede decir que sean auténticas inteligencias artificiales, ya que su inferioridad radica en que carecen, principalmente, de dos habilidades: la del lenguaje y la de la versatilidad humana para hacer un intento pasable en casi cualquier cosa[27]. El hecho de que se hable de esta tecnología está más relacionado con el imaginario popular, a través de la mercadotecnia, de las personas humanas que investigan la IA o de la ciencia ficción, que de la propia realidad[28].

Pero lo que es evidente es que esta tecnología sí existe y que está teniendo un gran impacto en la sociedad, razón por la cual no debe dejarse a un lado la gran responsabilidad que ello supone, estableciendo límites tanto legales como éticos.

A pesar de que no existe una única definición sobre la IA, sí se puede considerar que existe un posicionamiento común sobre su catalogación[29]. En 1994, Russell y Norvig, publicaron "*Inteligencia Artificial: un enfoque moderno*", en el cual distinguían cuatro tipos de IA[30]:

---

[23] Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, 2019. Una definición de la IA: principales capacidades y disciplinas. Disponible en: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines (consultado 21/01/2021).

[24] OROZCO GONZÁLEZ, M., *op. cit.*

[25] SÁNCHEZ-BLEDA, P., "Inteligencia artificial & derecho… ¿binomio posible?", en ORTEGA BURGOS, E., (Dir.) *Nuevas tecnologías 2021,* Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2021, pág. 863.

[26] CARABANTES LÓPEZ, M., *Inteligencia artificial: una perspectiva filosófica*, Ed. Escolar, Salamanca, 2016, pág. 10.

[27] Ibídem, pág. 10.

[28] Ibídem, pág. 10.

[29] SÁNCHEZ-BLEDA, P., *op. cit.*, p. 864.

[30] Ibídem, pág. 864.

1. Sistemas que imitan cómo piensan los humanos, capaces de automatizar actividades, resolver problemas y aprender.
2. Sistemas que actúan como humanos realizando tareas de una forma similar o superior a como lo harían los humanos.
3. Sistemas que piensan racionalmente imitando al pensamiento humano, capaces de buscar soluciones a partir de un contexto dado.
4. Sistemas que actúan racionalmente imitando el comportamiento humano.

La IA no es una tecnología independiente, sino que complementa a otras tecnologías disruptivas, de manera que se integra y amplifica a las demás y viceversa. ¿Es equiparable la inteligencia humana con la inteligencia artificial? Tegmark define la inteligencia como *"la capacidad de alcanzar objetivos complejos"*[31], y la IA como *"inteligencia no biológica"*[32]. Por lo tanto, las equipara, siendo la única diferencia el carácter biológico de la primera. Se puede considerar que existen varias modalidades de IA, y, siguiendo a Barrio Andrés la clasificación se podría hacer del siguiente modo, con una aceptación generalizada[33]:

— La IA "débil" (o *estrecha*), diseñada para realizar una tarea concreta, en algo específico, no teniendo autoconciencia. Por ejemplo, *Deep Blue* de *IBM*, que sólo juega al ajedrez.

— La IA "fuerte", también denominada Inteligencia General Artificial (IAG) o IA *profunda*. Podría igualar o incluso exceder a la inteligencia humana, definiéndose como la *"capacidad de razonar, representar el conocimiento, planificar, aprender, comunicarse en lenguaje natural e integrar todas estas habilidades hacia un objetivo común"*. De momento esta IA no existe, y la doctrina científica discute sobre si algún día existirá.

— La súper inteligencia, que sería la capacidad de razonar y resolver problemas de forma notablemente superior a la de una persona humana. Se vincula con el término de "singularidad tecnológica" (término que fue acuñado por Vernor Vinge en 1993). Si esta singularidad ocurriera, no existiría distinción entre las personas humanas y las máquinas.

[31] TEGMARK, M., *Vida 3.0: Qué significa ser humano en la era de la inteligencia artificial*, Ed. Penguin Random House, Barcelona, 2018, pág. 70.
[32] Ibídem, pág. 56.
[33] BARRIO ANDRÉS, M., *op. cit.*, 2020, págs. 56 y 57.

Hasta el momento, todas las aplicaciones de IA que se han creado se encuentran en el primer grupo, en el de IA débil, porque sus aplicaciones son limitadas.

Esta distinción entra IA débil y fuerte, posibilita distinguir entre dos tipos de IA. La primera *"sería la ciencia e ingeniería que permite diseñar y programar ordenadores de forma que realicen tareas que requieran inteligencia"*[34], mientras que la segunda *"sería la ciencia e ingeniería que permitiría replicar la inteligencia humana mediante máquinas"*[35].

III. RIESGOS Y POTENCIALIDADES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Si bien es cierto que las nuevas tecnologías pueden mejorar el mundo y a la humanidad, no es menos cierto que debido al modo en que se han configurado, no se han tenido en cuenta ciertos aspectos que son fundamentales, como la seguridad[36]. Además, hay cuestiones éticas y jurídicas de fondo en su empleo, algunas de las cuales se establecen como "riesgos" que, según Cumbreras y López pueden suponer su uso y desarrollo, como los siguientes[37]:

— Opacidad o falta de transparencia en la toma de decisiones automatizada (IA de caja negra y explicabilidad). La opacidad es una característica de algunos sistemas que se basan en IA, relacionado con su capacidad de mejora de ejecución de los procesos aprendiendo de su propia experiencia. El riesgo se basa en que, en ocasiones, se desconoce cómo llegan a tomar esas decisiones, produciéndose el "efecto caja negra", impidiendo incluso un control *a posteriori*. La explicabilidad es una característica básica de los sistemas de IA, que deben ser capaces de poder explicar sus acciones.

— Injusticia, parcialidad, discriminación y falta de contestación. Existe un importante problema con los sesgos de los datos.

[34] LÓPEZ ONETO, M., *op. cit.*, pág. 45.
[35] Ibídem, pág. 45.
[36] CUMBRERAS, M. y LÓPEZ, P., "¿Es necesario un marco ético para guiar el desarrollo y uso de la inteligencia artificial en las organizaciones?" en LLEDÓ YAGÜE, F., BENÍTEZ ORTÚZAR, I., MONJE BALMASEDA, O., (Dir.) *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2021, pág. 455.
[37] Ibídem, págs. 455 a 461.

Debido a que muchos sistemas de IA tienen incorporados sistemas de *machine learning*, para poder llevar a cabo correctamente sus funciones, usan una gran cantidad de datos, lo que puede suponer que esos datos influyan de manera negativa en el sistema, ya que no pasan ningún filtro o control, incluyendo, por tanto, cualquier tipo de información (incluyendo datos sesgados, falsos o no inclusivos). Al acoger esos datos, tomará decisiones con base en ellos, llegando a conclusiones, en ocasiones, injustas, parciales o discriminatorias. Aún así, también es necesario poner de relevancia que ya existen procedimientos y métodos para localizar y paliar estos sesgos.

— Impacto en la salud mental. La conducta futura de aplicaciones de IA no estaría exenta de la producción de riesgos para la salud mental de las personas usuarias, debido al uso de estos sistemas, en especial en relación con los robots y sistemas de IA humanoides. Podría incluso aparecer el denominado "complejo de Frankenstein"[38]: el miedo a que las máquinas nos lleguen a dominar.

— Impacto en la privacidad y la protección de datos. A través de los datos que se generan y se recopilan a mediante sistemas de IA, se puede obtener información acerca de las personas, vulnerando sus derechos, pudiendo llegar a ser objeto de decisiones automatizadas, la creación de perfiles que les perjudiquen o la exclusión basada en datos íntimos.

— Impacto en la propiedad intelectual. Se plantean preguntas relevantes acerca de la propiedad intelectual de las obras creadas por un sistema de IA. ¿A quién pertenecen esas obras? ¿Quién ha de ser el responsable si plagian otra obra preexistente? ¿Sus invenciones deben considerarse como arte previo? El sistema de IA en sí mismo está claro que es creado por una persona humana, por lo que no existen dudas acerca de su propiedad intelectual, pero sí sobre sus creaciones o sus comportamientos. Son cuestiones que todavía deben ser estudiadas, sobre las que se debe profundizar y legislar.

— Impacto en la definición de personalidad jurídica. Es una cuestión muy repetida: ¿se pueden considerar los sistemas de IA como sujetos de Derecho? ¿Se debería crear una categoría específica? De momento, no parece existir unanimidad en la

[38] LUQUE, A., "¿Secularización o ilusión?", en AA. VV., *Postmodernidad. Preguntas, debates y perspectivas*, Ed. Abya-Yala, Quito, 1998, pág. 156.

doctrina, aunque la mayoría de las tesis actuales son más propensas a denegar la creación de cualquier tipo de personalidad jurídica mecánica o similar.

— Impacto en la seguridad. Debido a que estos sistemas son complejos, sus componentes, dispositivos y productos pueden influir en el funcionamiento de otros. ¿Quién controla a estos sistemas? ¿En qué se basa para realizar ese control?

— Vulnerabilidades de la IA en materia de ciberseguridad. El informe RAND[39] pone de manifiesto diversos problemas de seguridad nacional relacionados con la IA, como la toma de decisiones automatizadas que puede llevar a errores con un alto coste, el uso de armas de IA sin la intervención humana, o problemas de vulnerabilidad de la IA en la ciberseguridad. Además, señala la afectación de los derechos fundamentales de la ciudadanía debido al uso de agentes artificiales de vigilancia por parte de los gobiernos.

Los derechos que se ven implicados y los riesgos potenciales del uso de la tecnología basada en la IA implican la necesaria reflexión ético-jurídica acerca de los derechos que pueden verse afectados[40].

De ahí que sea fundamental la configuración de una serie de principios éticos y jurídicos que posibiliten la garantía de los derechos y libertades en el mundo digital, puesto que los muros legislativos nacionales o interregionales ya no garantizan las necesidades jurídicas creadas en la sociedad disruptiva digital actual[41].

La IA forma parte del día a día de todas las personas humanas, desde la personalización de contenidos audiovisuales, a asistentes domésticos, pasando por *chatbots*[42]. *Por ello, es innegable que gran parte de las decisiones que se toman a diario se llevan a cabo por "modelos matemáticos, dada la capacidad de general conocimiento propio y tomar decisiones por si mismos mediante aprendizaje automático (machine learning) y aprendizaje profundo (deep learning)"*[43], tendencia que seguirá al alza en el futuro.

Los sistemas legislativos actuales, que dependen de una alta intervención de los gobiernos, así como de largos procedimientos burocrá-

[39] Disponible en: https://www.rand.org.pubs/perspectives/PE237.html (consultado 12/12/2021).
[40] CUMBRERAS, M. y LÓPEZ, P., *op. cit*., pág. 461.
[41] Ibídem, pág. 345.
[42] SÁNCHEZ-BLEDA, P., *op. cit*., pág. 866.
[43] Ibídem, pág. 866.

ticos que tardan años en dar respuesta a los problemas legales que se plantean en el ámbito de las nuevas tecnologías, supone la necesidad de plantear la existencia de sistemas regulatorios más ágiles, tanto para las personas físicas como para las jurídicas[44].

Kurzweil predice que en el año 2030 una máquina será capaz de superar el test de Turing, alcanzado el nivel de *Artificial General Intelligence*, igualando con ello a la inteligencia humana, y en el 2045, por la combinación entre la *Aritificial Super Intelligence* y otras nuevas tecnologías, será capaz de superar a la inteligencia humana, llegando a tener consciencia y logrando objetivos que ahora son inalcanzables y utópicos para las personas humanas, como la erradicación de la pobreza, del hambre, de la guerra e, incluso, consiguiendo la inmortalidad[45]. Ciertos avances de la IA pueden ayudar a mejorar y facilitar la vida de la gente, sin embargo otros pueden llevar a consecuencias indeseables que incluso podrían terminar con la especie humana, por lo que Boden afirma que *"no podemos darle rienda suelta a la investigación en IA"*[46].

Diéguez opina que hasta que la humanidad no sea capaz de desarrollar herramientas para controlar a estas nuevas tecnologías, que pueden llegar a destruir la especie humana, se debería *"limitar la implementación de los avances en Inteligencia Artificial al desarrollo de sistemas capaces de realizar tareas concretas y abandonar para siempre el proyecto de crear una inteligencia artificial general, que además de ser el de más incierta factura, sería el más amenazador para la seguridad de los seres humanos"*.

Sánchez-Bleda considera que debe existir un marco legal supranacional que regule la IA, que le permita desplegar todos sus efectos beneficiosos, que evite y minore los daños que pueda causar y que se base en el control humano sobre los sistemas de IA[47]. A pesar de que existen ciertas Declaraciones y otros instrumentos internacionales similares, lo cierto es que no se puede considerar ese pretendido marco legal supranacional. A nivel comunitario, existen Reglamentos y otras normas que se basan principalmente en la protección de datos. Pero nada más. Por ello, Sánchez-Bleda alega que es necesario salir del "mundo de sombras" de la regulación de la IA, siendo necesaria una IA lícita, que cumpla unos requisitos legales definidos, de forma

[44] BONMATÍ SÁNCHEZ, J. y GONZALO DOMÉNECH, J. J., *op. cit*., pág. 120.
[45] LLANO ALONSO, F. H., *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 95.
[46] Ibídem, pág.103.
[47] SÁNCHEZ-BLEDA, P., *op. cit*., pág. 873.

ética, que garantice principios y valores éticos, y, en especial, que sea controlada por el ser humano[48]. La IA debe ser un aliado y no una amenaza.

En la Unión Europea existe un Comité Europeo de Expertos en IA y en España un Consejo Asesor de IA, barajándose incluso la posibilidad de la creación de un Ministerio de IA, como existe en Emiratos Árabes.

En el informe "*Artificial Inteligence and Life in 2030*"[49] de 2016, la Universidad de Stanford detalla siete ámbitos en los que IA tendrá un gran impacto en la próxima década[50]: comunidades de recursos escasos; entretenimiento; educación; empleo y formas de trabajo; robots domésticos y de servicios; salud; seguridad pública; y transporte.

En el documento "*Legal and Regulatory Framework of Blockhain and Smart Contracts*"[51], del *European Union Blockchain Observatory and Forum,* se recogen unos principios básicos informadores que pueden ser aplicados a cualquier regulación sobre nuevas tecnologías[52]:

— Elaboración de unas definiciones sencillas, pero usables.

— Divulgación de las interpretaciones legales del modo más amplio posible.

— Elección de un enfoque adecuado normativamente.

— Armonización de la normativa y sus interpretaciones.

— Apoyo para las personas con responsabilidad política, de forma que puedan comprender la tecnología.

— Trabajo preferencial de los casos de uso de alto impacto.

— Seguimiento de la evolución de los casos menos avanzados y fomento de la autorregulación.

Pero el gran reto de futuro será el de fijar una regulación ética, de forma que la IA esté al servicio de la humanidad, controlada por ésta y salvaguardando sus derechos[53]. Precisamente, una de las aplicaciones de la IA es la de emplearse en ciertas áreas que actualmente cons-

[48] Ibídem, pág. 874.

[49] Disponible en https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj18871/files/media/file/ai100report10032016fnl_singles.pdf (consultado 15/09/2021).

[50] SÁNCHEZ-BLEDA, P., *op. cit.,* pág. 866.

[51] Disponible en: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf (consultado 27/10/2021).

[52] BONMATÍ SÁNCHEZ, J. y GONZALO DOMÉNECH, J. J., *op. cit.,* pág. 121.

[53] SÁNCHEZ-BLEDA, P., *op. cit*., pág. 867.

tituyen un desafío y que se han consolidado con la denominación de los "Objetivos de Desarrollo Sostenible" (ODS) de Naciones Unidas, que a continuación veremos.

IV. LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA IA

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible *"constituyen un llamamiento universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y perspectivas de las personas en todo el mundo"*[54]. En el año 2015, los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas aprobaron 17 Objetivos como parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la cual se establece un plan para alcanzarlos en el plazo de 15 años[55]. El lema de la Agenda es *"transformar nuestro mundo"*[56].

Estos ODS son una continuación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), que se acordaron en los inicios del s. XXI para impulsar la cooperación internacional en la lucha contra el hambre, la pobreza extrema o el cambio climático, además de promover derechos y necesidades básicas como la educación, la sanidad o el agua para todos[57]. Los ODM fueron un punto de partida para intentar aunar esfuerzos y conseguir una serie de metas y objetivos, que, al no verse cumplidos, se intentó una redefinición y reinvención que dio lugar a los ODS[58].

Estos 17 objetivos y 169 metas intentan fomentar la acción de los Estados hacia estrategias de desarrollo sostenibles e incluyentes. La Agenda, que está compuesta por estos objetivos y metas, es *"comprehensiva y ambiciosa, y se ha definido desde su origen como universal, emplazando a todos y cada uno de los países, a sus gobiernos y a sus sociedades a una acción transformadora de gran calado"*[59]. Por lo tanto,

---

[54] https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/ (consultado 13/12/2020).

[55] https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/ (consultado 13/12/2020).

[56] MARTOS ESCAMILLA, Y., *Objetivos de Desarrollo Sostenible. Agenda 2030*, Ed. E-Learning S.L., España, 2020, pág. 8.

[57] HERRANZ DE LA CASA, J. M. y GÓMEZ CIRIANO, E.J., (coords.) *Los objetivos de desarrollo sostenible desde una perspectiva de Derechos Humanos, el trabajo social y la comunicación,* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 27.

[58] Ibídem, pág. 28.

[59] ALONSO, J. A. y AYUSO, A., (coords.) *Acercar los Objetivos de Desarrollo Sostenible a la ciudadanía. El compromiso de Europa con la Agenda 2030*, Ed. CIDOB, Barcelona, 2017, pág.11.

la implicación no es sólo de los gobiernos, sino de todas las partes que conforman la sociedad, incluyendo a la ciudadanía.

Son objetivos que suponen un importante desafío, cuya finalidad es proteger la continuidad de la humanidad. La ONU considera que pueden conseguirse en un breve espacio de tiempo si la IA se aplica a ello[60]. Por esta razón, promueve el desarrollo de esta tecnología en función de la sustentabilidad de la humanidad, conectada ecológicamente con el planeta, sin embargo, no propicia un avance hacia la posthumanidad y la hibridación de la especie humana mediante las nuevas tecnologías por considerar que ello no contribuiría a la sostenibilidad del planeta[61].

Precisamente Kurzweil, considera que la aplicación de la IA a ciertas áreas, como esta, puede erradicar la pobreza, el hambre o la guerra, que son parte de la base de estos ODS. Tanto la IA como otras tecnologías emergentes, pueden ayudar a conseguir la misión que se propone a través de estos objetivos. Incluso, dentro de la IA, se empieza a hablar de la AI4SG, como la inteligencia artificial para el bien común, que pretende que esta tecnología pueda resolver problemas sociales que lleven a la mejora del bienestar de las personas humanas, de la sociedad en su conjunto y del planeta[62].

Y a pesar de que la Agenda 2030 y estos ODS no tienen fuerza normativa, no es menos cierto que sí tienen un consenso ético global, que sirve de orientación para todos los Estados en sus futuros desarrollos legislativos[63]. Debe tenerse en cuenta que simplemente una tecnología o unos objetivos no van a hacer que el mundo sea más justo, pues son precisamente las personas humanas y cómo usan esas tecnologías y cómo llevan a cabo esos objetivos, las que pueden resolver todos los problemas que existen en la actualidad en el mundo.

¿Cuáles son esos 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible[64]?

Objetivo 1: Fin de la pobreza.

Objetivo 2: Hambre cero.

Objetivo 3: Salud y bienestar.

---

[60] LÓPEZ ONETO, M., *op. cit.*, pág. 184.

[61] Ibídem, pág. 185.

[62] MONASTERIO ASTOBIZA, A., "Inteligencia Artificial para el bien común (AI4SG): IA y los Objetivos de Desarrollo Sostenible", *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Vol. 197-802, octubre-diciembre 2001, pág. 2.

[63] LÓPEZ ONETO, M., *op. cit.*, pág. 185.

[64] https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/ (consultado 13/12/2020).

Objetivo 4 Educación de calidad.

Objetivo 5: Igualdad de género.

Objetivo 6: Agua limpia y saneamiento.

Objetivo 7: Energía asequible y no contaminante.

Objetivo 8: Trabajo decente y crecimiento económico.

Objetivo 9: Industria, innovación e infraestructura.

Objetivo 10: Reducción de las desigualdades.

Objetivo 11: Ciudades y comunidades sostenibles.

Objetivo 12: Producción y consumo responsables.

Objetivo 13: Acción por el clima.

Objetivo 14: Vida submarina.

Objetivo 15: Vida de ecosistemas terrestres.

Objetivo 16: Paz, justicia e instituciones sólidas.

Objetivo 17: Alianzas para lograr los objetivos.

La categorización de los ODS se puede realizar a través de dos clasificaciones: según su alcance o según su dimensión de necesidad humana[65].

Los cinco pilares de alcance, también denominados las *5 Ps*[66] de los ODS son los siguientes:

— Personas (*people*): abarca aquellos ODS relacionados con los derechos y necesidades de las personas, lo que serían los ODS del 1 al 5.

— Prosperidad (*prosperity*): engloba el ODS que pretende garantizar una vida plena y próspera de las personas, el ODS 8.

— Paz (*peace*): comprende los ODS que promueven sociedades pacíficas, inclusivas y justas, los ODS 10 y 16.

— Pacto (*partnership*): incluye aquellos ODS que buscan reforzar alianzas globales, impulsando la participación de personas, gobiernos y entidades en proyectos de sostenibilidad, el ODS 17.

[65] MONTES, R., *et al.*, *Inteligencia Artificial y Tecnologías Digitales para los ODS*, Publicación de la Real Academia de Ingeniería, Granada, 2021, pág. 100.

[66] Por comenzar todos por la letra p en inglés.

— Planeta (*planet*): comprende los ODS orientados a proteger el planeta, los ODS 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14 y 15.

Además de estos cinco pilares de alcance, existe otro planteamiento para su categorización, basado en tres dimensiones de necesidad humana necesarias para alcanzar el desarrollo sostenible[67].

En primer lugar, se encuentra la dimensión económica, enfocada en el desarrollo sostenible a nivel económico, que se puede subdividir en dos perspectivas: la primera, la de la vida, que se centra en la disminución de la pobreza, el abastecimiento alimentario y la salud; la segunda, el desarrollo económico y tecnológico, relacionado con el crecimiento económico, la industrialización sostenible y la innovación.

En segundo lugar, la dimensión social, centrada en el desarrollo sostenible a nivel de igualdad y bienestar social. Se divide también en dos perspectivas: la de desarrollo social, sobre comunidades sostenibles, justicia, paz y consumo responsable; y la de igualdad en el acceso a la educación, el empleo, etc.

En último lugar, la dimensión medioambiental, orientada en la conservación del medio ambiente y los recursos para su sostenibilidad. Al igual que las dos anteriores, se subdivide en dos perspectivas: la de recursos, que incluye agua, energía limpia, producción y consumo responsable; y la de medio ambiente, que se centra en el clima y ecosistema.

Pues bien, la relación entre la IA y los ODS viene dada porque éstos apuestan por la innovación y el desarrollo tecnológico, razón por la cual se debe poner de manifiesto el nexo de unión que existe entre las tecnologías emergentes, en especial la IA y los ODS. La IA debe aspirar a ser la impulsora para conseguir el desarrollo y obtención de los ODS.

En este sentido, el estudio desarrollado por Wu, Guo, Huang, Liu y Xiang[68], en el cual se ofrecen diversos escenarios del uso de la IA en los ODS de dimensión económica, social y medioambiental. Estos escenarios son los siguientes[69]:

— Medir y combatir la pobreza. Para erradicarla es necesario un enfoque eficaz y preciso, siendo imprescindible el acceso a co-

[67] MONTES, R., *et al.*, *op. cit.*, pág. 103.

[68] Disponible en: https://ieeexplore.ieee.org/document/8306870 (consultado 15/08/2021).

[69] MONTES, R., *et al.*, *op. cit*., pág. 105.

nocimientos útiles para combatirla. Con técnicas de estimación y medición bajo incertidumbre basadas en IA, así como los sistemas de acceso a la información, que tienen un papel muy importante en este contexto.

— Agricultura sostenible. Se puede analizar el uso de pesticidas a través de controles computacionales, utilizar la tecnología *blockchain* para el control sostenible de la producción de alimentos y sus desechos o incluso el uso del "cultivo inteligente" (*smart farming*) que a través de redes inalámbricas puede mejorar la producción sostenible de alimentos de calidad así como una mejora en los sistemas de riego de los cultivos.

— Tecnologías inteligentes y vida saludable. Ya se están empezando a utilizar plataformas de servicios médicos online y aplicaciones de atención sanitaria personalizada, así como la implantación de los hogares inteligentes (*smart homes*) basados en el internet de las cosas (*IoT*), que ayudan a todas las personas, incluyendo las más vulnerables.

— Educación y aprendizaje. Internet y las plataformas de *e-learning* y *m-learning* dan la oportunidad a todas aquellas personas que no pueden recibir una educación presencial, además de que cuenta con el potencial del uso de técnicas de personalización mediante IA.

— Reflexión en la ingeniería. Es innegable el hecho de que la ingeniería ha provocado en diversas ocasiones perjuicios al medioambiente, razón por la cual es necesario realizar un replanteamiento en el desarrollo de cualquier proyecto en este campo, de forma que la sostenibilidad sea un elemento clave. Todo ello se puede llevar a cabo realizando un estudio a través de los datos con aprendizaje inteligente e IA.

— Igualdad y "*social media*". En la actualidad las actividades sociales han sufrido cambios, pasando a encontrarse principalmente en las plataformas de "*social media*", que aunque en ocasiones puedan suponer un perjuicio, no es menos cierto que a través de tecnologías tales como el procesamiento del lenguaje natural y del análisis de sentimientos se pueden identificar comportamientos contrarios a la igualdad, a la dignidad, a la inclusividad y a la integridad de las personas que usan dichas plataformas.

— Ciudades inteligentes futuras. El internet de las cosas se ha afianzado como el impulsor para lograr la sostenibilidad en ciudades inteligentes.

— Arquitecturas digitales para los ODS medioambientales. La arquitectura también es necesaria para el desarrollo sostenible, pues a través de las tecnologías de la información y comunicación puede promover los ODS de índole medioambiental. A través del análisis de grandes datos (*Big Data*), tanto bióticos como no bióticos, se puede extraer información para mejorar y promover los ODS medioambientales.

Otro estudio llevado a cabo por Vinuesa, Azizpour, Leite, Balaam, Dignum, Domisch, Falländer, Langhans, Tegmark y Nerini[70], muestra tanto el impacto positivo como el negativo que la IA puede ejercer en el desarrollo sostenible.

Con las evidencias que pone de manifiesto dicho estudio, teniendo en cuenta las 169 metas que subyacen a los 17 ODS, exponen que la IA podría ser catalizadora de 134 de estas metas, en otras 59 tendría un impacto negativo, mientras que en las 24 restantes podría jugar un papel negativo o positivo, según sea utilizada esta tecnología[71].

En concreto, en el estudio se muestran tres ejemplos donde la IA puede potenciar o impedir la sostenibilidad en tres ejes[72]:

— Economía: la IA en las redes sociales puede mostrar al usuario solamente información que sea conforme a sus ideas y creencias, reforzándolas y provocando la polarización política y social. Sin embargo, también puede ayudar a la identificación de desigualdades y conflictos, para, de ese modo, poder reducirlos.

— Sociedad: la IA a través del uso de satélites puede determinar áreas de pobreza y que puedan ser asistidas a través de la acción internacional, pero ello puede suponer también que se exijan cada vez más requisitos para el acceso al empleo, lo que aumentaría la desigualdad. Y ello sin dejar a un lado que el mal uso del *Big Data* conlleva el riesgo de que en las manos equivocadas se acentúen tendencias nacionalistas, el odio hacia las minorías o incluso la manipulación de procesos electorales.

[70] Publicando en Nature, disponible en https://www.nature.com/articles/s41467-019-14108-y (consultado 16/08/2021).
[71] MONTES, R., *et al.*, *op. cit*., pág. 106.
[72] Ibídem, pág. 107.

— Medio Ambiente: no se puede dejar a un lado el hecho de que las técnicas de IA pueden ayudar a identificar el cambio climático, como, por ejemplo, áreas donde se está produciendo la desertificación, lo que podría apoyar a una planificación, gestión y toma de decisiones que puedan revertir dicho fenómeno. Sin embargo, el propio uso de la IA puede suponer que estos procesos aumenten, pues para el uso de esta tecnología podría ser necesario el uso de energías no limpias o no renovables, lo que agravaría el problema.

Es de destacar la importancia y complejidad de la interacción entre la IA y la tecnología, la sociedad y el medio ambiente[73]. Los adelantos tecnológicos contribuyen en la manera en que las personas humanas trabajan e interactúan entre sí y su entorno, acudiendo a la tecnología para la satisfacción de sus necesidades. Esto afecta también a los gobiernos, que son responsables *in vigilando*, pero también pueden serlo *in eligendo*. Son los gobiernos quienes legislan sobre estas tecnologías, en todos los ámbitos y en todas las situaciones.

No se debe obviar que es el medio ambiente el que proporciona los recursos necesarios para el desarrollo tecnológico, pues sin los materiales que suministra no se podría construir ningún dispositivo o herramienta, pero, al mismo tiempo, es el que sufre el impacto, en muchas ocasiones negativo, de dicho desarrollo, y ello a pesar de los límites que los gobiernos imponen.

Otras investigaciones, como las de Nguyen o Zwitter y Herman, se enfocan en la tecnología *blockchain*, que en los últimos años ha ido ganando terreno, especialmente en el campo financiero, lo cual podría ayudar a los ODS de tipo económico, pues ello sería beneficioso para los consumidores y el sistema bancario. También son de resaltar los contratos inteligentes (*smart contracts*), que gracias a esa tecnología *blockchain* eliminaría burocracia y ayudaría a la automatización, sin dejar a un lado que existiría un constante registro y verificación de la información, así como la reducción de tasas financieras. En contra, se podría citar que las bases reguladoras no serían completas o que la competitividad entre los bancos sería limitada. En ambas investigaciones, en general, se puede extraer el hecho de que la transformación que supone la aplicación de la tecnología *blockchain* ayudaría a las corporaciones a adaptarse al desarrollo sostenible de una manera holística.

[73] Ibídem, pág. 108.

Pero, además, en el estudio de Zwitter y Herman, se resalta que la tecnología *blockchain* puede ayudar a combatir la corrupción, mejorar ciertos derechos, como los de propiedad, la creación de identidades digitales seguras o incluso ayudar a luchar contra la desigualdad de género, todo ello en relación a los ODS. Aún así, consideran que se encuentra en una etapa inicial, siendo necesarias en su desarrollo la aplicación de principios éticos y la aplicación de un marco común de monitorización y evaluación.

Goralski y Tan[74] en su estudio reflexionan sobre que la IA puede ayudar al desarrollo económico transformando los procesos de consumo y de producción y a la gobernanza y medio ambiente. Estiman que la IA ha ayudado a "*(i) mejorar la eficiencia en la industria y sectores productivos, (ii) preservar valiosos recursos no renovables, (iii) difundir conocimiento experto, (iv) reducir las brechas entre recursos y tecnología y (v) construir alianzas multisectoriales (gobierno, sector privado, sociedad civil y ciudadanos) para maximizar la sostenibilidad global*".

Truby se centra en los riesgos sociales que puede conllevar la IA, con la propuesta de guías para su regulación. Considera como dos pilares claves la transparencia y la confianza, con la necesidad de la aplicación de estándares éticos bien definidos, para evitar, en especial, el miedo a lo desconocido en sistemas que pueden aprender y razonar de forma autónoma a partir de datos. Considera, asimismo, que es necesario regular conjuntamente entre todos los Estados que han firmado el compromiso de alcanzar los ODS para 2030.

Monasterio, a su vez, afirma que los principios éticos deben ser la base de la relación entre la IA y los ODS. Así, entiende que los principios de equidad, justicia, igualdad, solidaridad, precaución, igualdad de acceso y oportunidad, o el del acceso a bienes primarios, deben primar para que esos objetivos se consigan de una manera ética con la ayuda de las tecnologías emergentes.

El reto de la década actual, en relación con los ODS, es lograr su cumplimiento. Es necesaria una planificación adecuada por todas las partes implicadas para que pueda ser efectiva, teniendo en cuenta la idiosincrasia de cada territorio, pues no ha de existir una metodología única debido a la heterogeneidad de territorios y población de cada Estado.

Cada territorio tiene un punto de partida diferente a los demás para definir sus metas y objetivos.

[74] Ibídem, pág. 110.

Se debe plantear una interacción que sea adecuada entre ciudadanía, empresas, administraciones y otro tipo de organizaciones que permitan llevar a cabo y desarrollar estos ODS, a través de canales multidireccionales para la efectiva participación de todos, con el preceptivo seguimiento y control de los hitos y resultados que se vayan alcanzando.

Es fundamental, del mismo modo, la incorporación de nuevas tecnologías, como la IA, que coadyuven en todas las etapas de los procesos, integrando y unificando estándares y conexiones.

Para que estos ODS se cumplan y se apliquen es necesaria la efectiva participación de todos los actores implicados que han sido mencionados más arriba. Sin su implicación e intervención, es imposible que tengan futuro.

V. REFLEXIONES IN FINE

Las conclusiones que pueden extraerse del estudio ético de la IA, de los ODS, y de la relación entre ambos son muy claras.

Es necesario reflexionar sobre la IA, sobre sus límites, sus potencialidades y las consecuencias éticas y jurídicas que de su aplicación se derivan. No cabe duda de que la IA ya está afectando a la humanidad, planteando dilemas éticos a solventar no sólo por los desarrolladores, que deben esbozar y desarrollar los posibles escenarios que pueden darse en la relación entre las máquinas y las personas humanas, configurar el comportamiento ético de los sistemas de IA y definir su uso.

La IA puede resolver problemas desde un enfoque multidisciplinar, teniendo en cuenta que la ciencia evoluciona continuamente de una manera exponencial, con posibilidades y alternativas que se generan a cada nuevo paso que se da. La IA posee ese dinamismo que le permite avanzar a una velocidad nunca vista antes en el campo científico y puede desplegar de un modo innegable la realización de los ODS.

A la vez, desde el punto de vista ético-jurídico, es necesaria una mayor previsión legislativa para proteger los derechos que se ven afectados en su aplicación, el más importante el derecho a la privacidad, pero también la misma naturaleza de la especie humana, que podría tornarse en híbrida y desde ahí, totalmente manipulable. Una legislación internacional, como así se está proyectando desde la Unión Europea, es totalmente necesaria. También, desde la ONU se debe

desarrollar un papel fundamental para que la IA pueda contribuir a la consecución de los ODS, aumentar la riqueza global, el crecimiento y desarrollo de todos los Estados, debiéndolo hacer de un modo sostenible, de forma que se proteja la biodiversidad, los ecosistemas y los recursos naturales. A través de la IA se pueden conseguir grandes avances en los planos económicos, sociales y medioambientales, sobre todo teniendo en cuenta que existe un consenso ético global sobre los ODS, a pesar de que no tengan fuerza normativa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Postmodernidad. Preguntas, debates y perspectivas*, Ed. Abya-Yala, Quito, 1998.

ALONSO, J. A. y AYUSO, A., (coords.) *Acercar los Objetivos de Desarrollo Sostenible a la ciudadanía. El compromiso de Europa con la Agenda 2030*, Ed. CIDOB, Barcelona, 2017.

BARONA VILAR, S., *Algoritmización del derecho y de la justicia: De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

— (Ed.) *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

BARRIO ANDRÉS, M., *Manual de Derecho Digital*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

BODEN, M.A., *Inteligencia Artificial*, Ed. Turner Publicaciones, Madrid, 2017.

CARABANTES LÓPEZ, M., *Inteligencia artificial: una perspectiva filosófica*, Ed. Escolar, Salamanca, 2016.

CHURNIN, S, *Inteligencia Artificial: retos éticos y jurídicos y la influencia de los Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012.

FUENTES SORIANO, O., (Dir.) *Era digital, sociedad y derecho*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

GURREA MARTÍNEZ, A. y REMOLINA, A., (Dir) *Fintech, regtech y legaltech: fundamentos y desafíos regulatorios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

HERRANZ DE LA CASA, J. M. y GÓMEZ CIRIANO, E.J., (coords.), *Los objetivos de desarrollo sostenible desde una perspectiva de Derechos Hu-*

manos, el trabajo social y la comunicación, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

LLANO ALONSO, F. H., *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

LLANO ALONSO, F. H. y GARRIDO MARTÍN, J., (Eds.) *Inteligencia Artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

LLEDÓ YAGÜE, F., BENÍTEZ ORTÚZAR, I., MONJE BALMASEDA, O., (Dir.) *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2021.

LÓPEZ ONETO, M., *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial ¿Queremos seguir siendo humanos?*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020

MARTOS ESCAMILLA, Y., *Objetivos de Desarrollo Sostenible. Agenda 2030*, Ed. E-Learning S.L., España, 2020.

MONASTERIO ASTOBIZA, A., "Inteligencia Artificial para el bien común (AI4SG): IA y los Objetivos de Desarrollo Sostenible", *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Vol. 197-802, octubre-diciembre 2001.

MONTES, R., *et al*., *Inteligencia Artificial y Tecnologías Digitales para los ODS*, Publicación de la Real Academia de Ingeniería, Granada, 2021.

NAVAS NAVARRO, S., (Dir.), *Inteligencia Artificial: Tecnología, Derecho*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

OROZCO GONZÁLEZ, M., "Inteligencia artificial y robótica. Propuestas para la configuración de un estatuto jurídico", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 8, septiembre 2021 [en línea].

ORTEGA BURGOS, E., (Dir.) *Nuevas tecnologías 2021,* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021

ROUHIAINEN, L., *Inteligencia Artificial: 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*, Ed. Planeta, Barcelona, 2018.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y. y GRAU RUIZ, M. A. (Dir.) *Nuevas Tecnologías y Derecho: Retos y Oportunidades Planteados por la Inteligencia Artificial y la Robótica*, Ed. Juruá, Porto, 2019.

SOLAR CAYÓN, J. I., *La Inteligencia Artificial Jurídica: el impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

SUÑÉ LLINÁS, E., *Derecho e Inteligencia Artificial: de la robótica a lo posthumano*, Ed. Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2020.

TEGMARK, M., *Vida 3.0: Qué significa ser humano en la era de la inteligencia artificial*, Ed. Penguin Random House, Barcelona, 2018.

CLAVES PARA LA REGULACIÓN POSITIVA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA: CUESTIONES A LAS QUE HA DE DAR RESPUESTA EL LEGISLADOR

KEYS TO POSITIVE REGULATION OF RESTORATIVE JUSTICE IN SPAIN: QUESTIONS TO BE ANSWERED BY THE LEGISLATOR

SONIA REBOLLO REVESADO

Doctora en Derecho.
Magistrada Suplente Audiencia Provincial de Salamanca

Sumario: *I. Introducción. II. MARCO LEGAL. II.A. Normativa Internacional. II.B. Normativa Europea. III. Propuestas de regulación en españa. III.A. Propuestas normativas anteriores. III.B. Marco Normativo Futuro. IV. Contenido del cuerpo normativo propuesto. V. Conclusiones. VI. Índice de abreviaturas. VII. Bibliografía*

Resumen: Hoy la Justicia Restaurativa tiene amplio reconocimiento internacional, tanto en el derecho internacional universal como en el regional europeo. Sin embargo, y pese a la tendencia de países de nuestro entorno que han legislado sobre ella, la realidad es que en España solo hay algunas referencias normativas a la Justicia Restaurativa o a la mediación penal, no existiendo una regulación expresa sobre la materia. Frente a las propuestas normativas de modificación de la LECr realizadas en 2011 y 2013 o en el actual Anteproyecto de Ley de reforma de dicha Ley de noviembre de 2020 que se refiere a ella expresamente, lo cierto es que no se sigue la línea de la Recomendación de 2018 y no se regula de forma exhaustiva, incorporándola de forma real y efectiva a nuestro ordenamiento interno.

Este trabajo pretende ofrecer una propuesta de regulación sobre la materia, teniendo en cuenta la experiencia teórico-práctica acu-

mulada por los facilitadores españoles en materia de justicia restaurativa y mediación penal intrajudicial en distintos proyectos pilotos promovidos por el CGPJ, en juzgados y tribunales de todo el territorio nacional, y gracias a la iniciativa de alguna Comunidad Autónoma como la del País Vasco donde la justicia restaurativa es una realidad materializada a través de los Servicios de Justicia Restaurativa.

Palabras clave: Justicia restaurativa, mediación penal, regulación legal, proceso penal, facilitador.

Abstract: Today, Restorative Justice has wide international recognition, both in universal international law and in European regional law. However, and despite the tendency of countries around us that have legislated on it, the reality is that in Spain there are only a few normative references to Restorative Justice or criminal mediation, with no express regulation on the matter. Faced with the regulatory proposals to modify the Criminal Procedure Law made in 2011 and 2013 or in the current Draft Law to reform said Law of November 2020, which expressly refers to it, the truth is that the line is not followed of the 2018 Recommendation and is not regulated exhaustively, incorporating it in a real and effective way into our internal legal system.

This paper aims to offer a proposal for regulation on the matter, taking into account the theoretical-practical experience accumulated by Spanish facilitators in restorative justice and intrajudicial criminal mediation in different pilot projects promoted by the General Council of the Judiciary, in Tribunals or Courts throughout the national territory, and thanks to the initiative of some Autonomous Community such as the Basque Country, where restorative justice is a reality materialized through the Restorative Justice Services.

Key words: Restorative justice, criminal mediation, legal regulation, criminal process, facilitator.

Recepción original: 14/02/2022

Aceptación original: 03/05/2022

I. INTRODUCCIÓN

Desde la primera experiencia restaurativa realizada en la ciudad de Elmira[1] (Ontario-Canadá) en 1974, la justicia restaurativa (en adelante JR) se ha ido extendiendo y evolucionando, llegando a implantarse de forma paulatina y efectiva en muchos ordenamientos nacionales que la han incorporado como otra forma de hacer justicia. Ciertamente tiene un reconocimiento real en países anglosajones e iberoamericanos que la han agregado de forma natural a su cultura social y jurídica como forma adecuada de resolver controversias de naturaleza penal.

La JR se está convirtiendo en otro recurso más al que los ciudadanos pueden acudir para resolver sus diferencias, de forma que, unas veces, podrán acudir a cualquiera de sus herramientas de forma proactiva y con el deseo de prevenir enfrentamientos o disputas, y otras veces, de forma reactiva cuando la controversia ya es penalmente reprochable. Por lo tanto, en el primer caso se acudirá a ella de forma extrajudicial, y en el segundo, de forma intrajudicial puesto que el conflicto ya se ha judicializado. En este último supuesto, el recurso a la JR, respetará el principio de complementariedad al proceso penal porque el uso de cualquiera de sus herramientas implica el mantenimiento, para las partes intervinientes, de todas las garantías personales y procesales del procedimiento en el que tiene lugar.

Aquellos países que han reconocido que la solución adversarial y confrontativa al conflicto no es la única posible, han evolucionado jurídicamente, puesto que han pasado a reconocer y acudir a otras formas de resolver disputas, perfectamente adecuadas para conseguir

[1] Origen de la JR y una de las primeras prácticas restaurativas conocidas en todo el mundo. Dos jóvenes de la ciudad fueron acusados de veintidós cargos por vandalismo y conducción bajo los efectos del alcohol, sin embargo, este acto vandálico encontró una respuesta penalmente diferente a la tradicional con la intervención de dos delegados voluntarios Mark Yantzi (oficial de libertad vigilada) y Dave Worth, del Comité Central Menonita, que consiguieron que el juez aprobase una medida basada en el perdón y la reparación, consistente en que los chicos visitaran y se disculpasen ante todos los afectados por sus actos. Esta iniciativa fue desarrollada por Yantzi y otros integrantes del Comité Menonita al formalizar y convertir, el experimento Kitchener, en el primer Programa canadiense de Reconciliación Delincuente Victima (VORP) en 1976. Por su parte en Estados Unidos, la Iglesia menonita, la organización del prisionero y la Comunidad del Condado de Elkhart, Indiana, establecieron en 1978, el primer Programa de Reconciliación Víctima-Ofensor. Vid. OLALDE ALTAREJOS, A.J., *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal,* Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pág. 42. Vid. MIGUEL BARRIO, R., *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2019 o vid. GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

una solución, siempre más humana y pacífica. Desde esta perspectiva, están aplicando el sistema multipuertas americano proclamado por el Profesor Michel Sander en la Conferencia Pound[2] celebrada en Estados Unidos en 1976, y que sentó las bases del cambio de paradigma en la forma de entender y aplicar la justicia en el siglo XXI.

Por lo que se refiere a España[3], la ausencia de norma que regule las prácticas restaurativas en adultos[4] no ha impedido el recurso a la JR y más concretamente a la mediación penal. El Consejo General del Poder Judicial, con su Plan de Modernización de la Justicia, aprobado por Pleno de 12 de noviembre de 2008, ha promovido la implantación de la mediación intrajudicial penal (también civil, familiar, laboral, contencioso-administrativa) a lo largo de todo el territorio nacional, creando programas piloto[5] en distintos juzgados y tribunales suscritos por Convenios de colaboración con Colegios Profesionales (abogados, psicólogos y trabajadores sociales principalmente), Asociaciones o Fundaciones. El CGPJ también ha firmado Convenios de colaboración con la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) para mantener el liderazgo en la realización del cambio de paradigma que facilite la inclusión de los ADR[6] en el sistema de justicia. Sin embargo, es inaceptable que estos programas, que llevan funcionando más de quince años, todavía no se hayan reglado y muchos menos financia-

[2] Vid. SOLETO MUÑOZ, H., (2017), "La Conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos", *Revista de Mediación*, vol. 10, n.º 1, 2017, págs. 1 y 2.

[3] Vid. FLORES PRADA, I., "Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal", *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (RIEDPA), n.º 2, 2015.

[4] En materia de menores está legitimado el recurso a la misma a través del artículo 19 de la LO 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores que incorpora, como una herramienta más del sistema penal, la mediación entre jóvenes infractores.

[5] El primer proyecto en fase de enjuiciamiento se llevó a cabo de noviembre de 2005 a enero de 2007 en el Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid. Paralelamente en la fase de instrucción y juicios de faltas se siguió otro en el Juzgado de Instrucción número 3 de Pamplona y en los Juzgados de Instrucción números 32 y 47 de Madrid. En fase de ejecución el primer programa comenzó en enero de 2007 en el Juzgado de Ejecuciones número 4 de Madrid. Todas las experiencias piloto fueron coordinadas por el Servicio de Planificación y Análisis de Actividad Judicial del CGPJ.

En el año 2009 en España había 98 Juzgados que contaban con un servicio de mediación, llevándose a cabo mediación en 1763 expedientes, alcanzándose acuerdo en un 80% de los casos. Vid. GÓMEZ BERMÚDEZ, M., COCO GUTIÉRREZ, S. "Justicia Restaurativa: mediación en el ámbito penal". *Revista de Mediación*, año 6, n.º 11, 1.º semestre 2012, págs.15-19.

[6] ADR: Acrónimo de la expresión inglesa *Alternative Dispute Resolution*, hoy evolucionada y sustituida por *Adequated o Appropriate Dispute Resolution* o métodos adecuados (antes alternativos) de resolución/solución de conflictos, controversias o disputas (acrónimo en castellano MARC O MASC).

do, teniendo en cuenta el ahorro que supone para la propia Administración de Justicia todos los procesos penales que no terminan en vista. Dicho esto, si bien, el recurso a la JR no puede imponerse por razones economicistas, también es verdad que los proyectos se mantienen por la generosidad de los facilitadores y mediadores a lo largo de toda España que actúan *pro bono*. Dicho lo cual, si se generalizase la negativa a seguir trabajando en estas condiciones, los programas desaparecerían y, por lo tanto, quizá también, se perderían los avances conseguidos en mediación penal intrajudicial en particular y justicia restaurativa en general.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta el reconocimiento y empuje legislativo realizado por organismos internacionales, no se comprende como en España todavía no es una realidad normada, más allá de anecdóticas remisiones en preceptos legales que no le dan la cobertura jurídica necesaria para que los operadores jurídicos acudan a ella de forma habitual y segura. La referencia expresa a la JR, —artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante EVD), artículo 37 de su Reglamento de desarrollo[7]—, o a la mediación penal, —ex artículos 84.1 regla 1.ª del CP[8] y 80.3 segundo párrafo del mismo cuerpo legal[9] (que se refiere a ella de forma tácita por remisión a la regla 1.ª del artículo 84.1)—, son, evidentemente, un avance importante en cuanto a reconocimiento, pero no son suficientes para articular verdaderos programas de JR. Teniendo en cuenta, además, que ni una sola norma española menciona y por supuesto, regula las conferencias familiares, los círculos o los encuentros restaurativos a pesar de que el Anteproyecto LECr de 2020 (en adelante ALECr 2020) introduce expresamente la JR con carácter general. Y todo ello, sin obviar que de poco sirve regular la JR

[7] El precepto regula las funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito en materia de justicia restaurativa. En otros artículos del citado Reglamento, 12, 14, 19, 27 o 28, se menciona expresamente que las Oficinas han de promover medidas de JR, se reconoce que los derechos de la víctima respecto de las OAVD se extienden también a la JR al tener el derecho a ser informadas sobre alternativas de resolución de conflictos (mediación y otras medidas de JR) y sobre la existencia de Servicios de JR y el derecho a acceder a ellos.

[8] *"1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación".*

[9] Excepcionalmente *"(…) podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.ª del artículo 84".*

si las instituciones públicas, y en concreto el Ministerio de Justicia o las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de justicia, no crean los Servicios específicos de JR y no los dotan presupuestariamente de recursos económicos, tanto para su puesta en marcha como para la contratación de personal.

II. MARCO LEGAL

Aunque la Carta de Naciones Unidas[10] de 26 de junio de 1945 (artículo 34) fue la primera norma internacional que reconoce, los medios alternativos de resolución de conflictos, no fue hasta finales de los años 80, cuando numerosos organismos internacionales y supranacionales, como las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (en adelante ECOSOC), el Consejo de Europa o la Unión Europea, abrieron el camino a una nueva forma de justicia, esto es, la *"justicia reparadora"* en el ámbito penal. La consideraron como un recurso perfectamente válido para la solución de conflictos penales, promoviendo y potenciando la incorporación de instrumentos de mediación penal, entre víctima y delincuente, en los sistemas legales nacionales.

Por lo tanto, en el ámbito internacional, así como en países de nuestro entorno, hay un crecimiento significativo de las iniciativas de JR porque se ha legislado activamente en materia de mediación penal.

II.A. Normativa Internacional Universal

Además de la Carta de la ONU de 1945, anteriormente citada, existen otras disposiciones normativas[11] que se refieren expresamente al

[10] Normativa de la ONU disponible en la web: www.un.org (fecha de la última consulta 26 de abril de 2022).

[11] De la diversidad de disposiciones sobre la materia, como más relevantes podemos citar las siguientes: Resolución 1989/57, de 24 de mayo, del ECOSOC, sobre la aplicación de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. La Resolución 1998/21, de 28 de julio, del ECOSOC, que contiene la guía para las autoridades para la aplicación de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder y el Manual sobre justicia para las víctimas relativo a la utilización y aplicación de la Declaración. La Resolución 1998/23, de 28 de julio, del ECOSOC, sobre elaboración y aplicación de la Justicia Restaurativa y la mediación en materia de justicia penal, y en la misma línea, la Resolución 1999/26, de 28 de julio, del ECOSOC. La Resolución 53/243, de 6 de octubre de 1999 de la Asamblea General

recurso a la JR o su herramienta más conocida, la mediación penal. En la Conferencia de La Haya el 25 de octubre de 1980[12] se reguló el recurso a la mediación penal en los casos de sustracciones internacionales de menores, al aprobarse la Guía de Buenas Prácticas sobre Aspectos Civiles en el Secuestro Internacional de Menores. Unos años más tarde, en concreto en el año 1985, la Asamblea General de la ONU suscribió la Resolución 40/34, de 29 de noviembre, que contenía la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, en la que se instaba a los Estados a la aplicación de mecanismos que facilitasen la conciliación y la reparación en favor de las víctimas acudiendo a la mediación.

II.B. Normativa Europea

Desde finales de los años 70[13], y sobre todo, durante la década de los 80, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea se han preocupado por legitimar formas diferentes de resolver disputas, insistiendo en el recurso a la JR y reconociendo el protagonismo de la víctima del delito[14].

---

de la ONU, sobre Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz. La Resolución 55/59, de 4 de diciembre de 2000, de la Asamblea General de la ONU que contiene la Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: Frente a los retos del siglo XXI. El Informe del Secretario General del ECOSOC, de 7 de enero de 2002, sobre la reforma del sistema de justicia penal. La Resolución 2002/12, de 24 de julio, del ECOSOC, sobre Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal. La Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de la ONU, que contiene 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. Las Conclusiones del 11.º Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Bangkok, sobre Prevención del Delito y Justicia Penal en abril de 2005. El Manual de Programas de Justicia Restaurativa, publicado en Nueva York, el 31 de enero de 2006 y elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas sobre la Droga y el Delito (UNOCD). Y, por último, las Directrices de las Naciones Unidas de 25 de junio de 2012, para una mediación eficaz, publicadas como Anexo del Informe del Secretario General sobre el fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución.

[12] Disponible en: www.e-justice.europa.eu. (Última consulta 26 de abril de 2022).

[13] En 1976 se dicta la Resolución (76) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad y en 1977 la Resolución (77) 27, sobre indemnización a las víctimas del delito.

[14] Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

Desde el Consejo de Europa[15], —aparte del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, o el Convenio Europeo sobre indemnización de las víctimas de delitos violentos de 24 de noviembre de 1983—, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ha sido prolijo en la materia que se viene analizando, dictando numerosas Recomendaciones. De todas ellas, destacan, a los efectos de este estudio, las siguientes: Recomendación R (81) 7, sobre el acceso a la justicia para incentivar la conciliación de las partes y el arreglo amistoso de las controversias antes de cualquier proceso judicial. Recomendación R (85) 11, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y el procedimiento. Recomendación R (86) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, para la resolución amistosa de las controversias, cualquiera que sea el orden jurisdiccional, antes o durante el procedimiento judicial. Recomendación R (87) 18, sobre la simplificación de la justicia penal. Recomendación R (87) 21[16], sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización. Recomendación R (94) 8, sobre la independencia, la eficacia y la función de los Jueces (los jueces deberán instar a las partes a obtener un arreglo amistoso de la controversia). Recomendación R (95) 12, sobre la gestión de la justicia penal. Recomendación R (2006) 2, sobre las reglas penitenciarias europeas. Recomendación R (2006) 8, sobre la asistencia a las víctimas de delito que sustituye a la R (87) 21. Recomendación R (2010) 1, sobre las normas de libertad condicional del Consejo de Europa. De especial relevancia, entre todas ellas, por el impulso que supuso para la JR, la Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre, sobre mediación en materia penal y la Recomendación (2018) 8 de 3 de octubre[17] que sigue la línea de la anterior, y que anima al desarrollo de modelos restaurativos en los respectivos países creando las condiciones, procedimientos e infraestructuras necesarias para derivar casos a los Servicios de Justicia Restaurativa o SEJUR[18] siempre que sea posible.

[15] Normativa disponible en la web del Consejo de Europa: www.coe.int (Última consulta 26 de abril de 2022).

[16] Reclama a los Estados miembros favorecer en el ámbito interno experiencias de mediación penal y evaluar sus resultados para determinar si sirven o no a los intereses de las víctimas del delito.

[17] RUIZ SIERRA, J., "Breve aproximación a la justicia restaurativa en el sistema penal español. Recomendación CM/Rec (2018)", en la web Noticias jurídicas. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/14876-breve-aproximacion-a-la-justicia-restaurativa-en-el-sistema-penal-espanol-recomendacion-cm-rec-2018/ (Última consulta 22 de abril de 2022).

[18] Acrónimo utilizado por primera vez en REBOLLO REVESADO, S. *Prospectiva de la mediación penal. Un análisis de la teoría a la práctica.* Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. Pamplona, 2021, pág. 41.

Como se ha indicado anteriormente, también desde la Unión Europea[19], ha habido movimientos legislativos dirigidos al reconocimiento e implantación de la JR en los Estados miembros. Así en 1999, la Comunicación sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea de 23 de mayo, presentada por la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento y al Consejo Económico y Social, instaba a la protección de las víctimas y proclamaba las ventajas de la mediación penal como alternativa a un procedimiento penal. En 2001, la Decisión Marco 2001/220/JAl del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo, aprobó el Estatuto de la Víctima en el proceso penal planteando la necesidad de incorporar la mediación penal para adultos a las legislaciones nacionales. Sin embargo, no fue hasta 2012, cuando se dictó la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 25 de octubre, que sustituyó a la anterior y que estableció las normas mínimas sobre los derechos de las víctimas de delitos y su apoyo y protección. Por primera vez, se menciona la JR como un instrumento de Derecho Comunitario que tiene fuerza vinculante y, por tanto, los Estados miembros debían trasponer el contenido de la Directiva a sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Fruto de esa obligación en España se publicó el EVD.

Además, en 2002, la Comisión Europea (COM (2002) 196, de 19 de abril) publicó el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos (en el ámbito del derecho civil y mercantil), y donde se incide en el papel general de los ADR como instrumentos al servicio de la paz social. En 2004, se publicó el Código Europeo de Conducta para Mediadores, aprobado el 2 de julio, con el patrocinio de la Comisión Europea. En 2005, la Resolución n.º 26 de la 26.ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia de Helsinki recoge la idea de que la JR permite satisfacer mejor los intereses de las víctimas del delito y aumentar las posibilidades de los infractores de reintegrarse, y la confianza que han de tener los ciudadanos y, la sociedad en general en la justicia penal. En 2007, el Informe sobe la eficacia de la Justicia de la Comisión Europea para la Defensa de la Justicia[20], CEPEJ (2007) 13, establece la Guía para una mejor aplicación de las Recomendaciones relativas a la mediación en materia penal.

[19] Normativa disponible en la web de la Unión Europa: www.europa.eu (Última consulta 22 de abril de 2022).

[20] Conocido por las siglas: CEPEJ y dependiente del Consejo de Europa.

III. PROPUESTAS DE REGULACIÓN EN ESPAÑA

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, antes citada, obligaba al impulso de la mediación penal[21] en los países miembros con fecha límite, 22 de marzo de 2006. Esta Directiva no llegó a ser traspuesta a nuestro ordenamiento interno como ya se ha indicado, y todavía en 2010, el 12.º Informe CEPEJ refiere que España no tiene regulado un programa de mediación penal. Sin embargo, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre que sustituyó a la Directiva de 2001, supuso la introducción de la JR en nuestro derecho procesal penal al redactarse el EVD y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, como ya se ha señalado.

III.A. Propuestas normativas anteriores

Sin tener en cuenta la interesantísima Propuesta del CGPJ de 2010 de modificación de distintas leyes para la introducción de la mediación penal[22]; dos han sido los intentos que se hicieron por el legislador español para incluir la mediación penal en España. Por un lado, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 y por otro, la Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, publicada en el B.O.E. el 13 de marzo de 2012, (conocido como Borrador de Código Procesal Penal de 2013)[23].

---

[21] Textualmente señalaba que *"los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales… Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación… Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado a más tardar el 22 de marzo de 2006"*.

[22] En noviembre de 2010, un grupo de investigación del CGPJ formado por Ramón Sáez (magistrado), Concepción Sáez (magistrada), Julián Ríos (profesor de derecho penal), Teresa Olavarría (fiscal), Cristóbal Fábrega (fiscal), Celima Gallego (magistrada) y Félix Pantoja (magistrado), tras un exhaustivo análisis de datos obtenidos de juzgados y tribunales que tenían en marcha experiencias piloto en mediación, presentó un trabajo de investigación sobre la mediación penal dentro del proceso penal en el que incluía propuestas de regulación que suponían la reforma de distintas normas como CP, LECr, LOPJ o el EOMF. Vid. SÁEZ R., SÁEZ C., RÍOS J. C., OLAVARRÍA T., FÁBREGA C., GALLEGO C., Y PANTOJA F., "La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva". Grupo de Investigación, noviembre de 2010, págs.59-66. Disponible en enlace web: www.poderjudicial.es (fecha de la última consulta 26 de abril de 2022).

[23] Sobre el análisis del Borrador de 2013 vid. MORENO CATENA V. (dir.), RUIZ LÓPEZ, C., y LÓPEZ JIMENEZ, R., (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso pe-*

Es de destacar que, en ninguno de los dos cuerpos normativos citados, se habla de JR, limitándose ambos a regular solo una de sus herramientas, la mediación penal. En el Anteproyecto de 2011 se vincula su uso al principio de oportunidad o a la institución de la conformidad por el Ministerio Fiscal (en adelante MF) y en el segundo, en el Código de 2013, los desvincula, dejando la mediación en manos del Órgano Jurisdicente. En las dos propuestas de textos legales no natos, el articulado que se dedica a la JR es inexistente y el que dedica a la mediación penal es muy escaso, y ello sin perder de vista, que el Código de 2013 remite, sin complejos ni dudas procesales, a varios preceptos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Junto a estos proyectos, la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, artículo único, n.º 43, reforma el artículo 84, legitimando expresamente, y por primera vez en nuestro ordenamiento, el recurso a la mediación penal, al permitir la suspensión de la pena privativa de libertad si se cumplió el acuerdo plasmado en el Acta de Reparación. Posteriormente se dictó el EVD ya mencionado, y ahora sí, en su artículo 15 recoge el derecho de la víctima a ser informada de la existencia de Servicios de Justicia Restaurativa y redirigirla a ellos. Sirva decir, a la luz de los dos preceptos citados que, no queda claro si el legislador quería regular la JR o solo la mediación penal. Es absurdo que dirija a la víctima a Servicios de JR en 2015 y que siete años después no haya regulado nada más, y sobre todo, no haya creado y puesto en marcha dichos Servicios[24]; y mucho más absurdo es que se reconozcan efectos a los acuerdos alcanzados en mediación penal solo en fase de ejecución de sentencia cuando todavía no se ha regulado expresamente la propia mediación penal, su procedimiento y sus consecuencias dentro del proceso penal.

III.B. Marco Normativo Futuro

El Plan Justicia 2030 (en adelante el Plan) elaborado por el Ministerio de Justicia en 2020, proyecta, a través de una serie de objetivos y ejes estratégicos, consolidar los derechos y garantías de los ciudadanos, promover una mayor eficiencia del servicio público y garantizar el acceso a la justicia en todo el territorio. Con un horizonte temporal de 10 años pretende transformar el sistema de Justicia en un autén-

nal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

[24] En 2019 los Servicios de Mediación Penal del País Vasco pasaron a denominarse Servicios de Justicia Restaurativa.

tico servicio público. El Plan se articula en torno a tres ejes estratégicos, dedicando el segundo de ellos a la "Eficiencia del Servicio Público de Justicia", distinguiendo entre eficiencia organizativa, eficiencia procesal y eficiencia digital. En lo referente a la eficiencia procesal se prevé una batería de propuestas entre las que figuran la promoción de servicios alternativos de resolución de controversias —para disminuir la litigiosidad de juzgados y tribunales—; la elaboración de una futura le Ley Orgánica de Derecho de Defensa; la reforma de la LECr (a efectos de actualizar las formas de investigación y enjuiciamiento); o la atención a las víctimas de delitos, en especial a las mujeres que sufren violencia de género. Textualmente el Plan señala que *"abordará la adaptación de normas procesales que han quedado jurídicamente obsoletas y desalineadas del marco europeo"*[25].

Pues bien, en este contexto, el ALECr de 2020, presentado en el Congreso el 24 de noviembre, por primera vez introduce la regulación de la justicia restaurativa para adultos en España a través de diversos preceptos dispersos a lo largo de su articulado, legitimando expresamente el recurso a la JR en cualquier momento del procedimiento judicial penal: instrucción, enjuiciamiento y ejecución.

Este Anteproyecto vuelve a dar relevancia al papel del MF en la instrucción de la causa y, como hacía el Anteproyecto de 2011, retorna nuevamente a vincular la JR[26] con el principio de oportunidad y la concibe como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima[27].

Respeto a la materia objeto de derivación, en principio podría parecer que el legislador solo reconoce la posibilidad de intervenir con un procedimiento restaurativo ante delitos leves o delitos menos graves[28] en los que no haya un interés relevante del Estado en el castigo

[25] Justicia 2030. Transformando el ecosistema del Servicio Público de Justicia. 2020, pág. 7. Disponible en el enlace web: https://www.justicia2030.es/ (Última consulta 14 de febrero de 2022).

[26] Los dos anteproyectos anteriores no usaban el término JR, refiriéndose solo a una de sus herramientas, la mediación.

[27] Exposición de Motivos, XXVII. Principio de Oportunidad y Justicia Restaurativa.

[28] El artículo 184 del ALECr 2020 recoge la posibilidad de remisión a un procedimiento de JR en la fase de enjuiciamiento de la causa. En este momento procesal, no cabría el archivo del artículo 183 del ALECr 2020, de tal forma que, el acuerdo de reparación alcanzado se incorporaría a la causa como una conformidad en la que se recogerían las consecuencias penológicas del delito, pero incluyendo siempre la atenuante de reparación del daño.

del culpable, pudiendo optar en caso de acuerdo reparatorio, o por archivo de la causa o por una conformidad, en función del momento procesal en el que se llevara a cabo la intervención. Sin embargo, de la lectura de los preceptos que versan sobre esta materia parece que en fase de ejecución de sentencia, mientras que el artículo 924 ALECr 2020[29] legitima la JR solo para aquellos supuestos en los que sea posible la suspensión de la pena privativa de libertad; el artículo 896 ALECr 2020 da carta blanca para acudir a ella en cualquier tipo de delito.

En esta propuesta normativa, de futuro incierto, el legislador recoge el recurso a la JR con carácter general sin determinar a qué herramientas se puede acudir: mediación, conferencias o círculos restaurativos (Según la R (2018) 8: mediación entre víctima e infractor, conferencias restaurativas o conferencias de grupo, círculos de pacificación, círculos de apoyo y reconciliación). De la lectura del proyecto normativo no queda claro, si las habilita todas, o bien únicamente quiere referirse a una de ellas, esto es, la mediación por ser la más usada y conocida. Por eso, llama la atención que no haya ni una sola referencia a esta última, a diferencia de lo que se ocurría en la redacción de las dos propuestas predecesoras.

Desde luego, si el ALECr sigue adelante, es necesaria una profunda revisión de la materia que permita la mejora de la estructura, redacción y contenido de los preceptos, a fin de ofrecer una mayor seguridad jurídica tanto a las partes y operadores, como a los facilitadores. A día de hoy, de mantenerse en los términos actuales, esa referencia tan general a la JR puede dar lugar a diversas interpretaciones, por ejemplo, sobre a qué herramienta/s se puede acudir porque, no es lo mismo un encuentro íntimo entre víctima e infractor, que un encuentro al que se pueden ir incorporando más sujetos indirectamente implicados por las relaciones con alguna de las dos partes o bien por pertenecer al mismo núcleo o entorno social. Además, hay que señalar que de continuar la redacción y estructura vigentes, la ley puede quedar escasa de contenido antes de su nacimiento, por cuanto hay experiencias como la del País Vasco[30], que tantos años lleva haciendo mediación penal, donde funcionan Servicios de Justicia Restaurativa con un sistema multipuerta dirigiendo a los ciudadanos a la herramienta de JR que mejor se adecue a sus necesidades. Finalmente cabe añadir que, si prosperase la propuesta del Anteproyecto tal y como está redactada, —vinculando MF, principio de oportunidad y JR—, no

[29] Siguiendo la estela del artículo 84 apartado 1.º del CP.

[30] Guiados por el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para el Servicio de Justicia Restaurativa de Euskadi (jurisdicción penal), de 2019. Disponible en www.justicia.eus (Última consulta 22 de abril de 2022).

cabe sino presumir que el recurso a la JR se convertirá en un recurso aislado, teniendo en cuenta que la intervención actual del MF en la materia es absolutamente pasiva. Y todo ello, sin perder de vista que, en la práctica, la FGE, —pese a haberse comprometido y participado a nivel institucional en la firma de convenios de colaboración[31] para la promoción y el impulso de los ADR y la JR, como también ha hecho el CGPJ y el Consejo General de la Abogacía Española (en adelante CGAE)[32] o el Consejo General de los Procuradores de España—, no tiene una participación activa y comprometida en la derivación de asuntos, que de impulso a este método autocompositivo de solución de controversias en todo el territorio nacional, más allá de promover el archivo de actuaciones cuando el delito denunciado resulte de muy escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución del hecho.

A modo de curiosidad, sirva reseñar que la FGE, ante la crisis provocada por la pandemia de 2020, propuso una serie de medidas para la agilización de la justicia durante el estado de alarma. Entre las 60 medidas[33] que planteó, expresamente reconocía la utilidad de la justicia restaurativa y de la mediación penal intraprocesal, aunque solamente en delitos leves. Sin embargo, el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que siguió a esta propuesta, olvidó por completo reconocer la validez de la mediación o de cualquier otro método adecuado, como incentivo para la agilización en la resolución de conflictos. De nuevo un claro ejemplo de "postureo normativo" y del escaso interés en impulsar y potenciar el recurso a la JR en nuestro derecho interno como otra forma más de justicia, tan válida como la justicia retributiva o vindicativa, pero con menor coste emocional para la víctima e incluso el infractor. Afir-

[31] El primer Convenio Marco de colaboración en Mediación y otros métodos alternativos de solución de conflictos suscrito data del 25 de mayo de 2016 permitió el desarrollo conjunto de protocolos y experiencias piloto de mediación intrajudicial. El último Convenio suscrito entre ambas instituciones para aplicar los métodos de solución de conflictos (MASC) y la justicia restaurativa en el sistema de justicia es de 27 de julio de 2020.

[32] Conclusiones de las I Jornadas de Mediación Intrajudicial realizadas conjuntamente entre el CGPJ y el CGAE el 23 y 24 de octubre de 2017 en Sevilla. Las II Jornadas tuvieron lugar en Soria el 15 y 16 de noviembre del 2018 Y las III Jornadas en Alicante el 25 y 26 de noviembre de 2019. El último Convenio de colaboración entre ambas instituciones se firmó el 24 de julio de 2020 ratificándose por el Presidente del CGPJ y la Presidenta del CGAE.

[33] Propuesta de 60 medidas para el Plan de desescalada en la Administración de Justicia tras la pandemia del coronavirus Covid-19, de 24 de abril de 2020. Disponible en el enlace web: www.fiscal.es.

mación esta que no debe ser mal interpretada. Por un lado, la JR, y el recurso a ella, no es una forma adecuada y efectiva para solucionar todos los conflictos penales, unas veces porque las partes no desean participar (la voluntariedad es uno de los principios o ejes centrales o consustanciales sobre los que gira la JR y todas sus herramientas), por la necesidad del transcurso del tiempo necesario para la gestión del proceso de duelo de la víctima en relación con la gravedad del delito, por ser una víctima colectiva, etc., y otras porque no siempre se logra redirigir de forma inmediata a los ofensores o victimarios hacia "el buen camino"[34]. Y, por otro lado, entraña enormes beneficios desde el momento en que ofrece al infractor una nueva visión de la infracción cometida y de sus consecuencias, al poner en primer plano a la víctima como persona. Ejercicio, éste, que permite no solo la redignificación personal de la víctima, sino también la suya propia, desde el momento en que se produce la asunción voluntaria de su responsabilidad en los hechos que han perjudicado a otro aflorando su obligación moral de reparación y resarcimiento por el daño causado. Consecuencia ésta que permite con mayor éxito la reeducación y reinserción social constitucionalmente reconocida en el artículo 25.2 de la Constitución Española.

IV. CONTENIDO DEL CUERPO NORMATIVO PROPUESTO

A la vista de lo expuesto hasta aquí, una reforma en el articulado de la LECr quizá no sea la opción más correcta, teniendo en cuenta todas las implicaciones sustanciales y procesales que una práctica restaurativa tiene, sobre todo, cuando no hay ninguna norma de referencia a la que acudir. Es, a mi juicio, necesaria una ley específica en la materia y su entrada en vigor supondrá una revisión integral de otras disposiciones normativas afectadas por la admisión en el derecho español de la JR, entre otras, la LECr, la LGP, la LOPJ, el CP, EVD, etc.

El ALECr 2020, cita como punto de partida la Recomendación de 2018, sin embargo, lo hace de forma sesgada y no en toda su extensión, puesto que esta disposición europea insta a la fijación de una base jurídica sólida para que la JR se integre dentro del sistema penal siempre que afecte al enjuiciamiento o a los procesos judiciales, y animando a los Estados miembros a la redacción de una norma espe-

[34] Entendido como respeto al ordenamiento jurídico o actuación del sujeto conforme a los cauces legalmente establecidos.

[L]a JR no evita la reincidencia, pero si la reduce considerablemente.

cífica sobre JR que contenga amplias garantías procesales como las que tiene el proceso penal.

Una amplia corriente doctrinal se ha manifestado a favor de la creación de una norma sobre JR, en la misma línea de la disposición citada y la que se propone en este artículo. Como ejemplo, Tamarit Sumalla[35], teniendo en cuenta la citada Recomendación de 2018, propone una ley de justicia restaurativa, que contenga *"las condiciones y procedimiento de derivación de casos por parte del Juez instructor (mediante una reforma de la ley procesal), sin vincular la valoración de la oportunidad de la derivación a la naturaleza legal abstracta del delito investigado ni a la gravedad del mismo... Los efectos procesales del proceso restaurativo extrajudicial (condiciones para que pueda acordarse el sobreseimiento, mediante reforma de la ley procesal), la prohibición de aportar al proceso penal como material probatorio las manifestaciones efectuadas por las partes en el proceso restaurativo, so pena de nulidad, los efectos de la justicia restaurativa en la sentencia penal y en la suspensión de la ejecución de la pena, mediante una reforma del Código penal, la previsión de procesos restaurativos en fase de ejecución de las penas privativas de libertad, su relación con el tratamiento resocializador y sus posibles efectos en la clasificación del penado y la libertad condicional, mediante una reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la previsión de procesos restaurativos adecuados a los casos de violencia de pareja y violencia familiar, mediante una reforma de la Ley Orgánica de violencia de género, y las condiciones para el ejercicio de las tareas de facilitador (en lugar de mediador), que deben incluir en todo caso formación criminológica y, en particular, victimológica"*.

La propuesta de Cuerpo Normativo de Justicia Restaurativa que se proyecta en este trabajo pretende incluir todas las cuestiones que se plantean en el plano práctico, así como homogeneizar la operativa que se ha de seguir en su aplicación en todo el territorio español. También sería adecuado o aceptable una ley sobre JR con un desarrollo reglamentario posterior.

Con carácter general, siguiendo la propuesta realizada por Rebollo Revesado[36], el contenido mínimo que, debe tener es el siguiente:

1. Objeto de la ley

[35] TAMARIT SUMALLA, J. M., VARONA VILAR, G., Sección especial: "La Recomendación (2018) 8 del Consejo de Europa sobre justicia restaurativa en asuntos penales. El caso de Francia, Italia, Alemania, Suiza y España", *Revista de Victimología*, n.º 8, 2018, pág.184.

[36] Vid. REBOLLO REVESADO, S. *Prospectiva de la mediación penal… op.cit.*, págs. 155-156.

2. Concepto de JR.
3. Herramientas de JR. Clasificación y conceptos.
4. Principios de la JR en general y en particular de cada herramienta.
5. Ámbito de aplicación: —Delitos, (tipos, naturaleza); —Víctimas e infractores (número, relación entre ellos); —Momento procesal de la derivación: instrucción, enjuiciamiento y ejecución de sentencias; —Soluciones pre-procesales del conflicto.
6. Derechos y deberes de las víctimas y de los infractores.
7. Forma de derivación desde los juzgados y tribunales. Comunicación a las partes. Forma de contacto. Duración (tiempo y número de sesiones). Prórroga.
8. Procedimiento de mediación penal: Sesión informativa, sesiones y resultado de la mediación.
9. Integración del acuerdo de JR en el proceso penal.
10. Nulidad e impugnabilidad del acuerdo alcanzado.
11. Consecuencias penales del resultado positivo de la JR
12. Seguimiento de acuerdos.
13. Consecuencias del incumplimiento de los acuerdos alcanzados.
14. Mediación en fase de ejecución.
15. Mediación penitenciaria. Consecuencias para el penado.
16. Otras herramientas de JR: las conferencias familiares y los círculos (tipos).
17. Servicios de Justicia Restaurativa (SEJUR).
18. Regulación del Estatuto del facilitador: Concepto. Formación específica. Organización de equipos. Derechos. Deberes. Responsabilidad. Régimen disciplinario y sancionador.
19. Control institucional.

Sin entrar en detalle en cada uno de los aparados de la propuesta normativa, si podemos afirmar que algunos de ellos ya han sido contemplados en normativa europea, como, por ejemplo, en el artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 25 de octubre, que sustituyó a la anterior de 2001 y que regula el derecho de las víctimas a la obtención de garan-

tías en el contexto de los servicios de la justicia reparadora. Además, es interesante que esta Directiva no prohíbe la derivación de ningún delito a las prácticas de JR. De hecho, el artículo 22.3 tiene en cuenta las necesidades especiales de las víctimas de delitos graves especialmente vulnerables y se refiere a los delitos terroristas permitiendo los procesos de JR también en ellos.

Por otro lado, la citada Directiva, además de la mediación penal, reconoce las conferencias de grupos familiares y los círculos de sentencia como herramientas de la JR (considerando n.º 46). También lo hace la Recomendación de 2018 como ya se ha indicado anteriormente.

Sin embargo, y pese a las novedades introducidas por la Directiva de 2012 (confidencialidad y la referencia del artículo 12, apartado segundo[37]), hay cuestiones de índole procesal que no se han tratado. Así, no se regula el procedimiento a seguir con cada una de las herramientas, como tampoco se especifican las consecuencias procesales del acuerdo restaurativo o el procedimiento que debe seguirse para insertar la remisión y el eventual acuerdo[38], desde y hacia el proceso jurisdiccional[39].

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior se puede estructurar de la siguiente manera:

Preámbulo.

Título I. Disposiciones generales. En ellas se deberá regular el objeto de la ley, concepto de JR; ámbito de aplicación y finalidad; conflictos objeto de derivación (delitos); herramientas: clasificación y conceptos; principios informadores generales de la JR (incluyendo la gratuidad) y de cada una de las herramientas y aquellos relacionados con la actuación e intervención del facilitador que solo se enunciarán para regularse posteriormente con detalle en el Título dedicado al Estatuto Jurídico del facilitador.

Título II. Intervención restaurativa pre procesal. En este apartado se regulará la posibilidad de intervención, de los Cuerpos y Fuerzas

[37] *"Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación".*

[38] La ausencia de toda esta regulación supuso que el CGPJ tomara la decisión de establecer el Protocolo de Mediación Penal Intrajudicial, que se incluye en la Guía de Mediación actualizado en 2016.

[39] Algo que tampoco hace ni el artículo 15 del EVD, ni una posible remisión a la LMCM. Y que sí recoge el Borrador de Código Procesal Penal de 2013.

de Seguridad, cuando el conflicto penal ya se ha producido y siempre antes de la interposición de la denuncia.

Título III. Derechos, deberes y garantías procesales de las partes en conflicto. Distinguiendo entre intervinientes activos directos e indirectos y pasivos e indirectos[40] en función del contacto más o menos directo con el procedimiento y con las partes. Regulándose y reconociéndose, por primera vez, no solo a la víctima en la línea de lo establecido por el EVD, sino también al infractor, una serie de derechos, deberes y garantías procesales también en el espacio restaurativo.

De especial relevancia será tratar la intervención del abogado de cualquiera de las partes implicadas en la controversia penal durante toda la intervención restaurativa, estableciendo cuando su actuación será preceptiva y cuando no, a los efectos de garantizar el derecho de cada una de las dos partes a la asistencia letrada y defensa de sus legítimos intereses, así como la gratuidad de la asistencia cuando una o varias partes sean beneficiarias de justicia gratuita.

También se deberá regular la intervención de terceros, peritos, intérpretes, familiares (testigos o no), etc., a los meros efectos de preservar la confidencialidad del procedimiento evitando la contaminación del proceso penal.

Título IV. Procedimiento judicial. Cuestiones procesales relacionadas con la derivación: forma de derivación desde los juzgados y tribunales. Forma de contacto y comunicación a las partes. Duración del procedimiento. Suspensión o no del mismo para la intervención restaurativa y posibilidad de prórroga.

Título V. Procedimientos de JR (de cada una de sus herramientas). En este apartado se detallará la intervención con las distintas herramientas de JR. Por ejemplo, respecto a la mediación se regulará la sesión informativa, alguna cuestión sobre las sesiones como el número máximo, el momento del encuentro dialogado y la formalización documental del resultado de la mediación o cualquier otra práctica restaurativa. En relación con las conferencias y los círculos se regulará la sesión informativa, las sesiones preparatorias con cada uno de los participantes, el número máximo de sesiones individuales, la sesión/es conjunta/s, duración y documentación de los acuerdos.

Título VI. Consecuencias jurídicas del retorno del resultado de la práctica restaurativa realizada. En este título se articulará la forma de

[40] Vid. REBOLLO REVESADO, S. *Prospectiva de la mediación penal…*, op.cit., págs. 168 y ss.

integración del acuerdo de JR en el proceso penal y la finalización de la causa, o en su caso, el no acuerdo alcanzado y la continuación del procedimiento judicial. También las consecuencias penales para el infractor del resultado positivo de la JR en los distintos procedimientos de la jurisdicción penal y la posibilidad de nulidad o impugnabilidad de los acuerdos alcanzados, así como los recursos procesales que se podrían interponer.

Título VII. Fase de ejecución y Seguimiento de acuerdos. En este apartado se entraría de lleno en determinar las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de los acuerdos alcanzados cuando el procedimiento finalizó con el archivo de las actuaciones.

Además, habría que modular un mecanismo de control por parte de la Administración de Justicia para poder vigilar ese cumplimiento, determinando a qué órgano judicial le corresponde conocer en cada asunto. Para ello se deberán determinar unas reglas de control relacionadas con el órgano judicial que procedió a la derivación o en su caso, del Juzgado o Tribunal que se encarga de la ejecución de la sentencia cuando el Acta de Reparación se incorporó a la misma.

Título VIII. JR en el ámbito penitenciario. En este título se tratará la intervención restaurativa entre penados y víctimas, regulándose el momento a partir del cual se puede acudir a ella, la forma de participación, los requisitos para el acceso a la misma (cumplimiento de condena, reparación del daño, etc., así como la concesión o no de beneficios penitenciarios[41] por participar positivamente en ellas), el procedimiento a seguir, la supervisión, etc.

Título IX. Servicios de Justicia Restaurativa. Estableciendo la organización, composición, ubicación, competencias, dependencia jerárquica, etc. Siguiendo el contenido de la Recomendación de 2018 deberían incorporarse normas éticas, reglas para la supervisión y los procedimientos para seleccionar, formar, apoyar y evaluar a los facilitadores. Se propone que institucionalmente deben ubicarse dentro de la Administración de Justicia, por lo que ésta será la encargada de establecer su regulación legal.

Título X. Estatuto del facilitador penal. Por primera vez se regularía en una norma todas las cuestiones relacionadas con estos profesionales. En concreto debería contemplarse: Concepto. Formación

[41] Aunque con efecto inmediato no cabría ningún tipo de beneficio para el penado por participar en un procedimiento restaurativo, más allá de aquellos que moral y personalmente le pueda reportar su intervención, a largo plazo si se podría tener en cuenta la participación, siempre que la reparación hubiese sido real y efectiva, a los efectos de conceder permisos penitenciarios, el tercer grado, etc.

específica de los facilitadores en función de si son especialistas en mediación, círculos o conferencias, o en todas ellas. Registro. Principios informadores de su actuación. Organización de equipos. Derechos, deberes, causas de abstención. Intervención individual o cofacilitación (en el sentido de comediación). Responsabilidad. Régimen disciplinario y sancionador. Retribución. Organización en Colegios Profesionales propios o bien remisión a la regulación de otros Colegios Profesionales que tienen, a estos profesionales, entre sus colegiados.

Título XI. Control institucional. Como propone la Recomendación de 2018, sería recomendable la designación de un coordinador que promueva y coordine el uso de la JR entre las autoridades judiciales y los organismos de justicia penal. Dicha persona también podría encargarse de trabajar en colaboración con otros organismos y comunidades locales para desarrollar y utilizar la JR[42]. Entre esos organismos estaría la Oficina de Asistencia a la Víctimas o las Clínicas Forenses.

V. CONCLUSIONES

El parcheo legislativo y las propuestas del Anteproyecto de Ley de 2011 y del Borrador de 2013 o incluso el ALECr de noviembre de 2020 son insuficientes en cuanto a contenido, a la vista de todas las implicaciones penales y procesales penales que cualquier práctica restaurativa pueden tener, en atención a la propuesta de regulación positiva realizada en el apartado anterior.

Hasta que no haya una ley que regule expresamente la JR y los SEJUR y, hasta que éstos se implanten como parte del sistema judicial, no habrá una institucionalización y reconocimiento real de la JR y todas sus herramientas. Solo así los operadores jurídicos contarán con la seguridad jurídica necesaria para que el recurso a la JR no sea como lanzar una moneda al aire; porque, solo con esa institucionalización, el recurso a cualquiera de sus herramientas se convertirá en una opción más a la que cualquier ciudadano podrá acudir como una alternativa real al proceso penal. Entendiendo siempre la alternatividad en el sentido de complementariedad del proceso penal en que se integra.

Finalmente señalar que, solo con esa regulación e institucionalización se conseguirá que muchos operadores jurídicos dejen de obstaculizar, e incluso boicotear, su práctica a lo largo de todo el territorio

[42] El CGPJ ya cuenta en distintas provincias con coordinadores de mediación elegidos entre sus propios Jueces.

nacional, porque solo así actuarán con la seguridad jurídica necesaria para saber y conocer que su actuación es conforme a derecho y que el deseo de las partes, víctima e infractor, de resolver el conflicto penal de una forma diferente es tan legítima como la de acudir directamente a la vía judicial.

VI. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADR	Adequated Dispute Resolution
ALECr	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
CEPEJ	Comisión Europea para la Defensa de la Justicia
CGAE	Consejo General de la Abogacía Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
EVD	Estatuto de la Víctima del delito
FGE	Fiscalía General del Estado
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGP	Ley General Penitenciaria
LMCM	Ley de mediación civil y mercantil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MASC	Métodos adecuados de solución de conflictos
MF	Ministerio Fiscal
OAVD	Oficina de Atención a las víctimas del delito
ONU	Organización de las Naciones Unidas
JR	Justicia Restaurativa
SEJUR	Servicios de Justicia Restaurativa

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, T., "Justicia Restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico", Revista General de Derecho Europeo, 44, Iustel, 2018. Disponible en el enlace web: file:///F:/Descargas/Justiciarestaurativa-Revistageneraldederechoeuropeo.pdf

FLORES PRADA, I., "Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal", *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (RIEDPA), n.º 2, 2015.

GÓMEZ BERMÚDEZ M., COCO GUTIÉRREZ, S. "Justicia Restaurativa: mediación en el ámbito penal". *Revista de Mediación*, año 6, n.º 11, 1.º semestre 2012.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

MIGUEL BARRIO, R., *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2019.

MORENO CATENA V. (dir.), RUIZ LÓPEZ, C., y LÓPEZ JIMÉNEZ, R., (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

OLALDE ALTAREJOS, A.J., *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

REBOLLO REVESADO, S. *Prospectiva de la mediación penal. Un análisis de la teoría a la práctica.* Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2021.

RUIZ SIERRA, J., "Breve aproximación a la justicia restaurativa en el sistema penal español. Recomendación CM/Rec (2018)", en la web Noticias jurídicas. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/14876-breve-aproximacion-a-la-justicia-restaurativa-en-el-sistema-penal-espanol-recomendacion-cm-rec-2018/

SÁEZ R., SÁEZ C., RÍOS J. C., OLAVARRÍA T., FÁBREGA C., GALLEGO C., y PANTOJA F., "La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspecti-

va de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva". Grupo de Investigación, noviembre de 2010.

SOLETO MUÑOZ, H., (2017), "La Conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos", *Revista de Mediación*, vol.10, n.º 1, 2017.

TAMARIT SUMALLA, J. M., VARONA VILAR, G., Sección especial: "La Recomendación (2018) 8 del Consejo de Europa sobre justicia restaurativa en asuntos penales. El caso de Francia, Italia, Alemania, Suiza y España". *Revista de Victimología*, n.º 8, 2018.

LA CONVERSIÓN PROCEDIMENTAL E INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL. ASPECTOS ESENCIALES Y PROBLEMÁTICA

PROCEDURAL CONVERSION AND PROCEDURAL INADEQUACY IN THE SOCIAL JURISDICTION. ESSENTIAL ASPECTS AND PROBLEMS

LUIS SÁNCHEZ QUIÑONES

Abogado. Doctor en Derecho UNED

Sumario: *I. Introducción. II. Marco normativo. III. Concepto de conversión e inadecuación de procedimiento. Régimen general de aplicación. IV. Problemática de los procedimientos especiales. 1. Breve referencia al procedimiento ordinario. 2. Problemática de los procedimientos especiales. V. Afectación a los plazos de caducidad y prescripción. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

Resumen: La práctica forense en los tribunales del orden social viene regida por una significativa especialidad procesal que se traduce en la existencia de un notable número de procedimientos especiales, más allá del proceso ordinario. Pese a que el espíritu del legislador fue tratar de evitar las dilaciones debidas a una inadecuada elección de la modalidad procesal oportuna, no son pocas las ocasiones en las que pese a los esfuerzos de los órganos de lo social, dicho espíritu, no puede ser observado.

Palabras clave: Procedimiento, jurisdicción, inadecuación, ratione materiae.

Summary: Forensic practice in the social courts is governed by a significant procedural specialty. This implies the existence of an im-

portant number of special procedures, beyond the ordinary process. Although the aim of the legislator was to avoid delays due to an inadequate choice of the appropriate procedural modality, there are more than a few occasions in which, despite the efforts of the social courts, this spirit cannot be observed.

Keywords: Procedure, jurisdiction, inadequacy, ratione materiae.

Recepción original: 15/02/2022

Aceptación original: 18/03/2022

I. INTRODUCCIÓN

La correcta elección de la modalidad procesal en el orden jurisdiccional social no se encuentra exenta de complicaciones. Más allá de las modalidades procesales más usuales y comunes —principalmente, procedimiento ordinario y por despido— no resulta infrecuente encontrarse con planteamientos en el marco de acciones sustentadas ante los Juzgados de lo Social que cuentan con un difícil encaje procesal o que se hallan incorrectamente planteadas.

En el presente artículo analizaremos cómo trató en su día de resolver la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, "LRJS") esta cuestión, apostando por un principio de mantenimiento y conversión de la acción. Pese a ello, en ocasiones, dicha mutación de la acción no resulta posible, o en su caso, se plantea controvertida.

II. MARCO NORMATIVO

El artículo 102 LRJS en su párrafo segundo[1] establece que con carácter general se dará a procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda, salvo

[1] "Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada."

que se advierta su inadecuación, en cuyo caso se dará curso conforme a la naturaleza de la pretensión sin quedar vinculado el órgano judicial con la modalidad elegida por la parte y completando los trámites necesarios, salvo que no fuera posible o la parte actora persistiera en la modalidad procesal inadecuada.

La presente regulación deriva —conforme se expone en el Preámbulo de la norma— de la conveniencia de potenciar la figura del entonces denominado secretario judicial, hoy letrado de la administración de justicia (en adelante, "LAJ"), y de agilizar la tramitación de los asuntos en el orden social, evitando el planteamiento de excepciones procesales dilatorias que puedan ser subsanadas en el trámite de admisión de la demanda[2] y que limiten el número de procedimientos que finalicen sin pronunciamientos sobre el fondo por un incorrecto planteamiento procesal[3].

---

[2] Como ocurría con notoria frecuencia en las acciones en impugnación de decisiones empresariales adoptadas al amparo del artículo 41 ET lo que se trató de solventar apostando por unidad de criterio independientemente de que se siguieran los trámites o no del citado precepto. SÁNCHEZ LINDE, M. *Apuntes sobre el proceso especial de impugnación de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo.* Revista Jurídica de Castilla y León. Número 48. Mayo 2019. Págs. 153-193.

[3] El Preámbulo así lo indica: "Además, en el artículo 81 se contienen importantes novedades que enlazan con las nuevas funciones de los secretarios judiciales en la nueva oficina judicial. En concreto, se atribuye al secretario judicial la comprobación de la concurrencia de los requisitos procesales necesarios, sin introducir una distinción, que sería artificiosa y formalista, entre defectos sustantivos y formales, ya que, en esa fase procesal, todos los apreciables son de esta última clase, sin perjuicio de que la inadmisión preliminar deba quedar reservada a la decisión jurisdiccional. Asimismo, el secretario judicial ha de advertir a las partes, para su subsanación, de posibles defectos en la demanda, en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso y el dictado de una sentencia de fondo, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 del artículo 399 y en el apartado 1 del artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en relación con los documentos de preceptiva aportación con la propia demanda. En cuanto a la posible falta de jurisdicción o competencia, el secretario ha de dar cuenta al juez o tribunal para que resuelva lo procedente. Todo ello con arreglo a la función de subsanación procesal que tiene la admisión preliminar de la demanda en el juicio laboral, en el que no hay audiencia preliminar, como en el proceso civil ordinario, y reviste por ello la mayor importancia la subsanación de toda clase de defectos procesales que puedan resultar de la demanda en el momento de la presentación de la misma, ya respondan a omisiones, imprecisiones o defectos en ella, falta de capacidad o representación, inadecuación, con eventual transformación de oficio del proceso seguido según el procedimiento que deba seguirse, litisconsorcio pasivo necesario o cualquier otra causa obstativa de orden procesal, según la práctica habitualmente seguida desde antiguo en el proceso social." (…) "En el Título II se contiene la regulación relativa a las modalidades procesales, estableciéndose la regla general de la transformación del proceso a la modalidad adecuada y excluyendo, en la medida de lo posible, los pronunciamientos absolutorios por inadecuación de procedimiento y

El contenido de lo dispuesto en el artículo 102.2 LRJS se reitera igualmente en sede de recurso y concretamente en lo dispuesto en el artículo 179.4[4] LRJS, asegurando así el establecimiento de un cuerpo normativo ciertamente compacto que busca obtener el fin último de que no se produzca la inadmisión por inadecuación o una errónea elección del procedimiento a seguir.

El artículo 102.2 LRJS no tenía un precepto equivalente en la anteriormente Ley de Procedimiento Laboral del año 1995[5]. Su origen puede hallarse en la redacción de los artículos 254[6] y 423 de la Ley

---

la remisión a un ulterior proceso, aunque respetando en su mayor parte la regulación vigente hasta ahora."

[4] "1. La tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal. Los recursos que se interpongan se resolverán por el Tribunal con igual preferencia. 2. La demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública. 3. La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 81, el juez o tribunal rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo a las disposiciones de este Capítulo y no sean susceptibles de subsanación, advirtiendo al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente. No obstante, el juez o la Sala dará a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para el procedimiento adecuado fuese competente y la demanda reuniese los requisitos exigidos por la ley para tal clase de procedimiento."

[5] El artículo 102 de la citada norma disponía lo siguiente: "En todo lo que no esté expresamente previsto en el presente Título, regirán las disposiciones establecidas para el proceso ordinario."

[6] El artículo 254 LEC establece que: "1. Al juicio se le dará inicialmente la tramitación que haya indicado el actor en su demanda. No obstante, si a la vista de las alegaciones de la demanda el Letrado de la Administración de Justicia advirtiere que el juicio elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, acordará por diligencia de ordenación que se dé al asunto la tramitación que corresponda. Contra esta diligencia cabrá recurso directo de revisión ante el Tribunal, que no producirá efectos suspensivos. El Tribunal no estará vinculado por el tipo de juicio solicitado en la demanda. 2. Si, en contra de lo señalado por el actor, el Letrado de la Administración de Justicia considera que la demanda es de cuantía inestimable o no determinable, ni aun en forma relativa, y que por tanto no procede seguir los cauces del juicio verbal, deberá, mediante diligencia, dar de oficio al asunto la tramitación del juicio ordinario, siempre que conste la designación de procurador y la firma de abogado. 3. Se podrán corregir de oficio los errores aritméticos del actor en la determinación de la cuantía. También los consistentes en la selec-

de Enjuiciamiento Civil[7] (en adelante, "LEC") la cual ya preveía el control de la admisión de la demanda por parte del LAJ, facultándole para impulsar el procedimiento dándole la tramitación que estimase, se ajustaba más convenientemente a la materia enjuiciada, limitando a su vez las facultades de desestimación por inadecuación del procedimiento con el único obstáculo de que la transformación no fuera posible por los propios márgenes que la tramitación de dicha acción requiriese.

III. CONCEPTO DE CONVERSIÓN E INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. RÉGIMEN GENERAL DE APLICACIÓN

La definición de inadecuación de procedimiento es la inobservancia de la modalidad procesal específica establecida para cada pretensión. Se trata de una cuestión de orden público que no resulta disponible para la parte[8]. Tal sujeción a los parámetros procesales que fija cada modalidad procesal, resulte especialmente relevante en el orden social, ya que las pretensiones que carezcan de encaje en una

---

ción defectuosa de la regla legal de cálculo de la cuantía, si en la demanda existieran elementos fácticos suficientes como para poder determinarla correctamente a través de simples operaciones matemáticas. Una vez calculada adecuadamente la cuantía, se dará al proceso el curso que corresponda. 4. En ningún caso podrá el Tribunal inadmitir la demanda porque entienda inadecuado el procedimiento por razón de la cuantía. Pero si la demanda se limitare a indicar sin más la clase de juicio que corresponde, o si, tras apreciarse de oficio por el Letrado que la cuantía fijada es incorrecta, no existieren en aquélla elementos suficientes para calcularla correctamente, no se dará curso a los autos hasta que el actor no subsane el defecto de que se trate. El plazo para la subsanación será de diez días, pasados los cuales el Tribunal resolverá lo que proceda."

[7] El artículo 423 establece que "Resolución en casos de inadecuación de procedimiento por razón de la materia 1. Cuando la alegación de procedimiento inadecuado se funde en no corresponder el que se sigue a la materia objeto del proceso, el tribunal, oídas las partes en la audiencia, podrá decidir motivadamente en el acto lo que estime procedente y si considera infundada la alegación, la audiencia proseguirá para sus restantes finalidades. 2. También el tribunal, si la complejidad del asunto lo aconseja, podrá decidir lo que sea procedente sobre el procedimiento que se ha de seguir, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, que proseguirá en todo caso para sus restantes finalidades.

[3]. Si el procedimiento adecuado fuese el del juicio verbal, al declararlo así se dispondrá que el Letrado de la Administración de Justicia cite a las partes para la vista, salvo que la demanda apareciese interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley. En este caso, se declarará sobreseído el proceso. También dispondrá el Tribunal el sobreseimiento si, al iniciarse la vista, no apareciesen cumplidos los requisitos especiales que las leyes exijan, por razón de la materia, para la admisión de la demanda."

[8] STS Sala 4.ª 787/2019, de 19 de noviembre de 2019.

modalidad específica se regirán por lo dispuesto en el procedimiento ordinario.

Se puede deducir existencia de la inadecuación de procedimiento en vista a la pretensión sostenida y formulada en la demanda que se contienen en el suplico de la demanda[9] y que derivan de su redacción[10]. La posibilidad de mutar la modalidad procesal empleada será desde la presentación de la demanda[11] y hasta el momento previo a la celebración del Acto de conciliación y Juicio.

La existencia de esa posible inadecuación es la que obliga a aplicar las previsiones contenidas en el artículo 102.2 LRJS que tiene por objeto facilitar la prosecución del procedimiento evitando que se dicten pronunciamientos absolutorios por la elección de una inadecuada modalidad procesal que obliguen a reiterar la acción con el consabido coste de tiempo y recursos de la Administración de Justicia.

Parece lógica dicha preocupación, más aún cuando el resultado —caso de estimarse dicha inadecuación— no conlleva un pronunciamiento sobre el fondo, sino el retorno de la causa a la fase de enjuiciamiento, ésta vez ya correctamente planteada. En todo caso, no hay que olvidar que el artículo 102 LRJS se refiere exclusivamente a trámites procesales y no preprocesales por lo que no cabe invocarlo cuando se ha estimado la excepción de falta de agotamiento de la vía previa[12].

Ahora bien, como el propio precepto dispone dicha conversión o adaptación exige que para poder completar la misma, sea posible —como requiere la propia dicción del precepto— que se puedan completar todas las formalidades procesales que requiera la propia acción, aplicando además el régimen de recursos correspondientes[13].

A este respecto el Tribunal Supremo[14] ha establecido reiteradamente que la adopción procesal no puede resultar forzada, debiendo excluirse su aplicación cuando los sujetos legitimados no coincidan, cuando debido al cambio de la propia modalidad procesal exista disparidad entre los sujetos afectados, los trámites procesales no puedan

---

[9] STS Sala 4.ª 1086/2021, de 3 de noviembre de 2021.

[10] STS Sala 4.ª 180/2019, de 6 de marzo de 2019.

[11] STS Sala 4.ª 879/2019, de 18 de diciembre de 2019.

[12] STS Sala 4.ª de 29 de septiembre de 2015.

[13] Por tanto solo cabe estimar la inadecuación de procedimiento cuando faltan los requisitos indispensables de la propia modalidad procesal. GARCÍA MURCIA, J. *Proceso de conflicto colectivo e inadecuación de procedimiento*. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 10/2020. Págs. 1-7.

[14] STS Sala 4.ª 404/2018, de 17 de abril de 2018.

ser subsanados o incluso, si resultase controvertida la propia competencia funcional del tribunal que debe enjuiciar la cuestión[15].

La reconducción procedimental es obligada para el juzgador de instancia, por lo que advertida la deficiencia en el procedimiento ha de reorientarlo. No hacerlo y dictar sentencia desestimando sin entrar en el fondo supone la nulidad de actuaciones[16], salvo que sea el propio actor el que decida persistir en la inadecuación procedimental una vez apercibido expresamente de la misma y habiendo sido requerido por el órgano judicial para que proceda a convertir la modalidad procesal empleada.

En el caso de que el actor no haya sido advertido de la incorrección de la modalidad procesal empleada no resulta posible entender que ha reiterado la modalidad procesal por la que ha optado de manera incorrecta. Debe advertírsele de que la modalidad escogida no es la adecuada[17]. Si pese a ello, persistiera en la inadecuación de procedimiento y la causa finalizase por tal razón, ello no avala que se dicte un fallo respecto del fondo, ya que la norma lo excluye expresamente[18].

Tales son las reglas que delimitan los requisitos que debe cumplir dicha conversión procesal, lo que sin embargo no impide que a su vez, atendiendo a las distintas modalidades procesales se observen varias casuísticas no exentas de interés tal y como veremos a continuación.

IV. PROBLEMÁTICA DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

1. Breve referencia al procedimiento ordinario

La regla general indicada en el apartado anterior, plantea reglas específicas en el marco de los procedimientos especiales que regula la LRJS. En efecto, aunque cada modalidad procesal se regula de forma específica *ratione materiae*, ello no quiere decir que ese ámbito de conocimiento se extienda a todas las cuestiones vinculadas con dicha materia, aunque su relación sea meramente tangencial.

En base a esa regla se distribuyen las pretensiones que quedarían enmarcadas dentro del ámbito de conocimiento de las distintas modalidades procesales y aquellas otras que deben discutirse vía procedimiento ordinario, al no contar con modalidad procesal específica.

---

15 STSJ Cataluña 38/2015, de 14 de diciembre de 2015.
16 STSJ Andalucía (Sección Málaga) 309/2017, de 15 de febrero de 2017.
17 STSJ Madrid 706/2016, de 17 de octubre de 2016.
18 STSJ Madrid 454/2016, de 20 de junio de 2016.

Como ya señalábamos el procedimiento ordinario es el procedimiento que rige en defecto de modalidad procesal propia a la pretensión ejercitada (artículo 102.1 LRJS). Lo anterior supone que el procedimiento ordinario se convierte en un "cajón de sastre" en el que se incluyen aquellas pretensiones que no tienen cabida concreta en las demás modalidades procesales o que exceden su ámbito de cognición.

Esto supone que aparte del carácter meramente declarativo y/o condena para las pretensiones que, en general, se puedan suscitar en el ámbito de reclamaciones en el orden social, será la vía procesal adecuada para tramitar aquellas pretensiones que carecen de modalidad procesal concreto.

Así, el procedimiento ordinario es la modalidad procesal adecuada para reclamar la indemnización por despido cuando no se discute la causa de la extinción[19] o simplemente se reclaman diferencias indemnizatorias sin poner en duda los parámetros de cálculo[20] o para solicitar la inclusión en los planes de prejubilación pactados en el marco del despido colectivo ante la negativa empresarial[21]. Es posible sin embargo otorgar a la demanda ordinaria la tramitación de proceso especial de tutela de derechos fundamentales por reunir los requisitos para ello[22], siendo además, en caso de ausencia de cambio de residencia el procedimiento adecuado y no el de movilidad geográfica[23].

Quedaría en cambio excluido accionar por esta vía si se reclama el carácter indefinido de la relación laboral pese a que el contrato de trabajo se ha extinguido por cobertura de la vacante. En tal caso, debiera acudirse al procedimiento especial por despido. Idéntica solución se postula cuando se cuestionase la antigüedad[24].

Lo anterior evidencia que en el procedimiento ordinario no cabe cualquier tipo de acción, incluso aquellas que deben hacerse valer a

[19] STS Sala 4.ª 206/2021, de 16 de febrero de 2021.

[20] STS Sala 4.ª de 30 de noviembre de 2010. No obstante, también la Sala Cuarta ha admitido excepcionalmente el uso de esta modalidad procesal incluso, cuando se postula la discusión en torno a la antigüedad (en este sentido, STS Sala 4.ª 328/2016, de 26 de abril de 2016). Y en sentido contrario a ésta última, STS Sala 4.ª 1034/2016, de 2 de diciembre de 2016.

[21] STS Sala 4.ª 720/2018, de julio de 2018.

[22] STSJ Madrid 287/2017, de 25 de abril de 2017.

[23] STS Sala 4.ª 383/2020, de 21 de mayo de 2021 y STSJ Islas Canarias (Sección Las Palmas) 98/2016, de 29 de enero de 2016.

[24] STSJ La Rioja 154/2016, de 14 de julio de 2016.

otras fases procesales como la ejecución, si se pretendiera reclamar lo que corresponde al trámite de realización de la sentencia ya dictada[25].

2. Problemática de los procedimientos especiales

Efectuadas las anteriores precisiones, podemos efectuar un somero examen de las modalidades procesales especiales, las cuales presentan —como ya anticipábamos— una especialidad *ratione materiae*. Se trata de una atribución que se interpreta de forma restrictiva de manera que en el caso de que la pretensión sobrepase los límites estipulados para el ámbito de cognición del procedimiento, se podría entender que el procedimiento es inadecuado, obligando a su tramitación por medio de procedimiento ordinario, lo que en su caso puede implicar el acceso al recurso de suplicación, el cual en determinados casos limita la modalidad procesal inicialmente elegida (p.e. procedimiento de modificación sustancial de condiciones de contrato de trabajo o de movilidad geográfica).

Partiendo tales consideraciones podemos señalar lo siguiente:

a) *Procedimiento especial por despido (artículo 103 a 113 LRJS)*.—es el procedimiento adecuado para tratar todas las vicisitudes derivadas de la extinción de la relación laboral —aunque formalmente no se produzca *stricto sensu* mediante comunicación de despido[26]— incluyendo los parámetros esenciales que afectan al cómputo de la indemnización ex. artículo 56.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, "ET") y que afectan al salario regulador y a la antigüedad[27]. Engloba la totalidad de las modalidades de extinción, sin perjuicio de la específica prevista en el artículo 120 y siguientes LRJS (artículo 103.3 LRJS).

En tales términos cabe discutir dentro del proceso especial por despido la aplicación de un Convenio Colectivo u otro, cuando dicha discusión resulta trascendente a los efectos de fijar el salario regulador por despido[28]. Tal discusión se puede igualmente sostener incluso si tales parámetros derivan de un pacto privado suscrito entre las partes[29] o se discute el carácter salarial o no de determinadas partidas

[25] STSJ Castilla La Mancha 727/2017, de 18 de mayo de 2017.
[26] STS Sala 4.ª de 23 de diciembre de 1996.
[27] STS Sala 4.ª 382/2020, de 21 de mayo de 2020.
[28] STS Sala 4.ª 587/2018, de 5 de junio de 2018.
[29] STS Sala 4.ª 1034/2016, de 2 de diciembre de 2016.

que integrarían, en su caso, el de la indemnización[30], si a los efectos de determinar si procede el abono o no de la prima de adscripción al despido colectivo computan los servicios prestados para otras empleadoras, ya que en éste último caso, dicha discusión afecta directamente a la decisión extintiva adoptada y a los acuerdos existentes sobre la cuantía de la indemnización[31] o si se examina el régimen regulador de la indemnización derivada de despido colectivo en la modalidad de prejubilaciones[32].

Igualmente sería el procedimiento adecuado, cuando se pretende reclamar una indemnización bajo la premisa de que la relación laboral debe ser calificada como indefinida no fija y no como interina[33] o la falta de llamamiento de un trabajador fijo discontinuo (no pudiendo optarse por la acción prevista en el artículo 50 ET[34] o la acción de daños y perjuicios por llamamiento extemporáneo al reiniciarse la actividad así como la posterior extinción contractual antes de finalizar la campaña[35].

No sería adecuada por otro lado, para analizar el derecho de reingreso tras una excedencia forzosa, cuando no se evidencia la voluntad real de extinguir el contrato de trabajo[36], la cual debería ventilarse a través del procedimiento ordinario, salvo que la respuesta empresarial a dicha petición ofrezca escaso margen de duda sobre lo improbable del mismo[37].

b) ***Procedimiento de impugnación de sanciones (artículos 114 y 115 LRJS).***—tiene por objeto confirmar, revocar total o parcialmente o declarar nula la sanción que hubiera sido impuesta al trabajador. Constreñido a tales límites, este objeto abarca igualmente el carácter proporcionado o no de la sanción, la veracidad de los hechos y el cumplimiento de los requisitos formales para su imposición, no pudiendo discutirse estos extremos en el marco del procedimiento ordinario[38].

Sin embargo, la discusión en torno a la compensación indemnizatoria por extinción de la relación laboral prevista en contrato de prejubilación no puede considerarse imposición de sanción, por lo

[30] STS Sala 4.ª 1113/2016, de 22 de diciembre de 2016.
[31] STS Sala 4.ª 852/2017, de 31 de octubre de 2017.
[32] STSJ Madrid 105/2019, de 18 de febrero de 2019.
[33] STS Sala 4.ª 593/2019, de 17 de julio de 2019.
[34] STS Sala 4.ª 691/2018, de 28 de junio de 2018.
[35] STSJ Andalucía (Sección Granada) 2578/2019, de 7 de noviembre de 2019.
[36] STSJ Castilla La Mancha 359/2020, de 10 de marzo de 2020.
[37] STSJ Madrid 614/2021, de 30 de junio de 2021.
[38] STSJ Asturias 2710/2018, de 27 de noviembre de 2018.

que quedaría excluida del marco de este procedimiento[39] o si dicha deducción responde al descuento de haberes por realizar una jornada inferior a la pactada que carece de carácter sancionador[40].

c) ***Procedimiento de extinción del contrato por causas objetivas (artículo 120 a 123 LRJS).—***los aspectos más relevantes que se refieren al posible deslinde con el procedimiento ordinario, sobre todo en los aspectos referidos la adecuación del procedimiento derivado del cálculo de la indemnización y el uso de los parámetros de salario y antigüedad han sido expuestos en el punto 1 precedente, por lo que nos remitimos al mismo.

d) ***Procedimiento de despido colectivo (artículo 124 LRJS).—*** es el proceso reglado para analizar los aspectos básicos de la extinción colectiva tras la reforma introducida por la Ley 3/2012 que atribuyó dicho conocimiento a la jurisdicción social tras eliminar la necesidad de autorización administrativa para los mismos. Incluye además en su apartado 3 la denominada acción de jactancia empresarial, mediante la cual, el empresario a falta de acción formulada por la representación unitaria de los trabajadores puede solicitar que se declare ajustada a Derecho su decisión extintiva.

En resumidas cuentas, es la vertiente colectiva del procedimiento de impugnación de extinción del contrato por causas objetivas, indicando en el número precedente. Su ámbito de cognición permite discutir la existencia del propio despido colectivo sea expreso o tácito aunque dicho despido derivase de los efectos de una falta de subrogación de un conjunto de trabajadores[41] o la extinción practicada en base a un precepto del Convenio Colectivo de aplicación obviando los trámites previstos en el artículo 51 ET[42], permitiendo además, impugnar los puntos esenciales de un acuerdo de mediación alcanzado en el período de consultas de un despido colectivo[43]

Sin embargo, no sería la vía procesal adecuada cuando se demanda la declaración de nulidad o el carácter injustificado de la medida sin aportar los elementos mínimos para poder determinar si la medida es realmente colectiva[44] o si se parte de la premisa del posible carácter fraudulento de contratos temporales no declarados como tal

[39] STSJ Galicia 3407/2013, de 28 de junio de 2013.
[40] STSJ Galicia 4961/2009, de 12 de noviembre de 2009.
[41] STS Sala 4.ª 929/2021, de 22 de septiembre de 2021.
[42] STS Sala 4.ª 62/2020, de 4 de enero de 2020.
[43] STS Sala 4.ª de 27 de enero de 2015.
[44] STS Sala 4.ª 593/2019, de 17 de julio de 2019.

previamente[45], cuando se trata de obtener —por parte del empresario— una declaración del carácter ajustado a Derecho de la medida si la misma ya ha sido reconocida por la representación legal de los trabajadores[46] o cuando la medida analizada corresponde a un despido autorizado en virtud de autorización administrativa previa al RD Ley 3/2012 ya que dicha impugnación ha de realizarse por los trámites previstos en el artículo 151 LRJS[47].

Tampoco sería la vía adecuada cuando se trate de discutir aspectos que puedan resultar relevantes desde un punto de vista estrictamente individual, como la garantía de permanencia de los representantes de los trabajadores[48] o las diferencias del *quantum* indemnizatorio derivado de diferencias salariales[49].

e) ***Procedimiento de vacaciones (artículos 125 y 126 LRJS).—*** analiza el procedimiento de fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones determinados en norma convencional o acuerdo entre las partes, estuviesen o no ya fijadas, incluyendo el debate sobre las posibles preferencias atribuidas a determinados trabajadores[50].

Quedan excluidas aquellas cuestiones que no estén directamente relacionadas con las fechas de fijación del disfrute vacacional, incluyendo el derecho a generar o no vacaciones, el pago de las mismas o el cómputo de los períodos de excedencia[51] o el examen de las pretensiones relativas a los días de disfrute del conjunto de la plantilla[52].

f) ***Procedimiento de impugnación de laudos (artículos 127 a 132 LRJS).—*** está limitado a los laudos arbitrales dictados al amparo del artículo 76 ET en el marco del proceso electoral en el ámbito de la empresa[53].

Esto hace que cualquier otro laudo quede excluido de su ámbito de cognición, debiendo acudirse a la modalidad procesal oportuna en cada caso[54].

---

45 STS Sala 4.ª 974/2018, de 22 de noviembre de 2018.
46 STS Sala 4.ª de 26 de diciembre de 2013 y STS Sala 4.ª de 1 de marzo de 2016.
47 STSJ Madrid 20/2021, de 14 de enero de 2021.
48 STS Sala 4.ª de 21 de mayo de 2014.
49 STSJ Andalucía (Sección Granada) 1373/2020, de 4 de junio de 2020.
50 STSJ Castilla La Mancha 1644/2020, de 6 de noviembre de 2020.
51 STSJ Andalucía (Sección Sevilla) 961/2018, de 21 de marzo de 2018.
52 STS Sala 4.ª 852/2016, de 18 de octubre de 2016.
53 STSJ País Vasco de 14 de febrero de 2006.
54 Que puede ser diversa. Cfr. en este sentido, STS Sala 4.ª de 4 y 8 de abril de 2014 que analizó la impugnación de un lado arbitral de equidad dictado en el marco

g) ***Procedimiento de clasificación profesional (artículo 137 LRJS).—***es el procedimiento establecido para reclamar la adecuación de funciones que se realizan y la categoría efectivamente reconocida[55] cuando media discrepancia por estimarse que se realizan tareas que no se ajustan a la categoría otorgada al trabajador[56].

Quedaría por el contrario excluida de su ámbito aquellas cuestiones complejas que tengan que ver con el encuadramiento, equivalencias que puedan afectar a la unificación de los sistemas de clasificación profesional, los derechos de los trabajadores derivados de diferentes unidades empresariales o la reclamación de un nivel retributivo superior[57].

h) ***Procedimiento de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, trabajo a distancia, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (artículos 138 y 138 bis LRJS).—***al tratarse de pretensiones que se suscitan atendiendo a causas de pedir distintas las examinamos por separado:

1) Procedimiento de movilidad geográfica.— es el procedimiento adecuado para impugnar el cambio de centro de trabajo aunque no se haya seguido el trámite previsto en el artículo 40 ET. La discusión que tradicionalmente se ha vinculado en torno a la existencia de inadecuación de procedimiento o no, radicaba en sí resultaba necesario que se produjera cambio de residencia efectivo o no para poder emplear esta modalidad procesal, inclinándose la doctrina de la Sala Cuarta por exigir ese cambio de residencia[58] sin que ello implique plantear acciones no encuadradas en esa modalidad procesal[59]. De no acontecer el mismo, el procedimiento adecuado sería el procedimiento ordinario.

Se trata de una modalidad procesal muy restrictiva que solo permite analizar el carácter justificado o no de la movilidad geográfica, sin que puedan discutirse otras vicisitudes ajenas a la misma, aunque impliquen la impugnación de la reincorporación a la plaza de la que

---

de una huelga y en el que se estimó que la modalidad procesal correcta era la de impugnación de convenios colectivos.

[55] STSJ Comunidad Valenciana 4034/2020, de 17 de noviembre de 2020.

[56] STS Sala 4.ª de 5 de julio de 2005.

[57] STS Sala 4.ª de 19 de diciembre de 2011.

[58] STS Sala 4.ª 467/2021, de 29 de abril de 2021 y STS Sala 4.ª 383/2020, de 21 de mayo de 2020.

[59] Como la de despido. STSJ Andalucía (Sección Sevilla) 2537/2016, de 29 de septiembre de 2016.

es titular el trabajador que presta servicios en otra plaza en virtud de desplazamientos temporales sucesivos[60].

2) Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de contrato de trabajo.—es el procedimiento adecuado para impugnar aquellas modificaciones o cambios en la prestación que puedan ser calificadas como sustanciales aunque no se sigan los trámites previstos en el artículo 41 ET, si bien ello no impide que exista una línea adoptada de forma minoritaria por nuestros tribunales que considera que cuando no se siguen los trámites previstos en el artículo 41 ET el procedimiento ha de ser el ordinario y no el especial del artículo 138 LRJS[61].

Es por tanto, el procedimiento adecuado para impugnar las decisiones individuales cuando la decisión empresarial no excede de los umbrales numéricos previstos en el artículo 41.2 ET[62] o de naturaleza individual[63], incluso cuando dicha acción sea ejercitada por el representante sindical o unitario ya que no implica presuponer la adecuación del procedimiento empleado[64].

No sería sin embargo el procedimiento adecuado, cuando la modificación se plantee con carácter colectivo, debiendo en tal caso acudirse a la vía del conflicto colectivo[65] o cuando se pretenda la modificación de condiciones fijadas por el Convenio Colectivo que exigiría acudir al procedimiento de impugnación de conflictos colectivos[66].

Tampoco sería el procedimiento adecuado —debiendo seguirse los cauces del procedimiento ordinario— para reclamar la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 ET[67] o para reclamar la indemnización derivada de la acción de rescisión prevista en el artículo 41.2 ET[68].

3) Procedimiento de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.—es el procedimiento adecuado para constatar o no las causas alegadas de forma individual en

[60] STS Sala 4.ª de 26 de febrero de 2014.
[61] STSJ Galicia 7072/2016, de 13 de diciembre de 2016.
[62] Sin que apliquen los criterios propios del despido colectivo. STS Sala 4.ª 787/2019, de 19 de noviembre de 2019.
[63] STS Sala 4.ª 553/2018, de 28 de mayo de 2018.
[64] Ya que en esencia, se trata de una cuestión individual que no cuenta con trascendencia colectiva. STS Sala 4.ª 404/2018, 17 de abril de 2018.
[65] STS Sala 4.ª 480/2019, de 20 de junio de 2019.
[66] STS Sala 4.ª 644/2017, de 19 de julio de 2017.
[67] STSJ Cataluña 292/2018, de 19 de enero de 2018.
[68] STSJ Cataluña 5115/2017, de 1 de septiembre de 2017.

los supuestos indicados aunque no se hayan seguido los trámites del artículo 47 ET.

No es sin embargo el procedimiento adecuado —debiendo acudirse al procedimiento de conflicto colectivo— para impugnar la decisión colectiva de suspensión de contratos de trabajo, incluso los derivados de la normativa COVID— 19[69] [70].

i) ***Procedimiento de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente (artículo 139 LRJS).—***el ámbito de conocimiento de este procedimiento se encuentra limitado a las cuestiones propias de conciliación, sin que en el marco del mismo puedan conocer aspectos ajenos a dicha pretensión[71].

Por medio de este procedimiento han de sustanciarse además, aquellas decisiones empresariales que dejen sin efecto, la asignación de horario o disfrute horario previamente concedido en virtud de lo dispuesto en el artículo 34.8 ET[72].

j) ***Procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social (artículos 151 y 152 LRJS).—***referido exclusivamente a decisiones de la autoridad laboral o de seguridad social que deban ser impugnados ante el orden social (artículo 151 LRJS).

Siendo su ámbito de aplicación limitado, cuenta con escasas peculiaridades entre las que cabe citar que es el adecuado cuando se impugna la inclusión nominal de un trabajador en resolución administrativa de autorización de expediente de regulación de empleo[73], quedando por el contrario excluido, cuando se trata de impugnar actos en los que la administración cuando actúa como empleadora, los cuales se tramitarán de conformidad a la modalidad procesal correspondiente[74].

k) ***Procedimiento de conflicto colectivo (artículos 153 a 162 LRJS).—***competente para resolver las cuestiones que afecten a un grupo genérico de trabajadores o un colectivo genérico susceptible de determinación individual cuando se refieran a la interpretación

[69] STS Sala 4.ª 83/2021, de 25 de enero de 2021.

[70] En contra, STSJ País Vasco 1385/2020, de 20 de octubre de 2020 y 1508/2020, de 17 de noviembre de 2020.

[71] STSJ Asturias 1813/2020, de 20 de octubre de 2020.

[72] STSJ Cataluña 3369/2020, de 13 de julio de 2020.

[73] STS Sala 4.ª de 27 de julio de 2015.

[74] P.e. conflicto colectivo. STS Sala 4.ª 862/2021, de 7 de septiembre de 2021.

de norma estatal, convenio colectivo o pactos o acuerdos de empresa o para analizar las decisiones empresariales de carácter colectivo comprendidas en los artículos 40.2, 41.2 y 47.1 ET que afecten a un colectivo que exceda los umbrales previstos en el artículo 51.1 ET, entre otros (artículo 153.1 LRJS).

Tradicionalmente, ha sido un procedimiento problemático ya que por su especial naturaleza requiere que concurra el elemento objetivo (presencia de un interés general) y subjetivo (afectación de un grupo genérico de trabajadores)[75] lo que determina que ante la ausencia de cualquier de ellos se pueda declarar la inadecuación de procedimiento, siendo la conversión procedimental ciertamente complicada por la composición de las partes en el marco del litigio. De hecho, se viene rechazando con carácter general que se pueda convertir un procedimiento de conflicto colectivo en un procedimiento ordinario individual ya que no son coincidentes los sujetos legitimados, la acción y no están presentes todos los trabajadores afectados por la medida[76].

Se trata además de una materia extremadamente casuística (salvo en la dimensión colectiva de los supuestos de suspensión, traslado[77] o de modificación sustancial colectiva[78]) lo que dificulta notablemente su aplicación.

En todo caso, se ha entendido que es el procedimiento adecuado para conocer de las pretensiones referidas a la prevención de riesgos laborales de jueces y magistrados[79], para conocer del reconocimiento del derecho de los trabajadores temporales de la aplicación del mismo régimen jurídico que ha sido reconocido a favor del personal laboral fijo en materia de carrera profesional[80] o el derecho a una Evaluación de Desempeño[81].

Asimismo, es la modalidad procesal adecuada para efectuar la interpretación del Convenio Colectivo de aplicación[82], pedir la nulidad de acuerdo extraestatutarios[83], conocer de la impugnación de un concurso convocado para la cobertura de plazas, salvo que dicha cobertura ya tuviera lista provisional de admitidos e inadmitidos en

[75] STSJ Cataluña 4406/2007, de 13 de junio de 2007.
[76] STS 404/2018 de 17 de abril de 2018.
[77] STS Sala 4.ª 94/2019, de 6 de febrero de 2019.
[78] STS Sala 4.ª 429/2021, de 27 de abril de 2021.
[79] STS Sala 4.ª 950/2021, de 29 de septiembre de 2021.
[80] STS Sala 4.ª 628/2021, de 15 de junio de 2021.
[81] STS Sala 4.ª 532/2021, de 14 de mayo de 2021.
[82] STS Sala 4.ª 297/2021, de 11 de marzo de 2021.
[83] STS Sala 4.ª 484/2019, de 24 de junio de 2019.

cuyo caso, no sería la modalidad adecuada[84] y en general cuando se acredite un interés de un grupo genérico de trabajadores[85] —como ocurre en el caso de la recolocación de trabajadores excedentarios acordada mediante Acuerdo de empresa con la representación legal de los trabajadores[86].

Por el contrario, debe rechazarse dicha adecuación y entenderse que estamos ante un conflicto plural que debe tramitarse de forma individual por vía ordinaria cuando no exista el interés genérico u homogéneo[87], como ocurre en el caso de la reclamación de horas extraordinarias que requiere un examen individualizado de cada una de las situaciones[88] o en el caso de reclamación de daños y perjuicios de forma individualizada derivados del incumplimiento empresarial en materia de prevención de riesgos laborales frente al COVID— 19[89].

Señalar que plantea una particularidad en los llamados o denominados conflictos de interés —en los que no cabe efectuar declaración de inadecuación alguna— debiendo resolverse sobre el fondo, ya que precisamente tales conflictos carecen de modalidad procesal específica o concreta aplicable, no pudiendo redirigirse en el marco del procedimiento ordinario[90].

l) ***Procedimiento de impugnación de convenios colectivos (artículos 163 a 166 LRJS).—***es la vía adecuada para impugnar los Convenios Colectivos regulados en el Título III ET o los laudos arbitrales que los sustituyan[91].

Esto incluye la impugnación por la autoridad laboral un Convenio Colectivo que formalmente tenga la apariencia externa y haya cumplido los trámites de aprobación de un Convenio Colectivo aunque el resultado final sea que no cumple las exigencias para dicha figura en el ET[92]. A *sensu contrario*, no es la modalidad procesal adecuada cuando se impugna un acuerdo que no posee la apariencia ni la pretensión de un Convenio Colectivo regulado por el Título III del ET.

Resulta aplicable igualmente para los procedimientos en los que se impugne los términos del Acuerdo Interprofesionales de Solución

---

84 STS Sala 4.ª 183/2019, de 6 de marzo de 2019.
85 STS Sala 4.ª1088/2020, de 9 de diciembre de 2020.
86 STS Sala 4.ª 593/2019, de 17 de julio de 2019.
87 STS Sala 4.ª 440/2020, de 11 de junio de 2020.
88 STS Sala 4.ª 127/2020, de 11 de febrero de 2020.
89 STSJ Comunidad Valenciana 1449/2021, de 5 de mayo de 2021.
90 STS Sala 4.ª 784/2021, de 13 de julio de 2021.
91 STS Sala 4.ª 238/2017, de 22 de marzo de 2017.
92 STS Sala 4.ª 475/2021, de 4 de mayo de 2021.

de Conflictos Laborales, cuando el mismo se haya incorporado como Anexo al Convenio Colectivo[93], cuando se impugna un acuerdo de mediación alcanzado en el período de consultas de un despido colectivo[94], un laudo arbitral que pone fin a una huelga[95] o un acuerdo de descuelgue de un Convenio Colectivo[96].

m) ***Procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 177 a 184 LRJS).—***Se trata de un procedimiento de cognición limitada que buscar determinar si se ha producido o no una violación de un derecho fundamental sin valorar la infracción de normas infraconstitucionales o de legalidad ordinaria[97].

Así, la vulneración de derechos fundamentales permite abarcar no solo los derechos propios del trabajador en su esfera personal sino también los propios de la actividad representativa como la vulneración de la libertad sindical con motivo de la aplicación de los pactos de extinción y recolocación[98] cuando se reclama el acceso de documentación de la Sección Sindical en las mismas condiciones que los miembros del Comité de Empresa[99] o cuando se impide ejercer funciones sindicales por un funcionamiento deficiente del Comité de Empresa[100].

Incluso, permitiría examinar la vulneración de aspectos ligados a la prevención de riesgos laborales cuando ello pueda implicar un riesgo constado de producción cierta o potencial pero justificado *ad casum*[101]. *Especialmente relevante es la facultad que comprende esta especialidad procedimental —que en su artículo 183 LRJS— y que permite además reclamar daños y perjuicios como parte del resarcimiento íntegro del daño derivado de la vulneración, incluso cuando no fueron alegados en un anterior procedimiento por despido*[102].

Sin embargo, resulta inadecuado cuando se reclama el abono de un plus de disponibilidad reconocido como condición más beneficiosa aunque medie un indicio de lesión en la garantía de indemnidad

93 STS Sala 4.ª de 4 de noviembre de 2015.
94 STS Sala 4.ª de 27 de enero de 2015.
95 STS Sala 4.ª de 4 de abril de 2014.
96 STSJ Islas Canarias (Sección Las Palmas) 970/2019, de 16 de septiembre de 2019.
97 STS Sala 4.ª de 19 de septiembre de 2006.
98 STS Sala 4.ª 624/2020, de 8 de julio de 2020.
99 STS Sala 4.ª de 8 de julio de 2014.
100 STS Sala 4.ª de 31 de octubre de 2012.
101 STS Sala 4.ª 425/2021, de 22 de abril de 2021.
102 STS Sala 4.ª de 13 de junio de 2011.

ya que estaba vinculado a la vigencia de un Convenio Colectivo[103] ni tampoco es el adecuado para determinar el pago de trienios ya reconocido mediante sentencia firme[104] o cuando se examine la vigencia y legalidad de un pacto de exclusividad al ser cuestiones propias de legalidad ordinaria y pese a alegarse un derecho que no está dentro del catálogo de derechos y libertades contemplado en el Capítulo II del Título I[105]. Cuestiones éstas, de estricta legalidad ordinaria, que como ya hemos visto, quedan excluidas de su ámbito de conocimiento.

n) ***Procedimiento de audiencia al demandado rebelde (artículo 185 LRJS).***—solo cabe su tramitación cuando se dan los supuestos específicamente tasados en la LRJS para que el demandado pueda ser calificado rebelde que son los propios del artículo 501 LEC[106]. De lo contrario, si la alegación se fundamenta en la infracción de normas procesales el cauce adecuado sería la nulidad de actuaciones prevista en los artículos 240 y siguientes LOPJ[107], más aún cuando el plazo para formular tales recursos estuviera vigente al momento de iniciarse la demanda en audiencia[108].

V. AFECTACIÓN A LOS PLAZOS DE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

Establecida la posible problemática que puede conllevar fijar el adecuado cauce procesal, resta por resolver qué ocurre en aquellos en los que no es posible proceder a la conversión del procedimiento en la modalidad procesal adecuada y, en concreto, cuando la acción está sujeta a plazo de caducidad o prescripción.

---

103 STS Sala 4.ª 126/2021, de 2 de febrero de 2021.

104 STS Sala 4.ª de 30 de abril de 2014.

105 STSJ Madrid 361/2018, de 23 de abril de 2018.

106 "Los demandados que hayan permanecido constantemente en rebeldía podrán pretender, del tribunal que la hubiere dictado, la rescisión de la sentencia firme en los casos siguientes: 1.º De fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma. 2.º De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable. 3.º De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos."

107 STS Sala 4.ª de 31 de enero de 2000.

108 STSJ Cataluña 6/2011, de 20 de junio de 2011.

Por tanto, la cuestión suscitada es si la elección de una errónea modalidad procesal interrumpe tales plazos o por si el contrario, los mismos precluyen. Para ello hay que atender a lo dispuesto en el artículo 59 ET párrafos primero, tercero y cuarto que establecen que las acciones que no tengan plazo prescribirán al año de su terminación y que la acción de despido y en materia de modificación sustancial de condiciones de contrato de trabajo, estará sujeta a un plazo de caducidad de veinte días que se computará desde la fecha de efectos de la extinción o desde la fecha de notificación de la decisión empresarial, respectivamente.

La interrupción del plazo de prescripción solo procede en los supuestos previstos en el artículo 1973[109] del Código Civil (en adelante, "CC"), mientras que el plazo de caducidad no admite interrupción sino mera suspensión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.1 LRJS[110] o por la interposición de la acción judicial (artículo 138 LRJS). Tales conclusiones darían entender que la elección de una modalidad procesal inadecuada —en la que no resultase posible dicha conversión— conllevaría la prescripción o caducidad de la acción, salvo que nos hallásemos ante obligaciones de tracto único[111].

Ahora bien, dicha postura resultaría matizable —ya que tanto la caducidad como la prescripción son institutos que conllevan la pérdida de la acción— y que por lo tanto, deben ser interpretados de forma restrictiva y con una debido proporcionalidad enjuiciando la trascendencia de los defectos procesales advertidos —y en su caso, la dificultad que pueda conllevar su aplicación en el supuesto de hecho concreto— y que supongan un cercenamiento ilógico o irracional del derecho a la tutela judicial efectiva[112].

Lo anterior no supone sin embargo que deban obviarse los plazos estipulados de forma concreta para cada una de las acciones, ya que la prescripción y caducidad forman parte del haz de garantías procesales que son exigibles a las partes, por lo que su ponderación debe efectuarse de manera restrictiva para su estimación, pero sin que ello

[109] "La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor."

[110] "1. La presentación de la solicitud de conciliación o de mediación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. El cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado."

[111] STS Sala 4.ª de 3 de octubre de 2008.

[112] STC 126/2004, de 19 de julio de 2004.

suponga eludir el cuidado mínimo ni observancia de las mismas[113] ni exonere de la obligación de prestar atención a las formalidades procesales oportunas[114] o implique que se otorgue un privilegio procesal a una de las partes que faculte obviar tales plazos[115], más aún, cuando la parte es advertida por el propio juzgador de la incorrecta elección de la modalidad procesal empleada[116].

VI. CONCLUSIONES

Tras la reforma planteada por la reforma de la LRJS, las facultades conversión del procedimiento han reducido netamente las posibilidades de que un proceso concluya sin entrar en el fondo del mismo y en base a la declaración de inadecuación de procedimiento.

Parecía clara la intención del legislador de evitar la reiteración innecesaria de acciones por el incumplimiento de inobservancias procesales que pudieran resultar subsanables y reconducibles a través de la modalidad procesal adecuada, siempre y cuando dicho cambio fuera posible.

Era la traslación al orden social de las previsiones ya existentes para determinados supuestos en la LEC, facilitando así —y en la medida de lo posible— un funcionamiento más ágil de la Administración de Justicia y un examen de las formalidades procesales más acorde con el principio *pro actione* ya declarado por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, y pese a ese espectro ciertamente amplio con el que cuenta el juzgador, ello no quiere decir que dicha transformación resulte siempre posible. En efecto, debido a la numerosísima casuística existente en nuestro ordenamiento procesal, la parte actora —especialmente— ha de ser muy cautelosa a la hora de escoger la modalidad procesal adecuada.

No resulta suficiente que la cuestión debatida tenga una relación tangencial o coyuntural con una materia concreta para que pueda quedar dentro del marco específico de conocimiento que la LRJS determina para cada modalidad procesal, sino que dicha discusión —determinada por la causa *petendi*— puesta en correlación con el ámbito material que fija la norma de procedimiento laboral, ha de

[113] STS Sala 4.ª, 359/2018 de 3 de abril de 2018.
[114] STS Sala 4.ª de 27 de abril de 2009.
[115] STS Sala 4.ª 115/2018, de 7 de febrero de 2018.
[116] STSJ Castilla León (Sección Valladolid), de 1 de marzo de 2021.

ajustarse estrictamente al ámbito de cognición determinado para cada procedimiento.

Caso de no ser así, la acción podría ser reconducida a la modalidad procesal oportuna, o en defecto de la misma, al procedimiento ordinario. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que no resulte posible reajustar el cauce procesal, la elección inadecuada de dicha modalidad procesal puede plantear serios problemas en los casos en los que se trate de acciones sometidas a un plazo de caducidad o prescripción, las cuales —merced a esa incorrecta elección— podrían verse perjudicadas.

Debemos rechazar por tanto, que se trate de una cuestión baladí. La tradicional flexibilidad y simplicidad del procedimiento laboral no implica que los órganos judiciales puedan solventar de manera generalizada los defectos en los que se hayan podido incurrir a la hora de plantear una demanda.

La pretensión del legislador no era ésa. Sino conjugar adecuadamente los principios de economía procesal y *pro actione* de manera razonable, pero sin que ello suponga que las partes hagan dejación de las mínimas y diligentes exigencias que le son imputables.

VII. BIBLIOGRAFÍA

STS Sala 4.ª 787/2019, de 19 de noviembre de 2019.

STS Sala 4.ª 1086/2021, de 3 de noviembre de 2021.

STS Sala 4.ª 180/2019, de 6 de marzo de 2019.

STS Sala 4.ª 879/2019, de 18 de diciembre de 2019.

STS Sala 4.ª de 29 de septiembre de 2015.

STS Sala 4.ª 404/2018, de 17 de abril de 2018.

STSJ Cataluña 38/2015, de 14 de diciembre de 2015.

STSJ Andalucía (Sección Málaga) 309/2017, de 15 de febrero de 2017.

STSJ Madrid 706/2016, de 17 de octubre de 2016.

STSJ Madrid 454/2016, de 20 de junio de 2016.

STS Sala 4.ª 206/2021, de 16 de febrero de 2021.

STS Sala 4.ª de 30 de noviembre de 2010.

STS Sala 4.ª 720/2018, de julio de 2018.

STSJ Madrid 287/2017, de 25 de abril de 2017.

STS Sala 4.ª 383/2020, de 21 de mayo de 2021

STSJ Islas Canarias (Sección Las Palmas) 98/2016, de 29 de enero de 2016.

STSJ La Rioja 154/2016, de 14 de julio de 2016.

STSJ Castilla La Mancha 727/2017, de 18 de mayo de 2017.

STS Sala 4.ª de 23 de diciembre de 1996.

STS Sala 4.ª 382/2020, de 21 de mayo de 2020.

STS Sala 4.ª 587/2018, de 5 de junio de 2018.

STS Sala 4.ª 1034/2016, de 2 de diciembre de 2016.

STS Sala 4.ª 1113/2016, de 22 de diciembre de 2016.

STS Sala 4.ª 852/2017, de 31 de octubre de 2017.

STSJ Madrid 105/2019, de 18 de febrero de 2019.

STS Sala 4.ª 593/2019, de 17 de julio de 2019.

STS Sala 4.ª 691/2018, de 28 de junio de 2018.

STSJ Andalucía (Sección Granada) 2578/2019, de 7 de noviembre de 2019.

STSJ Castilla La Mancha 359/2020, de 10 de marzo de 2020.

STSJ Madrid 614/2021, de 30 de junio de 2021.

STSJ Asturias 2710/2018, de 27 de noviembre de 2018.

STSJ Galicia 3407/2013, de 28 de junio de 2013.

STSJ Galicia 4961/2009, de 12 de noviembre de 2009.

STS Sala 4.ª 929/2021, de 22 de septiembre de 2021.

STS Sala 4.ª 62/2020, de 4 de enero de 2020.

STS Sala 4.ª de 27 de enero de 2015.

STS Sala 4.ª 593/2019, de 17 de julio de 2019.

STS Sala 4.ª 974/2018, de 22 de noviembre de 2018.

STS Sala 4.ª de 26 de diciembre de 2013

STS Sala 4.ª de 1 de marzo de 2016.

STSJ Madrid 20/2021, de 14 de enero de 2021.

STS Sala 4.ª de 21 de mayo de 2014.

STSJ Andalucía (Sección Granada) 1373/2020, de 4 de junio de 2020.

STSJ Castilla La Mancha 1644/2020, de 6 de noviembre de 2020.

STSJ Andalucía (Sección Sevilla) 961/2018, de 21 de marzo de 2018.

STS Sala 4.ª 852/2016, de 18 de octubre de 2016.

STSJ País Vasco de 14 de febrero de 2006.

STS Sala 4.ª de 4 de abril de 2014.

STS Sala 4.ª de 8 de abril de 2014.

STSJ Comunidad Valenciana 4034/2020, de 17 de noviembre de 2020.

STS Sala 4.ª de 5 de julio de 2005.

STS Sala 4.ª de 19 de diciembre de 2011.

STS Sala 4.ª 467/2021, de 29 de abril de 2021.

STS Sala 4.ª 383/2020, de 21 de mayo de 2020.

STSJ Andalucía (Sección Sevilla) 2537/2016, de 29 de septiembre de 2016.

STS Sala 4.ª de 26 de febrero de 2014.

STSJ Galicia 7072/2016, de 13 de diciembre de 2016.

STS Sala 4.ª 787/2019, de 19 de noviembre de 2019.

STS Sala 4.ª 553/2018, de 28 de mayo de 2018.

STS Sala 4.ª 404/2018, 17 de abril de 2018.

STS Sala 4.ª 480/2019, de 20 de junio de 2019.

STS Sala 4.ª 644/2017, de 19 de julio de 2017.

STSJ Cataluña 292/2018, de 19 de enero de 2018.

STSJ Cataluña 5115/2017, de 1 de septiembre de 2017.

STS Sala 4.ª 83/2021, de 25 de enero de 2021.

STSJ País Vasco 1385/2020, de 20 de octubre de 2020.

STSJ País Vasco 1508/2020, de 17 de noviembre de 2020.

STSJ Asturias 1813/2020, de 20 de octubre de 2020.

STSJ Cataluña 3369/2020, de 13 de julio de 2020.

STS Sala 4.ª de 27 de julio de 2015.

STS Sala 4.ª 862/2021, de 7 de septiembre de 2021.

STSJ Cataluña 4406/2007, de 13 de junio de 2007.

STS 404/2018 de 17 de abril de 2018.

STS Sala 4.ª 94/2019, de 6 de febrero de 2019.

STS Sala 4.ª 429/2021, de 27 de abril de 2021.

STS Sala 4.ª 950/2021, de 29 de septiembre de 2021.

STS Sala 4.ª 628/2021, de 15 de junio de 2021.

STS Sala 4.ª 532/2021, de 14 de mayo de 2021.

STS Sala 4.ª 297/2021, de 11 de marzo de 2021.

STS Sala 4.ª 484/2019, de 24 de junio de 2019.

STS Sala 4.ª 183/2019, de 6 de marzo de 2019.

STS Sala 4.ª1088/2020, de 9 de diciembre de 2020.

STS Sala 4.ª 593/2019, de 17 de julio de 2019.

STS Sala 4.ª 440/2020, de 11 de junio de 2020.

STS Sala 4.ª 127/2020, de 11 de febrero de 2020.

STSJ Comunidad Valenciana 1449/2021, de 5 de mayo de 2021.

STS Sala 4.ª 784/2021, de 13 de julio de 2021.

STS Sala 4.ª 238/2017, de 22 de marzo de 2017.

STS Sala 4.ª 475/2021, de 4 de mayo de 2021.

STS Sala 4.ª de 4 de noviembre de 2015.

STS Sala 4.ª de 27 de enero de 2015.

STS Sala 4.ª de 4 de abril de 2014.

STSJ Islas Canarias (Sección Las Palmas) 970/2019, de 16 de septiembre de 2019.

STS Sala 4.ª de 19 de septiembre de 2006.

STS Sala 4.ª 624/2020, de 8 de julio de 2020.

STS Sala 4.ª de 8 de julio de 2014.

STS Sala 4.ª de 31 de octubre de 2012.

STS Sala 4.ª 425/2021, de 22 de abril de 2021.

STS Sala 4.ª de 13 de junio de 2011.

STS Sala 4.ª 126/2021, de 2 de febrero de 2021.

STS Sala 4.ª de 30 de abril de 2014.

STSJ Madrid 361/2018, de 23 de abril de 2018.

STS Sala 4.ª de 31 de enero de 2000.

STSJ Cataluña 6/2011, de 20 de junio de 2011.

STS Sala 4.ª de 3 de octubre de 2008.

STC 126/2004, de 19 de julio de 2004.

STS Sala 4.ª, 359/2018 de 3 de abril de 2018.

STS Sala 4.ª de 27 de abril de 2009.

STS Sala 4.ª 115/2018, de 7 de febrero de 2018.

STSJ Castilla León (Sección Valladolid), de 1 de marzo de 2021.

García Murcia, J. *Proceso de conflicto colectivo e inadecuación de procedimiento*. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 10/2020. Págs. 1-7.

Sánchez Linde, M. *Apuntes sobre el proceso especial de impugnación de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo*. Revista Jurídica de Castilla y León. Número 48. Mayo 2019. Págs. 153-193.

Revista de Derecho UNED, NÚM. 29, 2022

EFICACIA TRANSVERSAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN[1]

CROSS-CUTTING EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATION

JUAN CARLOS TORTOSA LÓPEZ

Graduado en Derecho. UNED. Máster en Abogacía. UAL

Sumario: *I. Introducción. II. Antecedentes del derecho a la educación en España. II. A. Historia de España anterior al S. XX. II. B. El periodo desde 1900 a 1978. II. C. La educación tras la Constitución de 1978. III. Positivación internacional del Derecho a la Educación. III. A. Declaración Universal de los Derechos Humanos. III. B. Los Pactos Internacionales de Nueva York de 1966. III. C. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. III. D. Convención de los Derechos del Niño. IV. Desarrollo Legislativo del Derecho a la Educación. IV. A. Derecho consensuado por el constituyente IV. B. La Educación, Derecho Subjetivo versus Derecho Económico. IV. C. La actual proliferación legislativa de educación española. V. Competencia legislativa autonómica. V. A. Igualdad en la desigualdad. V. B. Polémica competencial. V. B.1. Conflicto lingüístico. V. B. 2. Conflicto religioso. V. B. 3. Conflicto prestacional. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.*

Resumen: En este estudio se pretende analizar la situación del derecho a la educación, para lo que estudiaremos los antecedentes legislativos en España, en las distintas épocas en las que se tiene conciencia de su necesaria regulación e intervención de los poderes públicos.

[1] Este trabajo se ha elaborado para cursar la asignatura del Trabajo Fin de Grado del Grado en Derecho por la UNED, que fue presentado en marzo de 2020 y dirigido por el Dr. D. José Luis Muñoz de Baena Simón, Profesor Titular de Filosofía del Derecho, habiendo obtenido la máxima calificación.

Se hará una visión del derecho positivo y reconocimiento internacional de la educación, como derecho humano y fundamental, así como una aproximación a la relación de la doctrina jurisprudencial con los instrumentos internacionales que lo regulan. Evaluaremos los diferentes criterios que han movido al legislador estatal, en la regulación del derecho a la educación y la especial problemática que presenta el estado autonómico en referencia a la competencia legislativa en educación y los consecuentes conflictos.

Palabras clave: Educación. Igualdad. Poderes públicos. Derechos humanos. Conflictos

Abstract: This study aims to analyze the situation of the Right to education, for this we will study the legislative history in Spain, at different times in which there is awareness of its necessary regulation and intervention of public powers. A vision of the positive law and international recognition of education will be made, as a Human and Fundamental Right, as well as an approach to the relationship of the jurisprudential doctrine with the international instruments that regulate it. We will evaluate the different criteria that have moved the state legislator, in the regulation of the Right to Education and the special problems that the Autonomous State presents in reference to cts.

Keywords: Education. Equality. Public authorities. Human rights. Conflicts

Recepción original: 10/03/2022

Aceptación original: 20/04/2022

I. INTRODUCCIÓN

El estado actual del ejercicio del derecho a la educación, continuamente modificado y contrariado por todas las partes implicadas en la consecución del buen fin de éste, dificulta el conocimiento y análisis del ejercicio del Derecho por las partes implicadas en ello. La dualidad Estado-familia (actuando el primero a través de los centros educativos) y, como *tertium genus,* las religiones que afectan en su apreciación a cada parte, dividiendo ideológicamente a sus miembros componentes, forman la estructura sobre la que se asienta el ejercicio de este derecho.

Por todo, se hace necesario un estudio y reflexión del tema, con el objetivo de afianzar la paz social en la convivencia pluricultural, que hemos mantenido durante el periodo actual y posterior a las grandes

guerras de mediados del siglo XX, así como reforzar las bases arraigadas en el consenso que desembocó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[2].

Como pretensión final, se propone romper con esa separada y controvertida responsabilidad dual Estado-familia, para concienciar de la necesaria integración de ambas, a través de la transversalidad de las acciones y políticas educativas, transformando a todos los actores en instrumentos de conexión para lograr los objetivos propuestos.

Para ello será imprescindible renovar el consenso general del respeto a los derechos humanos, con claro conocimiento de éstos, desde toda perspectiva crítica, con general cumplimiento del principio democrático e igualdad de género en nuestros acuerdos y total asunción de los límites de los derechos subjetivos. Apreciando la necesidad de su ejercicio por una cuestión ontológica de la humanidad, como derecho natural y no tanto como derecho positivo necesario, cuya función es de garantía y de irrenunciable seguridad jurídica. En definitiva, se propone dar cumplimiento a lo establecido en el último párrafo del preámbulo de la Declaración Universal citada, erigido en norma constitucional del Estado español[3], que deberá impregnar toda la legislación reguladora de nuestro ordenamiento en materia de educación.

II. ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN ESPAÑA

II.A. Historia de España anterior al s. XX

En el estudio de la situación de España en el medievo, compuesta por un variado y polifacético conjunto de reinos, en los que las sociedades tenían inflexiones diferentes, es difícil deducir el reconocimiento de derechos subjetivos de los súbditos. Tan solo cabe inferir algún atisbo de derechos en los reinos de Castilla y Aragón, que pudieran calificarse *como origen de los derechos humanos*[4] en la Península Ibérica, imponiendo límites al poder regio sobre los súbditos. Recogidos éstos en las leyes fundamentales de cada reino y presididas por el principio de inquebrantabilidad real.

---

[2] Ver el Preámbulo de Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948).

[3] Ver el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978.

[4] PÉREZ MARCOS, R.," Los Derechos Humanos hasta la Edad Moderna", en *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Yolanda Gómez Sánchez (Dir.), México, CNDH, 2004, pág. 39.

Destaca el cierto interés por todo aquello que afecta al hombre y a lo que *puede tener derecho, por el hecho de serlo*, *en la promulgación de Las Partidas en el siglo XIII*[5]. En puridad no se puede hablar de la existencia de derechos humanos, en el derecho medieval español, tal y como se conocen en la actualidad, aunque *desde el punto de vista de las normas y de la técnica jurídica, pueden apreciarse elementos importantes en la toma de conciencia de la dignidad humana y el inicio del reconocimiento jurídico de los derechos humanos, no como derechos subjetivos universales, sino inherentes a determinados grupos sociales*[6].

Para el estudio de los antecedentes históricos del reconocimiento a la educación como derecho fundamental e inherente a las personas, no hay que remontarse a tiempos muy pretéritos. Los inicios de la constitucionalización del derecho a la educación se enmarcan en la promulgación de la Constitución Española de 19 de marzo de 1812. Es en su capítulo IX, bajo la rúbrica de *"De la instrucción pública",* donde se incardinan los preceptos que positivizan este derecho subjetivo.

Ello, no obstante, se sigue dejando el objeto del ejercicio del derecho a la instrucción de los ciudadanos, en línea con la doctrina de la Iglesia Católica[7], tal como había ido sucediendo en España en los siglos anteriores, aunque sin asignación de recursos públicos. Posteriormente y en virtud del Reglamento de Instrucción Pública de 20 de junio de 1821, se establece la gratuidad de la instrucción en todos los niveles educativos (art. 3).

La convulsa situación de los regímenes políticos y los sucesivos cambios en las formas del Estado, provocaron situaciones en las que el derecho a la educación quedó sin contenido material, tal y como había sido configurado por los liberales constituyentes. Las desamortizaciones de los bienes de la Iglesia Católica produjeron la pérdida de pequeñas escuelas en provincias, que eran gestionadas por la Iglesia y con ello se generalizó el analfabetismo. El 4 de agosto de 1836, el ministro Istúriz, dictó un Real Decreto, publicado en "La Gaceta de Madrid"[8], por el que se establece la gratuidad de la enseñanza primaria y que motiva toda la regulación con argumentos de los teóricos utilitaristas.

[5] Ibídem., pág. 44.

[6] Tal y como concluye la profesora Pérez Marcos en su aportación a la obra citada, "Los Derechos Humanos en la Edad Media", op. cit., pág. 54.

[7] Ver el artículo 366 de la Constitución Española de 19 de marzo de 1812.

[8] Publicado en "La Gaceta de Madrid", 9 de agosto del 1836 (disponible en https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1836/600/C00001-00007.pdf).

Se abre un paréntesis en España en el que las distintas constituciones proclamadas, no incorporan el derecho a la educación con interés para ser analizado. Cabe destacar en este periodo la Ley Moyano de 1857[9], que marcó las bases establecidas en el anterior Real Decreto de 1836 y *supuso la gratuidad relativa de la enseñanza primaria, centralización, uniformidad, secularización y libertad de enseñanza relativa*[10], estableciendo en España la conformación del sistema educativo, hasta la promulgación de la Ley General de Educación de 1970.

II.B. El periodo desde 1900 a 1978

En los albores del siglo XX e instaurada la Dictadura del General Primo de Rivera, se da forma a un nuevo sistema de escolarización, que impulsó la alfabetización y convirtió la educación en reglada, gratuita y obligatoria, hasta la edad de 14 años[11].

En la Constitución Española de 1931[12], durante la Segunda República, se establece como derecho constitucional el derecho a la educación, al servicio de la cultura y entendido éste más como prestación que como derecho subjetivo. Los preceptos constitucionales ordenan la educación primaria como obligatoria y gratuita, en tanto que los niveles más avanzados serán objeto de ayudas, por regulación legal, para el acceso a ellas según la capacidad de los estudiantes. La educación será laica, inspirada en valores de solidaridad humana, aunque reconoce el derecho de las Iglesias a educar en sus doctrinas, bajo el control del Estado y en los centros de su propiedad.

El Estado se reserva la potestad de regular las evaluaciones y la expedición de los correspondientes títulos, aun habiendo sido realizados los estudios en centros de competencia de las regiones autónomas. Por regulación legal se disponen los requisitos para el acceso a los diferentes grados y las condiciones de enseñanza en los establecimientos educativos privados.

Se establece la libertad para la enseñanza en las distintas lenguas oficiales del Estado, aunque manteniendo la obligatoriedad del aprendizaje del español y su uso como lengua vehicular del aprendizaje,

---

[9] ELIPE SONGEL, J.A., Historia Constitucional del Derecho a la Educación en España, Nomos, Valencia 2003, p. 29.

[10] Ibídem, pág. 49.

[11] Ver el artículo 5 del Estatuto General del Magisterio de Primera Enseñanza, de 18 de mayo de 1923.

[12] Ver los artículos 48, 49 y 50 de la Constitución Española de 9 de diciembre de 1931.

reservándose el Estado la inspección educativa. También se prevé la expansión internacional de la cultura española, especialmente en los países hispanoamericanos.

El régimen franquista rompe con todo el avance en derechos alcanzado con la Constitución de 1931 y proclama en 1945 El Fuero de los Españoles[13], instrumento donde, de una forma aparente, se quieren reflejar los derechos y los deberes de los españoles (art. 5). Se regula así el derecho y deber de recibir educación, sin contenido prestacional alguno, dando opción a la educación en el seno familiar, en centros públicos o privados, con libertad de elección. El artículo 23 de la ley sienta la especial responsabilidad de las familias, en materia de educación, con apercibimiento de pérdida del ejercicio de la patria potestad en caso de incumplimiento. La educación en el seno familiar dio como resultado un alto nivel de analfabetismo, por las circunstancias que atravesaban las familias y potenció oficialmente el elitismo en el acceso a la formación[14].

Años después, como consecuencia de la corriente tecnocrática del régimen y la expansión económica, se promulgó la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa[15]. Se destaca en su exposición de motivos que *"debe proporcionar oportunidades educativas a la totalidad de la población para dar así plena efectividad al derecho de toda persona humana a la educación y ha de atender a la preparación especializada del gran número y diversidad de profesionales que requiere la sociedad moderna"*. Con su promulgación el régimen entona un *mea culpa* con respecto a la ineficacia de las legislaciones anteriores en la materia educativa, reconociendo la necesidad de cierta apertura hacia la modernidad y la necesaria actualización del sistema, para adaptarse a los nuevos retos que afrontaba el Estado[16].

La Ley 14/1970 generalizó la Educación General Básica (EGB), obligatoria y gratuita, con expresión del compromiso de extender al Bachillerato la gratuidad de su acceso. Se mantiene el concierto de

[13] El Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, fue publicado en el BOE núm. 199, de 18 de julio de 1945.

[14] Cabe indicar que todo el texto está presidido por la obligación del seguimiento y práctica de la doctrina de la Iglesia Católica.

[15] Publicada en el BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1970, págs. 12525 a 12546.

[16] Cabe interpretar que se utilizaron argumentos en términos eufemísticos, ya que no se distanciaban de la doctrina cristiana ni de las leyes fundamentales del movimiento, para introducir las normas internacionales surgidas tras la Segunda Guerra Mundial y que España no había ratificado.

plazas en centros educativos privados, para el acceso subvencionado a las mismas, sólo en la educación no universitaria.

II.C. La educación tras la Constitución de 1978

La Constitución Española de 1978[17] es la fuente primaria del derecho en el ordenamiento jurídico español, de la que emanan las normas para la producción de leyes y las restantes que componen aquel. Es a su vez fuente de aplicación directa y habilitadora del derecho supra e internacional, constitucionalizando los instrumentos ratificados por España, siempre que se cumpla el procedimiento establecido en la propia Constitución, en su Título II, Capítulo Tercero (arts. 93 a 96). Establece de este modo un *"ordenamiento multinivel, del que también forma parte el Derecho nacido del legislador autonómico, con carácter inclusivo de todas las fuentes del Derecho constitucionalmente reconocidas"*[18].

Con gran acierto el artículo primero de la Carta Magna configura los valores y principios que han de inspirar a todo el texto, conjugando las teorías iusnaturalistas con la configuración del poder del Estado, sin realizar un reduccionismo al positivismo de intervención estatal[19].

El derecho a la educación se recoge en el Título I, Capítulo Segundo, bajo la rúbrica de *"De los derechos y libertades"*, sección 1.ª *"De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"*. Como se ha indicado, *"la expresión derechos fundamentales está muy extendida en el ámbito internacional y especialmente en el Derecho de la Unión Europea. Algunos autores asimilan los derechos fundamentales a los derechos humanos"*[20]. Concretamente se establece en su artículo 27 como derecho de prestación social, de los denominados de tercera generación y configura la libertad de enseñanza.

Desde su aprobación y entrada en vigor, el derecho a la educación se relaciona íntimamente con el derecho a la dignidad humana a través de la *"contribución al pleno desarrollo de la personalidad y el respeto*

---

[17] Publicada en el BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

[18] GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., Constitucionalismo Multinivel, Sanz y Torres, 3.ª edición, Madrid 2015, pág. 46.

[19] Señal inequívoca del gran consenso alcanzado por el constituyente, armonizado las doctrinas conservadoras, que en aquellos momentos inspiraban el poder del Estado, con las más progresistas y aperturistas hacia la integración de España en la comunidad internacional.

[20] Ibíden, pág. 154.

de los principios democráticos de convivencia, así como los derechos humanos".

También se relaciona con la libertad religiosa (art. 16) y se establece para todo ciudadano nacional o extranjero, la gratuidad de la enseñanza básica, indeterminando el nivel para su posterior desarrollo por Ley Orgánica y con intención de instaurar la gratuidad a todos los niveles de forma progresiva. Por ello también son conocidos como derechos legales. Con independencia, como ya se indicó, de que pueden y deben ser invocados directamente sin desarrollo legal.

Hasta la actualidad, y desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, se han promulgado ocho leyes orgánicas reguladoras del derecho a la educación. La primera fue la Ley Orgánica 5/1980 de 5 de junio, reguladora del Estatuto de Centros Escolares, derogada por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, orientada hacia la modernización del sistema educativo y al cumplimiento de los mandatos constitucionales, e inspirada en los principios de igualdad, libertad, tolerancia y pluralismo.

A partir de este momento, los sucesivos gobiernos reformaron las subsiguientes Leyes Orgánicas, mediante el juego de las mayorías y minorías parlamentarias, necesarias constitucionalmente para la aprobación de ese rango legal (art. 81.2), limitándose prácticamente a derogar lo anteriormente establecido, en el intento de impregnar ideológicamente el marco legal del ejercicio del derecho a la educación, siempre con la garantía constitucional ejercida por el alto intérprete de la norma suprema, el Tribunal Constitucional. Generalmente las reformas controvertidas tenían relación con la religión, el pluralismo lingüístico del Estado y el grado de participación de la escuela privada en el sistema de educación pública.

Muestra de esto último es la sentencia del Tribunal Constitucional, STC 86/1985[21], sobre recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que estimaba recursos contenciosos administrativos, interpuestos contra tres órdenes del Ministerio de Educación y Ciencia, sobre el régimen de subvenciones a Centros docentes. El proceso contencioso administrativo fue promovido por varias asociaciones educativas católicas y el recurso pretendía *"la correcta interpretación del principio de igualdad por referencia al derecho a la educación y la libertad de enseñanza, así como el respeto del art. 27.9 de la Constitución"*. El Tribunal Consti-

[21] STC 86/1985, Tribunal Constitucional, de 10 de julio de 1985, Sala Segunda, R.A. 193/1985.

tucional desestimó el amparo, entre otros, por motivos de regulación legal de las subvenciones, no amparadas por las normas del artículo 27 CE.

III. POSITIVACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

III.A. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Este instrumento internacional nació al final de la Segunda Guerra Mundial y en prevención de que pudiesen repetirse en el futuro los actos de barbarie contra la dignidad humana, por desconocimiento de los más elementales derechos humanos, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948[22] y proclamando *la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.*

En virtud de su artículo 26, se establece el derecho universal a la educación, que debe ser de acceso gratuito al menos en los niveles *elemental y fundamental,* fijando la obligatoriedad de la *instrucción elemental* y la igualdad en el acceso a los *estudios superiores*, valorando los *méritos* de los aspirantes. Es también mandato de esta norma el favorecimiento de valores de *comprensión, tolerancia y amistad* de la pluriculturalidad conformadora de los pueblos, promoviendo la actividad desarrollada por *Naciones Unidas* en *el mantenimiento de la Paz*. Establece a su vez el derecho de los padres *a escoger el tipo de educación que* les convenga para *sus hijos*.

El Estado español realiza un acercamiento a la Declaración cuando en 1976 firma la adhesión a los pactos de 1966 que la apoyan jurídicamente y la amplía. Pero es con la aprobación de la Constitución Española de 1978, cuando a través de lo estipulado en su artículo 10 ordena que todo lo relativo a los *derechos fundamentales* y a las *libertades* constitucionalmente reconocidas, *se interpretarán de conformi-*

[22] Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de1948 (disponible en https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/).

dad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Con ello, como se ha apuntado supra, pasa a formar parte del ordenamiento jurídico español.

Respecto a la aplicación jurisprudencial de nuestros tribunales de la norma analizada en este epígrafe, destaca la sentencia del Tribunal Constitucional de julio de 2015[23]. En ella se pronuncia sobre un recurso de inconstitucionalidad promovido por la Letrada del Parlamento Foral de Navarra, contra el art. 9.2 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, conocida como ley de extranjería.

El recurso se promueve por cuanto *exige la residencia de los extranjeros en España para poder acceder a la educación postobligatoria*. Entendiendo *que solo garantiza a los extranjeros el derecho a la educación si tienen residencia en España*. Vulnerando a juicio de la parte promotora el artículo 27 de la Constitución Española, tal y como está interpretado por el Tribunal Constitucional en relación, entre otros, con el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En atención a la mencionada interpretación el derecho *corresponde a todos, independientemente de la condición de nacional o extranjero o de la situación legal en España y sin que puedan hacerse distinciones entre mayores o menores de edad*. Estableciendo las garantías de su ejercicio *a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante. Incluyendo las personas no nacionales que se encuentren en situación irregular*. Aunque el tenor literal del precepto recurrido no prohíbe el acceso de las personas en situación irregular, no parece garantizarlo, en opinión de la parte recurrente, *impidiéndoles el ejercicio del derecho a los extranjeros mayores de edad en esa situación*.

El Estado alegó entre otras razones para no adherirse al recurso, que la reforma legal recurrida está motivada por la incorporación de Derecho Derivado de la Unión y las directivas que lo conforma tienen el propósito de *comprobar la actitud de los aspirantes* y no obstaculizar su acceso a niveles postobligatorios, asegurando la posición en igualdad con respecto a los nacionales de los estados miembros receptores. Apuntando también a que hay que valorar los recursos económicos dispuestos y no puede pretenderse que sean ilimitados, así que los estados deberán garantizar el acceso al sistema y con los medios existentes en ese momento.

[23] STC 155/2015, Tribunal Constitucional, de 9 de julio de 2015, Pleno, r 2085/2010.

El Tribunal Constitucional en su fundamentación jurídica, razona con argumentos cercanos a la postura del Estado en sus alegaciones, fundamentando la diferencia entre los extranjeros mayores de edad, en situación irregular en España, con los nacionales en el acceso a la educación postobligatoria, es coherente con las normas, que la propia ley de extranjería establece, de la necesidad de regularizar la situación de los nacionales de terceros países de la Unión Europea, para su estancia en territorio español, el acceso al sistema educativo o al mercado laboral.

El fallo de la sentencia, aunque con votos particulares, es desestimatorio del recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.

Se podría pensar que aceptar que los nacionales de países terceros, no pertenecientes a la Unión Europea, en situación irregular en el territorio español, disfrutasen en igualdad con los nacionales de los derechos de prestación social, dejaría vacía de motivación la promulgación de la propia ley de extranjería, ya que la pretensión del legislador fue incentivar la inmigración regular. Y el efecto de estimarse las pretensiones de igualar el acceso a estos derechos, sería precisamente lo contrario de lo perseguido con la promulgación de la ley.

III.B. Los Pactos Internacionales de Nueva York de 1966

Tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos y como instrumentos necesarios de desarrollo de los derechos recogidos en aquella, se aprueba en Nueva York por Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[24] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[25]. Ambos pactos recogen la mayoría de los derechos enunciados en la Declaración Universal, separados en dos categorías que siguen el modelo instaurado en el Derecho Internacional para el catálogo de derechos humanos, pero bajo los principios comunes de igualdad, no discriminación y sometimiento a la ley, respetando la *interpretación in bonun*

[24] Ver el Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, págs. 9337 a 9343.

[25] Publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, págs. 9343 a 9347.

de todos los derechos reconocidos[26]. Los dos textos son obligatorios jurídicamente y vinculan a las partes contratantes, con idénticos efectos en sus Protocolos Facultativos.

En referencia al Derecho a la educación el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 18.4, establece la necesaria armonización del Derecho a la Educación con la Libertad Religiosa, en un intento de evitar conflictos en la enseñanza con las distintas creencias religiosas de las familias[27].

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, desarrolla *in extenso* el Derecho a la Educación en su artículo 13. En esta norma se reitera el objetivo que ha de tener la educación, que como se ha expuesto anteriormente, ha de estar enfocado en el respeto de la dignidad humana en el sentido del desarrollo de la personalidad, reforzando las libertades y derechos humanos. Presidido por los principios de libertad, igualdad, tolerancia, no discriminación y de acciones positivas para el mantenimiento de la paz. Se establece la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza primaria y la persecución progresiva de la gratuidad para el resto de los niveles educativos, teniendo en cuenta la capacidad de los aspirantes en las enseñanzas superiores. Asimismo, se establece el deber de incorporar sistemas de educación para quienes no hayan tenido oportunidad para ello, como pudiera ser la educación de adultos y el deber de poner a disposición de los docentes recursos de actualización académica.

Confirma la libertad de los padres en la elección de la educación que desean para sus hijos, con la facultad de hacerlo en los distintos centros que componen la oferta educativa, tanto públicos como privados, optando por la *educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus convicciones*[28].

Declarándose competente la Administración Autonómica para el desarrollo del derecho a la educación y con fundamentos como: *Consolidada en la Comunidad Autónoma de Andalucía la plena escolarización del alumnado en el segundo ciclo de la educación infantil en centros públicos y privados concertados, y universalizado así el derecho a la educación para todos los andaluces y andaluzas desde los tres a los*

[26] DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid 2013, pág. 670.

[27] Esto es algo que puede entenderse que actualmente no ha sido superado y se utiliza como instrumento de manipulación para atracción hacia posturas ideológicas.

[28] Este extremo del artículo 13.3 está muy al día, concretamente en Andalucía y en mi opinión, se pretende legislar sobre esta base, con discutibles intereses educativos.

dieciséis años, es responsabilidad de la Consejería competente en materia de educación asegurar que el procedimiento de acceso al sistema educativo goce de la mayor transparencia, eficacia y eficiencia posible, conjugando la libertad de las familias para elegir el centro escolar de sus hijos e hijas, la pluralidad de la oferta educativa, la autonomía de los centros escolares para definir proyectos educativos específicos, el acceso de todo el alumnado en condiciones de igualdad y calidad, la adecuada y equilibrada distribución entre los centros docentes del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, así como los principios de eficiencia y eficacia en el uso de los recursos públicos, la demanda social y la inclusión educativa de todos los colectivos que puedan tener dificultades en el acceso y permanencia en el sistema educativo[29].

Como doctrina jurisprudencial al respecto de lo estudiado en este epígrafe, se puede traer a colación una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo[30], por presunta vulneración de derechos fundamentales, en la que se desestima un recurso de casación contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, frente a un recurso contencioso administrativo, en referencia a la obligatoriedad de la asignaturas de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos y Educación ético-cívica y Filosofía y ciudadanía. Quiero destacar que esta sentencia cuenta con cinco votos particulares, lo que afianza la falta de concreción y asunción del consenso que en su día dio lugar a la firma del pacto internacional.

La Sala fundamenta en su fallo desestimatorio, cuya fundamentación comparto, entre otros motivos, no haber duda sobre la constitucionalidad de los principios que inspiran las referidas asignaturas, señalando que solo puede concretarse la inconstitucionalidad de *los actos concretos de la enseñanza que afectasen a la libertad ideológica o religiosa y no de la Ley Orgánica de Educación*[31]. Recuerda la resolución del alto Tribunal que, por recomendación de la Unión Europea, las asignaturas que provocan la controversia han de *ser objeto prioritario de la política educativa,* para perseguir los casos de *apatía cívica y policía y de falta de confianza en las instituciones democráticas*. Todo ello como corolario del mandato internacional. Ejemplifica mi opinión de falta de concreción el voto particular del Magistrado

[29] Ver el Decreto 21/2020, de 17 de febrero de 2020, *Criterio y Procedimiento de admisión de alumnos en centros públicos y privados,* publicado en el BOJA núm. 34, de 19 de febrero de 2020, págs. 10 a 38.

[30] Sentencia Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2009, Sala Tercera, rc 2009/1877.

[31] Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación, BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006.

González Rivas, en su análisis de las convenciones internacionales, al cual me remito.

III. C. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[32] muestra a los ciudadanos de la Unión Europea la importancia y alcance de los derechos fundamentales, pretende formar parte del Derecho originario de la organización supranacional, pero no fue hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa 2007[33], en diciembre de 2009, cuando adquirió valor jurídico al ser recogida en el artículo 6.1 del reformado Tratado.

La Carta no implica reconocimiento de nuevos derechos, ya que todos estaban recogidos en otros instrumentos internacionales, ni modifica el Derecho en vigor, pero dota de seguridad jurídica en la aplicación del Derecho de la Unión. Establece también principios que han de impregnar la función administrativa de la Unión. Con el claro mandato para los órganos jurisdiccionales de su vigor y obligatoriedad en todo lo que conlleve la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

La Carta no recoge garantías para el correcto ejercicio de los derechos que contiene, por lo que habrá que utilizar los instrumentos que están establecidos en los Tratados de la Unión, compartiendo competencias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales de los Estados miembros. Entrando en juego los mecanismos de protección de la Unión en combinación con los mecanismos constitucionales.

El Derecho a la Educación está recogido en el artículo 14 de la carta, reiterando el derecho subjetivo *a la educación y a la formación profesional*, la gratuidad de *la enseñanza obligatoria* y el respeto de los derechos de las familias, teniendo en cuenta el desarrollo legislativo interno de los estados miembros.

[32] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, DOUE de 30 de marzo de 2010, núm. 83/389.

[33] Instrumento de Ratificación por el que se modifica el TUE y TCE…, de 13 de diciembre de 2007, BOE de 27 de noviembre de 2009, núm. 286, pág. 100309 a 100500.

III.D. Convención de los Derechos del Niño

Los Estados adoptantes de la Convención, conscientes de la necesidad de especial protección de los derechos de los niños, *la importancia que tiene la cooperación internacional, para mejorar la situación de los niños en todos los países, especialmente en los países en desarrollo* y el apoyo a la familia *como medio natural y fundamental para el crecimiento de los niños*, la suscriben en 1989 y España la ratifica[34] en 1990, manifestando su disconformidad con algunos de los extremos contenidos en su articulado, en referencia a la aclaración de los únicos créditos que puedan formase con motivo de las adopciones internacionales y con la edad mínima que se establece para participar en guerra, que con buen criterio, indica que no debe ser inferior a la mayoría de edad. Los países firmantes sabedores de que *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,* reconocen y reafirman los derechos contenidos en los anteriores instrumentos internacionales convenidos. Reconocen que en todos los países del mundo hay niños que viven en situaciones indeseables y requieren de *especial consideración*.

El artículo 28 de la Convención regula con amplitud el Derecho a la Educación, téngase en cuenta como sujetos activos a los menores de 18 años, la obligatoriedad de la educación gratuita, el control de asistencia y medidas para combatir el absentismo escolar, los derechos de *información y orientación,* así como los límites de *la disciplina escolar.* Por su parte el artículo 29 del mismo texto legal fija el objetivo del derecho y reconoce la libertad de establecimiento de la enseñanza. A lo largo de todo el articulado de la convención se hace referencia a la educación, convirtiendo la educación en eje vertebrador del texto, dada la importancia que para el desarrollo de la personalidad del niño tiene la misma.

A vueltas con la controversia surgida en España con la asignatura de Educación para la ciudadanía, nos encontramos con jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en referencia al Derecho a la Educación, se invoca vulneración de la Convención de los Derechos del Niño y por ende la vulneración de Derechos Fundamentales. Se trata de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo[35]

[34] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño…, de 20 de noviembre de 1989, BOE de 31 de diciembre de 1990, núm. 313, pág. 38897 a 38904.

[35] *Sentencia Tribunal Supremo*, de 25 de mayo de 2012, Sala Tercera, rc 2011/3340.

que resuelve no haber lugar al recurso de casación, interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuyo objeto del proceso era la presunta vulneración del derecho de objeción de conciencia frente a la obligación de cursar la citada asignatura.

En el segundo Fundamento Jurídico señala que el recurrente sostiene que *tanto la sentencia recurrida como la resolución administrativa, incurren en infracción de los artículos 16 y 27.3 de la Constitución española que reconocen los derechos a la libertad ideológica y religiosa y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus convicciones, desconociendo que el conjunto de asignaturas englobadas bajo el genérico nombre de "Educación para la ciudadanía" no se ajusta a la normativa comunitaria en vigor, citando la Recomendación 12/2002 y la 1401/1999, así como los artículos 8, 12, 18, 19 y 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 8 y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; 2 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

La Sala Tercera del Supremo indica que la controversia se ha suscitado en otras sentencias y que está pendiente de resolver por el *Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.

La parte recurrente sostiene que la asignatura *de Educación para la Ciudadanía* contiene elementos que no hacen dudar de su *afán adoctrinador,* suponiendo una *intromisión ilegítima* en los derechos, de los tutores legales, de elección de la educación conforme a sus creencias religiosas y morales, recogidos en la Constitución y el primer protocolo al Convenio Europeo de los Derechos Humanos[36]. Asimismo, defiende que *la asignatura deja al arbitrio particular la formación moral del alumno, sujeto a opiniones sobre temas no pacíficos en la sociedad, que dependen de modelos diferentes asumidos por las diferentes filosofías, ideologías y religiones, como si de postulados inmanentes se tratara. Es obvio, por lo tanto, el riesgo que implica que en la práctica se transmitan a los alumnos valores morales que contradicen las opciones vitales esenciales de los padres, incurriendo así en un adoctrinamiento contrario a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. En mi opinión nada más lejos de la realidad, ya que esta misma realidad es la que pretende mostrar la asignatura, con el objeto de lograr su cometido,

[36] Art. 2, Primer Protocolo de Convenio Europeo de los Derechos Humanos, de 20 de marzo de 1952, BOE de 6 de mayo de 1999, núm. 108, pág. 16808 a 16816.

que no es otro que enseñar con respeto a valores de tolerancia, igualdad y no discriminación.

La Sala aclara que no existe el Derecho de objeción de conciencia, que ha de estar desarrollado en disposición legal, con respecto al Derecho a la Educación y que los preceptos constitucionales están presididos por el respeto a la dignidad humana y los principios inspiradores del texto. *La Sala realiza una serie de precisiones en relación con la ideología de género; los objetivos asignados a la Educación para la Ciudadanía; las menciones a los afectos y a los sentimientos y los criterios que han de observarse para realizar la evaluación de la materia controvertida, para concluir afirmando que, por los motivos expuestos, las normas reglamentarias estatales y autonómicas examinadas no pueden ser tachadas de ilegales o inconstitucionales.*

Por todo ello falla desestimando el recurso de casación interpuesto por el recurrente, con el voto particular del Magistrado González Rivas, que no comparte el fallo en referencia al no reconocimiento del derecho de objeción de conciencia a la asignatura. Llama la atención la coincidencia del emisor de la divergencia con otra de las sentencias analizadas.

IV. DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

IV.A. Derecho consensuado por el constituyente

La Constitución Española de 1978 es única en cuanto a la armonización de las ideologías y sentimientos que se instalaban en la sociedad española del momento constituyente. El Poder constituyente de 1978 supo plasmar en el texto, a través del articulado de la parte dogmática de la carta magna, los principios inspiradores planteados *desde la Filosofía Jurídica, que es el intento integrador de superar las perspectivas parciales y abordar el problema desde toda su* complejidad[37]. De esta forma se convierte la Filosofía Jurídica en la ciencia desde la que estudiar con mejor perspectiva el texto constitucional.

Como frontispicio de su articulado, el primero de ellos conjuga los ideales *iusnaturalistas* además de vincular el Derecho al poder del

[37] PECES BARBA, G.," La Nueva Constitución Española desde la Filosofía del Derecho", P*residencia del Gobierno*, 1978, pág. 23, (https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11679/nueva_Peces_DA_1978.pdf), Visitado el 14 de marzo de 2020.

estado, pero sin entrar en una reducción al *positivismo estatalista*. Se podría afirmar que todo el literal del artículo primero refleja la innovación de la norma suprema y sus aspiraciones de pervivencia futura, adaptándose al devenir histórico del Estado español. Se caracteriza por relacionar el Estado, en el más amplio sentido del concepto, con el Derecho positivo y los valores que ha de presidirlo, con gran adaptación a la *teoría del Derecho*.

A lo largo del texto de 1978 se aprecia su deseo de armonización de la ideología liberal con el pensamiento social demócrata, garantizando la autonomía del derecho privado de los particulares con el derecho proteccionista de prestación social. Del estudio de aquel se desprende que no es un simple texto garantizador del Derecho, como instrumento de coacción por medios punitivos del Estado, sino que también son Derecho las acciones positivas que de forma promocional coadyuvan a su cumplimiento.

Por otro lado, interesa resaltar la concepción de Ordenamiento Jurídico que realiza la Constitución, quizás con influencia de la concepción de Estado como ordenamiento jurídico[38], pero incluyendo la legislación dictada por el legislador de las distintas Comunidades Autónomas que conforman el Estado, en el desarrollo de las competencias delegadas a estos por el propio texto constitucional (art. 148). Cuestión última que será objeto de no pocas sentencias controvertidas, en la materia de estudio de este trabajo, que se estudiarán *infra*.

Toda esta pluralidad de normas ha de ser entendida como una unidad, remitiéndose a la norma fundamental como fuente común encargada de proporcionar ese necesario orden de unidad.

El modo en que la Constitución afronta las relaciones entre derecho y el poder, facilita la comprensión de los valores que impregnan la concepción del ideal de derecho justo, en el entendido actual como derecho positivo. Debemos estudiar también como ilustra el concepto de libertad, teniendo en cuenta que es objeto de este estudio, junto con el Derecho a la Educación, en su afección a la enseñanza. Nuestra norma constitucional relaciona directamente la libertad con el valor justicia y el pluralismo político, lo hace de forma reiterada para resaltar la importancia de estos, tras la situación antecedente a la promulgación de la Constitución. La igualdad es valor referente del Derecho a la Educación junto con la libertad, que son motores para el progreso del hombre en el desarrollo de su personalidad.

[38] KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Madrid, Trotta, 2011, pág. 119 a 121.

El consenso es necesario en las sociedades democráticas, para avanzar como colectivo igualitario en paz y libertad, con la necesaria estabilidad y con normas que objetivamente señalen esa senda descrita.

IV.B. La Educación, Derecho Subjetivo versus Derecho Económico

En aplicación del principio neoliberal, que tanto se escucha en la gran mayoría de círculos sociales, *lo privado es mejor y más eficiente*, se está privatizando la educación y por ende recortando recursos públicos destinados a este servicio. Todo ello como consecuencia de lo establecido en la *non nata* Constitución Europea, en la que servicios públicos como los referentes a la educación pasaban a denominarse *servicios de interés económico general*[39]*42*. Se sustituye la concepción de educación como derecho social garantizado por el Estado por un derecho económico, más cercano al derecho de empresa, marcando un cambio en la competencias y garantías estatales, en todo lo referente a la educación pública.

Correlativo al principio privatizador es el derecho a la libre elección de centro educativo, sobre esta base se consigue un sistema educativo privado sostenido con fondos públicos. De esta forma no se concibe la educación pública como medio para superar las desigualdades, sino que es la de garantizar la libre elección con igualdad de oportunidades, bajo condiciones de *libre mercado*[40]. Para lograr este objetivo se utilizan dos instrumentos, el concierto con los centros educativos privados y el conocido cheque escolar. Ello obliga a los centros a despertar el interés de las familias, hacia sus servicios, con métodos de marketing y adaptando a las posibilidades económicas de estas, como financiadores empresariales, sus prestaciones educativas. Esta sería otra razón que justificaría la privatización, ya que cuanta mayor sea la calidad del servicio educativo, mayor demanda de plazas tendrán los centros oferentes.

Se deduce claramente, en estos términos, la irrealidad del libre mercado educativo, ya que las posibilidades de acceso a los centros que puedan ofrecer mejores servicios, no está al alcance de todas las familias, con lo que se genera una situación de desigualdad social.

[39] Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Art. II-96.

[40] DÍEZ GUTIÉRREZ, E.J., "Políticas Públicas de Educación: Escuelas S.A.", III Congreso de Etnografía y Educación, Madrid, 2013, pág. 150. (http://hdl.handle.net/10612/3431), Visitado el 15 de marzo de 2020.

Las clases más desfavorecidas estarán económicamente limitadas al acceso en exclusiva a los centros públicos, que habrán visto mermada la aportación de recursos públicos y consecuentemente podrán ofertar una baja calidad, incrementando la desigualdad, que la educación entendida como Derecho fundamental e internacionalmente reconocido, tiene por objetivo contrario *sensu*, como se ha señalado en epígrafes anteriores.

Llegados a este punto se pretende poner en valor no solo la privatización de la educación, sino la excelencia del sistema privado y apuntando la posibilidad de adoptar, por parte de los gestores públicos, las técnicas propias de gestión privadas del sistema educativo.

No puede convertirse en pretensión del sistema, la total adaptación de la educación al mercado laboral ya que, en este sentido, solo se conseguiría convertirla en un proceso técnico, carente en su totalidad de acción social, olvidando el objeto de enseñanza en valores humanos y descartando la participación de la familia, como parte integrante de la comunidad educativa, en los procesos democráticos de toma de decisiones. Esta participación quedaría sustituida por iniciativas de carácter empresarial de dimensiones económicamente rentables, que obligarían a disponer al frente de los centros, a dirigentes centrados más en la gestión y rentabilidad que en los objetivos de calidad educativa.

La responsabilidad de la instauración de estas políticas no obedece siempre a intereses de determinadas ideologías, que puedan partir de políticas nacionales, sino que en ocasiones son llevadas a la práctica por directivas de organismos u organizaciones de ámbito internacional, como podría ser la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*, presentadas como *iniciativas neutras, amparadas científicamente e inevitables. Luego, son un ámbito particular de una política general*[41].

IV.C. La actual proliferación legislativa de educación española

Hagamos un breve análisis de las sucesivas leyes dictadas en desarrollo del Derecho Fundamental a la Educación y la Libertad de Enseñanza, constitucionalizado como ya se ha apuntado en el artículo 27 de la Constitución Española de 1978. Partiendo desde la promul-

[41] CABRERA MONTOYA, B., "La Obediencia de las Reformas Educativas a las Políticas Internacionales…" , Historia y Memoria de la Educación, núm. 3, 2016, pág. 173

gación de la Ley Orgánica de Estatuto de Centros Escolares de 1980, hasta la más reciente aprobación del proyecto de Ley Orgánica en febrero de 2015, de Reforma de la Ley de Mejora de la Calidad Educativa de 2013.

Muy al contrario de lo que se puede pretender con las reformas legislativas, que pudiera ser dar estabilidad a un sistema como es el educativo, se ha conseguido el efecto opuesto de *inestabilidad y cansancio de la comunidad educativa, desmoralización en el profesorado, fatiga en los agentes sociales, y escepticismo general respecto de las reformas, aunque estas se presenten como el instrumento idóneo para mejorar la educación*[42]. Ha habido excesivos cambios legislativos en un periodo breve de tiempo, aunque no lo aprecien los partidos políticos que lo han protagonizado. En España las razones que empujan a realizar estas reformas no siempre obedecen a propósitos de mejora educativa, sino a determinados intereses que, en mi opinión, no tienen cabida en la concepción de servicio público.

Las leyes no solo han de ser coherentes con el principio de legitimidad política, que en este caso lo cumplen, sino que han de hacerlo también con el conocido principio de legitimidad social, que le otorgan la conciencia social de necesidad de regulación o reforma. Es sabido que la ley nace con vocación de adaptación a los cambios sociales, pero en el caso objeto de estudio no se encuentra justificación para esta serie de cambios legislativos, provocando inseguridad y desconfianza en el legislador. La responsabilidad de estos sentimientos está en la falta de consenso en la aplicación de las sucesivas reformas, que en ocasiones cuando se han tratado de modificaciones de calado social, sí que lo han obtenido por diferentes partidos, pero en las reformas de carácter conservador, solo estaban respaldadas por el partido proponente y en ocasiones con apoyos muy puntuales, impregnados de compromisos presupuestarios de índole nacionalista. Compromisos que no contaban con la aprobación generalizada de la sociedad.

Generalmente los gobiernos conservadores han atribuido a las leyes educativas aprobadas por gobiernos progresistas, la responsabilidad por el bajo éxito en la finalización de los niveles educativos obligatorios y los bajos resultados de los informes de evaluación internacional de estudiantes. En anteriores gobiernos del Partido Socialista se realizó de consuno un pacto por la educación en el que tomaron

[42] DE PUELLES BENÍTEZ, M., "Reflexiones sobre 40 años de Educación en España o la Irresistible Seducción de las Leyes", Historia y Memoria de la Educación, núm. 3, 2016, pág. 17.

parte todos los actores implicados y que el principal partido en la oposición en ese momento, el Partido Popular, tendencialmente conservador, no apoyó so pretexto de estar basado en una ley anterior y que llevaría de nuevo al fracaso, en referencia a la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo. Algo que no estaba empíricamente motivado, ya que diferentes Comunidades Autónomas, estando vigente el modelo educativo de la referida Ley Orgánica, obtuvieron resultados por encima de la media nacional.

Las diferencias observadas en los resultados de las evaluaciones de las referidas Comunidades Autónomas ponen de manifiesto otro foco de desigualdad, que se analizará en un posterior epígrafe. Cabe señalar, pese a la creencia popular inspirada por la desinformación, que los resultados de las evaluaciones internacionales de los alumnos no se alejan de la media de la comunidad internacional.

Los cambios obedecen a la diferente concepción e importancia concebida, estudiada supra, de la educación, como derecho de prestación universal[43] o de la educación asentada sobre la libertad de enseñanza[44]. A continuación, se van a exponer resumidamente las novedades del Proyecto de Ley de Reforma de la LOMCE[45] de 2015 y que observadas contrario sensu, resumen esquemáticamente la alternancia legislativa del periodo analizado.

Con este proyecto de Ley Orgánica se alcanzaría la novena ley reguladora del Derecho a la Educación que ve la luz en España, en el periodo democrático de vigencia de la Constitución de 1978. Este proyecto cuenta con el respaldo del Consejo Escolar Nacional y la comunidad educativa para su continuación del trámite de aprobación en las Cortes Generales.

En la reforma propuesta se elimina la obligatoriedad de cursar una asignatura bien de educación religiosa o alternativa a la misma. También se deja de tener en cuenta en los baremos de notas medias para el acceso a becas o accesos a niveles universitarios, las calificaciones obtenidas en las mencionadas asignaturas.

Se instauran planes de refuerzo específicos para alumnos repetidores o potencialmente repetidores de forma excepcional.

---

[43] Más propio de los partidos progresistas, en España los gobiernos formados por el PSOE, en ocasiones con apoyos de otras fuerzas de izquierdas e incluso nacionalistas.

[44] Identificada por la derecha conservadora española, representada en los gobiernos del Partido Popular.

[45] España, Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para La Mejora de la Calidad Educativa, BOE de 10 de diciembre de 2013, núm. 295.

Desaparecen las clasificaciones de las distintas asignaturas, dentro de los diferentes niveles educativos.

No se hace necesaria la repetición de todo el bachillerato. En el caso de no superar dos asignaturas, solo se cursarán las no aprobadas. Y en el supuesto de ser solamente una la no aprobada, se entenderá superado el nivel.

Se contempla la participación de la comunidad educativa en la planificación y gestión de los centros de enseñanza.

Se garantiza el aprendizaje del español, así como el resto de las lenguas en las distintas Comunidades Autónomas.

Se realizarán evaluaciones del funcionamiento de los centros con fines de promoción de un sistema saneado.

Se flexibiliza la enseñanza de la Formación Profesional, con facilidad para la incorporación de nuevos contenidos, adaptados a las innovaciones que demande el mercado laboral. Se garantiza que, a través de la posesión del título de la Educación Secundaria Obligatoria, se pueda tener acceso a *cualquier tipo de enseñanza postobligatoria*[46].

V. COMPETENCIA LEGISLATIVA AUTONÓMICA

V.A. Igualdad en la desigualdad

Con la legitimidad que otorga la Constitución Española de 1978 (art. 149.30) a las Comunidades Autónomas para que, a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, puedan desarrollar el mandato del artículo 27 CE, surgen en el conjunto del Estado distintas legislaciones autonómicas que restan virtualidad a uno de los principios, que deben impregnar al Derecho a la Educación, como es la igualdad. Aun cuando estos textos articulados autonómicos defienden en sus respectivos Preámbulos la total asunción de los principios constitucionales, como no puede ser de otra forma, insertos en la Constitución Española como valores superiores del ordenamiento jurídico y como mandato hacia los poderes públicos, de *promover que las condiciones para la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integren, sean reales y efectivas* (art. 9.2).

[46] UNIVERSIA ESPAÑA, "LOMCE y Ley Celaá: repaso a las últimas leyes de educación", Universia España, 2020,
(https://noticias.universia.es/educacion/noticia/2019/06/08/1164949/lomce-y-ley-celaa-repaso-a-las-ultimas-leyes-de-educacion.html), Visitada el 15 de marzo de 2020.

En la generalidad de los estatutos, cada Comunidad Autónoma se ha atribuido competencias en materia de enseñanza no universitaria, tanto para los niveles obligatorios como los no obligatorios, conducentes a la obtención de títulos académicos con validez en todo el territorio del Estado, ya que esto último es una competencia reservada constitucionalmente al Estado. Siendo una atribución en exclusiva en materia de creación de centros, programación, organización, régimen e inspección de los aquellos. Así como la asignación de ayudas y becas con fondos propios de la Comunidad, formación de docentes, entre otras.

Se atribuyen, como competencias compartidas los planes de estudio y ordenación curricular, el régimen de ayudas y becas estatales, criterios de admisión del alumnado, requisitos y control de centros de promoción privada, así como la regulación del régimen del personal al servicio de los centros públicos. Incluyendo como cláusulas de cierre, la atribución de cualquier otra competencia ejecutiva en las demás materias educativas.

Con los datos aportados en las líneas precedentes, armonizados de la lectura de distintos Estatutos de Autonomía[47], el lector de los mismos ya puede concluir que apuntan a la necesaria desigualdad, empíricamente demostrada entre las distintas Comunidades Autónomas, en referencia a la educación y enseñanza.

El instrumento utilizado para contrastar estas diferencias entre Comunidades Autónomas es el informe conocido con el acrónimo PISA, correspondiente a la traducción al inglés de Programa de Evaluación Internacional de Alumnos. Es una evaluación que se realiza en los países de la OCDE[48] destinada a los alumnos de 4.º de ESO[49] y cuya pretensión es la definición del alcance de los conocimientos y capacidades para la vida que poseen los alumnos. En el informe realizado en España se obtienen medias de rendimiento por comunidades, lo cual ayuda a comparar entre estas y también establecer la comparación con las medias del resto de países de la OCDE. Además de estos datos, el informe PISA ofrece una serie de variables que relacionan las medias obtenidas con indicadores *contextuales que tienen en cuenta diferentes variables demográficas, sociales, económicas y edu-*

[47] AGENCIA BOE, Estatutos de Autonomía, Madrid, 2016.

[48] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, cuyo objetivo es objetivo es promover políticas que favorezcan la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar para todas las personas. (https://www.oecd.org/acerca/) Visitada el 21 de marzo de 2020.

[49] Educación Secundaria Obligatoria

cativas[50], relacionándolas entre sí para obtener datos concluyentes de las diferencias territoriales.

Las desigualdades en el entramado autonómico de Estado español se aprecian, además, por diferentes índices como son, Desarrollo Educativo y el índice de Pobreza Educativa. Partiendo de la certeza de que las comunidades presentan una media aceptable, en comparación con las medias del resto de países, hay que observar que hay importantes diferencias porcentuales entre ellas. Nos encontramos con comunidades que, de entrar directamente en el ranking de la OCDE, serían de los primeros que encabezarían los listados, mientras que el resto engrosarían los últimos puestos del supuesto listado. Ello nos lleva a indicar que existe desigualdad entre los españoles, en cuanto a educación se refiere, dependiendo del lugar donde residan o hayan nacido, dentro del territorio del Estado de las Autonomías.

V.B. Polémica competencial

V.B.1. Conflicto lingüístico

Este conflicto surge con las Comunidades Autónomas en las que subsisten dos lenguas cooficiales, constitucionalmente reconocidas y al amparo del bloque de la constitucionalidad, de acuerdo con lo establecido en sus respectivos Estatutos de Autonomía (art. 3.2.). Es lo que sucede con la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde a lo largo de la reciente historia constitucional, desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, han surgido no pocos conflictos de competencia en referencia a las leyes reguladoras del Derecho a la Educación, donde se aprecia una falta total de acuerdo, entre los responsables políticos, sobre la posición que ocupa cada una de las lenguas cooficiales del Estado.

En este sentido el legislador autonómico catalán normalizó el uso de las dos lenguas y permitió que, como lengua vehicular de la enseñanza primaria, se eligiese la que mejor conociese el alumno o la que fuese de uso habitual por este[51]. Con el paso de los años se estableció, estatutaria y legalmente, que la lengua vehicular para la enseñanza

[50] FOCES GIL, J.A., "PISA, IDE e IPE: Evidencia empírica de las desigualdades educativas entre las regiones españolas", Revista de Psicología y Educación, núm. 10, 2015, pág. 176.

[51] Comunidad Autónoma De Cataluña, Ley 7/1983, de 18 de abril, de Normalización Lingüística en Catalunya, DOGC de 22 de abril de 1983, núm. 322, pág. 892 a 894, art. 14.

y lengua propia de la comunidad fuese el catalán. Erigida la lengua catalana como signo de identidad y de reivindicación del derecho a su uso, auspiciada por la persecución a la que históricamente había sido sometida. La entrada en vigor de esta legislación catalana marcó un punto de inicio de un conflicto, en el caso que nos ocupa, por más relevante no por ser la única Comunidad Autónoma en que surgen conflictos de este tipo, que pasamos a estudiar con un asunto llevado ante la Jurisdicción Constitucional.

Con ocasión de dictar el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España en 2016, un Real Decreto para regular las evaluaciones finales de Educación Secundaria y Bachillerato, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña planteó ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencia, en relación con varios artículos del mencionado Real Decreto. Concretamente y entre otros motivos se alega que *esta regulación niega la capacidad de la Generalitat de Cataluña para configurar el currículo educativo, puesto que excluye de evaluación los aspectos de su desarrollo que son de competencia autonómica. A la Generalitat solo se le reconoce una limitada capacidad para verificar, en las evaluaciones finales, los conocimientos correspondientes a la asignatura de Lengua y Literatura Catalanas. La práctica exclusión de las asignaturas específicas y de libre configuración autonómica en las pruebas de evaluación final comporta una ilegítima limitación de la competencia autonómica para la ordenación del currículo*[52].

Alega también el recurrente la imposición de cuestionarios de evaluación que no están justificados por las competencias exclusivas del Estado, que recordemos se ciñen al establecimiento de los presupuestos para la obtención de los títulos, sin contar con la participación de la Comunidad Autónoma.

La alegación por la que traigo a estudio esta sentencia es la que hace el Gobierno Catalán al respecto de la atribución que realiza el Real Decreto, a los representantes legales de los alumnos o directamente a estos, *de la facultad de elegir la lengua en que se deben realizar las pruebas de evaluación final, en la parte relativa a las asignaturas no lingüísticas*. Norma que a juicio del recurrente contraviene la legislación educativa autonómica y el propio Estatuto de Cataluña. Apunta, asimismo, que el Tribunal Constitucional tiene establecido que el Derecho Fundamental a la Educación, *no garantiza el derecho a recibir la enseñanza en una sola lengua cooficial,* de esta forma entiende que se establecería una libertad de elección de los optantes con la posibi-

[52] STC 114/2019, *Tribunal Constitucional*, de 16 de octubre de 2019, Pleno, C.C. 5625/2016.

lidad de excluir la lengua propia de Cataluña, que es cooficial y vulneraría la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional.

En este controvertido punto el Tribunal desestima el recurso y establece en la sentencia, FJ 3, que es ajustado al mandato constitucional del establecimiento de normas básicas por parte del Estado en la regulación del Derecho a la Educación. Para motivar su decisión utiliza Jurisprudencia propia de anteriores resoluciones, señalando que *"el ejercicio de esta competencia estatal no incide o menoscaba el régimen de conjunción lingüística y, con ello, la competencia de la Generalitat para contemplar el catalán como lengua vehicular y de aprendizaje en el sistema educativo. La cooficialidad ha de sujetarse a un patrón de equilibrio o igualdad entre lenguas, de forma que en ningún caso ha de otorgarse prevalencia o preponderancia a una lengua sobre otra"*[53]. Cuestión conflictual que queda abierta a futuras y continuas controversias.

V.B.2. Conflicto religioso

Otro conflicto destacable en el reparto competencial del Estado de las Autonomías en España, diseñado por el constituyente de 1978, es el referente a la introducción de la asignatura de religión en la educación pública reglada. Conflicto adherido, al surgido en relación con las competencias en la regulación legal del Derecho a la Educación, de forma instrumental y oportunista, para exacerbar las diferencias ideológicas entre los partidos políticos ostentadores del poder gubernamental, en cada uno de los ámbitos administrativos enfrentados conflictualmente.

Muchos son los autores doctrinales e incluso fuentes del Ordenamiento Jurídico[54] que legitiman la inclusión de la enseñanza religiosa, en referencia a la religión católica, de forma particular, en las citas que a esta realiza la Constitución Española de 1978[55], incluso como Derecho Fundamental, dada la situación sistemática del artículo 16 de la carta magna. Se da la circunstancia que la propia Constitución impone la necesidad de regulación legal, de los Derechos Fundamentales, a través de normas con rango de Ley Orgánica y esta norma,

[53] STC 109/2019, *Tribunal Constitucional*, de 1 de octubre de 2019, Pleno, C.C. 1450/2016.

[54] Orden Ministerio de Educación, de 16 de julio, sobre Enseñanza de Religión y Moral Católicas en los Centros Docentes de Educación…, BOE de 19 de julio de 1980, núm. 173, pág. 16457 y 16458, Preámbulo.

[55] Constitución Española, arts. 16.3 y 27.3.

que eleva al rango de fundamental a la enseñanza religiosa, es una orden ministerial con categoría de reglamento. Olvidando el mandato, que el propio artículo 16 establece como obligatorio, en cuanto a la aconfesionalidad del Estado español.

No cabe duda de que razones de tipo histórico, inherentes a la tradición española; cultural, unidas siempre al *patrimonio a transmitir y enseñar*; razones psicopedagógicas e incluso *motivación de índole estadística*[56], por criterio de orden democrático, aduciendo que es la que mayoritariamente profesan los españoles, pueden ser suficientes para entender el interés del legislador español para no desvincular la religión de la educación. Ardua tarea, para el legislador, la de ponderar el Derecho a la Educación, con estas premisas, y la libertad religiosa en un estado plural como es España.

Como prueba de lo anteriormente expuesto estudiaremos, en lo que atañe al conflicto analizado, la parte de la resolución del Tribunal Constitucional[57], en la que el supremo órgano intérprete analiza el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por la Junta de Andalucía, entre otros motivos, por la regulación de la asignatura de religión en la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Enseñanza. La administración autonómica considera que esta regulación vulnera el objeto del Derecho Fundamental a la Educación, que ha de ser *el pleno desarrollo de la personalidad humana*, *al privar al alumno de cursar determinadas asignaturas necesarias para su formación personal o profesional, en función de sus creencias*. Entiende la parte recurrente que de la forma en que está redactada la norma, se desprende la obligatoriedad de cursar la asignatura, algo que tanto la Constitución como el Estatuto de Autonomía de Andalucía, establecen como alternativo a otras asignaturas elegibles.

En representación del Estado, la Abogacía del Estado, alega que la norma recurrida no hace más que asegurar la libre elección, por los padres o representantes del menor, de la educación moral o religiosa que establece tanto la Constitución Española como instrumentos jurídicos internacionales, de los que España es parte, incluidos los acuerdos suscritos con la Santa Sede en 1979. Asevera esta parte que el Tribunal Constitucional ha confirmado, en anteriores resoluciones, la exigencia de cursar una asignatura sobre doctrina o moral católica, para la obtención del título oficial de Profesor de Educación General

[56] FORNÉS, J., "La Enseñanza de la Religión en España", V Curso de Actualización del Derecho Canónico, de 25 de septiembre de 1980, pág. 91.

[57] STC 67/2018, Tribunal Constitucional, de 21 de junio de 2019, Pleno, R.I. 1455/2014.

Básica[58], razón por la que cree ajustada al orden constitucional, la regulación de la asignatura en los términos establecidos en la Ley Orgánica recurrida.

En la sentencia que estamos estudiando, el Tribunal Constitucional establece en su Fundamento Jurídico número 4, que el motivo por el que se recurre el punto analizado es *sustancialmente coincidente con uno de los alegados* en un recurso de inconstitucionalidad, anteriormente interpuesto por 50 diputados del Grupo Parlamentario Socialista y que fue desestimado en Sentencia[59] de 2018, en la que se concluyó que lo ordenado en la Ley recurrida no vulnera lo establecido en la Constitución, en referencia a la asignatura de religión y se remite a lo expuesto en su FJ 6. Por todo ello el fallo del Tribunal fue desestimatorio del recurso de Inconstitucionalidad.

V.B.3. Conflicto prestacional

Tal y como hemos analizado en el epígrafe IV.B. de este trabajo, conviven dos puntos de vista con criterios diferenciados, en las dos posturas ideológicas mayoritarias en España, que dan lugar a conflicto en la regulación del Derecho a la Educación en cada orden competencial. Recordemos que se trata de asumir este derecho como una prestación pública obligada o una prestación más acorde a premisas de orden de *lex mercatoria*. Este extremo se ha hecho patente con ocasión de la regulación de ayudas y becas para el acceso a los distintos niveles educativos, en los que las comunidades autónomas, a través de la legitimación obtenida con la aprobación de sus respectivos Estatutos de Autonomía, entran a regular, impregnando con los mencionados criterios, las normas que estiman de su competencia y enfrentándose al punto de vista del Gobierno de la Nación o viceversa. Todo ello me ha llevado a acuñar el título del presente epígrafe.

El periodo entre 2004 y 2008 en que estuvo vigente la VIII legislatura de las Cortes Generales, inspiró a las Administraciones Autonómicas a realizar diversas reformas estatutarias. Reformas que ofrecieron regulaciones de derechos, que antes hacían remisión a la Constitución y que, en esta, no se autoriza de forma clara, la posibilidad de establecer esta regulación estatutaria. Tengamos en cuenta que los Estatutos de Autonomía, como ya se ha apuntado anteriormente, junto con la Leyes de Armonización forman lo que se conoce

[58] SSTC 187/1991, de 3 de octubre y 155/1997, de 29 de septiembre.

[59] STC 31/2018, Tribunal Constitucional, de 10 de abril de 2018, Pleno, R.I. 1406/2014.

como bloque de la constitucionalidad. En lo referente al conflicto que ahora nos toca estudiar no hubo cambios, más allá de la regulación ofrecida por el artículo 52.2 del Estatuto de Andalucía[60] y en base a este, el decreto del legislador autonómico[61] que reguló la gratuidad de los libros de texto, para los niveles de enseñanza obligatoria, entre otras medidas prestacionales.

Con anterioridad al periodo de reformas estatutarias señalado, surgieron conflictos competenciales por la regulación de ayudas y becas, que dieron lugar a una diversidad de planteamientos ante el Tribunal Constitucional y de los cuales vamos a estudiar concretamente el referente a un conflicto positivo de competencia, impulsado por la Generalidad de Cataluña contra una orden del Ministerio de Educación y Ciencia, que regula las ayudas y becas para el acceso a los estudios universitarios y superiores para el curso 1994/95, así como la orden del Ministerio de Educación y Cultura, con el mismo objeto en referencia al curso 1997/98[62]69.

Según la parte recurrente, la regulación que realiza la Ley estatal deja vacía de contenido competencial a la Comunidad Autónoma, por imposibilidad de *complementación y modulación* de las ayudas y becas a conceder, competencia que Cataluña tiene atribuida en su Estatuto de Autonomía. Alegando que, aunque el artículo 27 CE tiene un componente prestacional, no afecta a todos los niveles educativos, tan solo hace mención a las enseñanzas obligatorias y colmar esa laguna es la pretensión de la regulación estatutaria. Aduce esta parte que es algo que el Estado ya había reconocido en distintos instrumentos jurídicos y las comunidades lo habían recogido y puesto en práctica. *En definitiva, tanto la distribución competencial en materia de enseñanza como la regulación legal de las prestaciones públicas, para compensar las desigualdades en la educación, no sólo no impiden la intervención de la Generalidad de Cataluña, en la regulación y concesión de estas becas, sino que la reconocen*. En opinión del recurrente la uniformidad pretendida, en la regulación de concesión de ayudas no reconoce la igualdad del acceso a ellas, señalando la distinción de otros conceptos que marcan diferencias entre unas y otras comunidades, como pudieran ser los precios públicos de las matrículas. Finalmente argumenta con datos estadísticos las diferencias entre las capacidades

[60] Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, BOE de 20 de marzo de 2007, núm. 68.

[61] Comunidad Autónoma de Andalucía, Decreto 66/2005, de 8 de marzo, de Ampliación y Adaptación de Medidas de Apoyo a las Familias Andaluzas, BOJA de 14 de marzo de 2005, núm. 51, pág. 6 a 8.

[62] STC 188/2001, Tribunal Constitucional, de 10 de abril de 2018, Pleno.

económicas y académicas de los alumnos en los diferentes territorios del Estado.

El Tribunal Constitucional en su resolución, fundamento jurídico 4, establece sobre el artículo 27 CE que, *no existe en este precepto constitucional una referencia expresa a un sistema de prestaciones públicas individualizadas en apoyo del derecho de todos los ciudadanos a la educación similar al que el propio precepto constitucional configura en su apartado 9 a favor de los centros docentes, las Leyes Orgánicas dictadas en desarrollo del art. 27 CE contienen, efectivamente, regulaciones concretas sobre el sistema de becas o ayudas al estudio.* Y *que el legislador orgánico ha dispuesto, como obligación de los poderes públicos, el establecimiento de un sistema de becas para garantizar el derecho de todos a la educación, lo que se ha materializado en diversas normas reglamentarias, algunas de las cuales son objeto de estos procedimientos. Es decir, tanto la legislación orgánica como la normativa reglamentaria configuran las becas como un elemento nuclear del sistema educativo dirigido a hacer efectivo el derecho a la educación, permitiendo el acceso de todos los ciudadanos a la enseñanza en condiciones de igualdad a través de la compensación de las condiciones socioeconómicas desfavorables que pudieran existir entre ellos, lo que determina que los poderes públicos estén obligados a garantizar su existencia y real aplicación.* Considerando el Tribunal que el *legislador orgánico* ha establecido las becas como soporte principal para la consecución del objetivo regulado en el artículo 27 CE y que deberán ser reguladas por la legislación básica reguladora del Derecho a la Educación, como garantía de este. Además, señala que es compatible con lo establecido *ad hoc* en los preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

El Tribunal falla desestimando el conflicto analizado en estos párrafos, aunque con voto particular en contra cuyo tenor refleja, al entender del Magistrado emitente, que todos los preceptos recurridos contienen regulación que exceden del contenido básico constitucionalmente establecido, regulando con plenitud el sistema de acceso a las ayudas y becas, dejando sin contenido la competencia de la Comunidad Autónoma.

También cuenta el fallo con otro voto particular, que señala su contrariedad a la estimación parcial sobre otros conflictos dirimidos en la sentencia.

Por lo expuesto y en mi opinión, se deja abierta la problemática de este conflicto, ya que la sentencia no establece una clara interpretación de las competencias, que en virtud de la Constitución compar-

ten Estado y Comunidades Autónomas, en referencia al Derecho a la Educación en su vertiente de prestación social.

VI. CONCLUSIONES

La educación, como todo lo referente a las relaciones humanas, en su vertiente de ser social por naturaleza, tiene una gran complejidad para su adaptación al pensamiento diferenciador que caracteriza a nuestra especie. Se hace necesario huir de la reducción tanto al positivismo como al iusnaturalismo, en cualquiera de sus manifestaciones. En este sentido, creo que la tesis de Reale es la que me hace comprender y acercarme a la situación diferencial, entre el consenso conseguido para la adopción de los instrumentos jurídicos internacionales, así como la pretensión del constituyente del 1978, que regulan en toda su dimensión al Derecho a la Educación y los conflictos actuales, que surgen de las diferentes interpretaciones de éste.

En la actualidad nos encontramos con políticas de sobrevaloración de la garantía de cumplimiento de la norma positiva, que en mi opinión no deja ver el objeto de la regulación del Derecho a la Educación. Se pretende la no vulneración de la norma por el poder que se desprende de su rango y nos olvidamos de la necesidad de tener la certeza y conciencia de su natural cumplimiento. Crear esa conciencia social del Derecho, como orden necesario para la convivencia social, por naturaleza, de la humanidad, es el objeto de la educación cuando se hace referencia a impulsar el desarrollo de la dignidad humana. En definitiva, potenciando la educación se asegura el cumplimiento natural del derecho positivo. Para reafirmar mi conclusión, permitan que plasme en este punto una frase de Inmanuel Kant, "*Únicamente por la educación el hombre puede llegar a ser hombre. No es sino lo que la educación le hace ser*".

Creo firmemente que la regulación básica que se hace del Derecho a la Educación, tanto en los Instrumentos Internacionales, de los que España es parte cuanto en la vigente Constitución Española de 1978, es correcta y adecuada, pero no abogo por el conservacionismo obstruccionista que impera, en la actualidad, a las proposiciones de reformas constitucionales. En mi opinión se olvidan de uno de los principios del Derecho, que es la necesaria adaptación a los cambios sociales. Estas tesis obstruccionistas son las que se oponen a la posibilidad de impartir asignaturas como Educación para la Ciudadanía, dando a entender que la enseñanza de la realidad actual que vivimos, con los cambios y nuevas tendencias, es adoctrinamiento en ciertas

ideologías progresistas, totalmente contrario a su pensamiento conservador. Seguramente esta posición encierra un interés cuyo estudio bien puede ser objeto de otro trabajo más extenso que el presente, pero que debemos tenerlo en cuenta en la búsqueda de soluciones para los problemas actuales, como los brotes de xenofobia, violencia de género y violencia en general.

A mi entender, formar a la población en el conocimiento, con respeto a todos los puntos críticos que puedan surgir y con razonamientos que alcancen entendimiento (creo que podría pasar, aunque con escaso valor académico, por una definición de consenso), se hace imprescindible para evitar muchos de los problemas que actualmente tenemos en nuestras relaciones sociales y restaría fuerza a la constante demanda social de elevación de penas, como solución de aquellos.

No podemos olvidar que la educación es un derecho humano y como tal, los humanos, debemos ser el fin de aquella y no utilizarnos como medio para otros objetivos. Entiendo que cuando se critica el adoctrinamiento que supone la utilización de determinadas asignaturas, se está denunciando precisamente esa manipulación, pero no es coherente con esta pretensión, que se motive con principios propios de otras formas de adoctrinamiento. Debemos tener presente la persecución de la verdad que de sentido a los razonamientos que motivan la necesidad de educar para ser ciudadanos de este tiempo, con independencia de posturas religiosas, políticas o ideológicas.

Cada conclusión me hace profundizar más en el tema, lo que refuerza mi intuición de que la Filosofía me iba a ayudar a entender la problemática actual de la educación, ya que otras ciencias no me habían aportado explicación convincente, por lo que quiero poner en valor la necesidad del conjugar Historia y Filosofía en la enseñanza, para convertir la educación en el principal pilar que sostenga la igualdad, la libertad, la justicia y la necesaria paz social.

Se hace necesaria la armonización del Derecho a la Educación en todo el territorio nacional, no buscando la igualdad de prestaciones, sino con el objetivo de conseguir igualdad en los resultados. Debiéndose ajustar las necesarias desigualdades, teniendo en cuenta las circunstancias sociales de las diferentes Comunidades Autónomas, tanto económicas cuanto culturales, con la pretensión de lograr la igualdad de resultados y con ello, la igualdad de oportunidades de todos los sujetos del derecho. Algo que a priori es una utopía pues requiere de un consenso, tanto político como social, que no parece tener entronque en el momento actual, lo que nos llevaría a prepararnos a todos los actores para poder afrontarlo en un futuro.

El conflicto lingüístico genera una desigualdad que se ha normalizado y que debería ser corregida. Por citar un caso, podemos traer a colación el problema de los opositores, que no pueden optar a plazas de la oferta de empleo público, en cualquier Comunidad, ya que se enfrentan a la valoración del mérito de la lengua cooficial, cuando no a la imposibilidad de realizar las pruebas por verse obligados a efectuarlas en la referida lengua.

Tenemos que acabar con la reducción de la educación a lo que entendemos como enseñanza, terminar con el dualismo, la responsable de la enseñanza es la escuela y la responsabilidad de la educación recae en la familia. La educación es un concepto amplio que engloba todo y a todos, como sujetos y como actores que han de colaborar, cada parte con su cometido profesional o social, pero no de forma excluyente, posibilitando un cierto grado de participación sin que ello sea calificado como intromisión, en las tareas asignadas a las partes actoras.

Para esta labor la humanidad si debe ser tratada como medio para la educación, globalizando la participación en ella, reconociendo la gran importancia que este derecho tiene y conscientes de su función principal, potenciar el desarrollo de la dignidad humana, *lato sensu*.

Todas las conclusiones apuntan hacia el claro individualismo que promueve la modernidad, en la que asistimos a situaciones como las apuntadas por Muñoz de Baena, en su obra la Abstracción del Mundo, donde nos olvidamos de los derechos de la primera y segunda generación, mientras creamos y exigimos nuevos derechos con total ausencia de criterio, inútiles para preservar la convivencia social, si nos olvidamos de aquellas generaciones de Derechos Humanos.

Lo que me lleva a apreciar la necesaria eficacia transversal del derecho a la educación

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALBARTI ENOCH y GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *Leyes Políticas del Estado*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2014.

COTINO HUESO, L., "El Derecho a la Educación", Escobar Roca, G. (Dir), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria, Pamplona, Aranzadi, 2010, pág. 831 a 947.*

DIEZ DE VESLACO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid 2013.

ELIPE SONGEL, J.A., *Historia Constitucional del Derecho a la Educación en España*, Nomos, Valencia 2003.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Constitucionalismo Multinivel*, 3.ª edición, Sanz y Torres, Madrid 2015.

HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011.

KANT, I., *Pedagogía (1803)*, Akal, Madrid, 2003.

MUÑOZ DE BAENA, J.L., *La Abstracción del Mundo*, CEPC, Madrid, 2018.

PÉREZ MARCOS, R., "Los Derechos Humanos hasta la Edad Moderna", Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ (Dir.), *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, México, CNDH, 2004, pág. 29 a 60.

SECCIÓN ABIERTA

LA BUENA FE EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL. EXÉGESIS NORMATIVA DE UN CONCEPTO INFRAPERCIBIDO

GOOD FAITH IN THE SOCIAL JURISDICTIONAL ORDER. NORMATIVE EXEGESIS OF AN UNDER-PERCEIVED CONCEPT.

MIGUEL-ÁNGEL LUELMO MILLÁN

ExMagistrado del Tribunal Supremo.
ExProfesor Doctor Asociado de la UNED

A mis muy queridos amigos, compañeros y maestros Santiago Varela de la Escalera, Francisco Carrión Navarro y José M.ª Marín Correa (†) y Vicente Conde Martín de Hijas, excelentes profesionales y, sobre todo, personas de buena fe.

Sumario: *I. Valores o principios que sustentan el de buena fe. II. El marco jurídico general. III. La buena fe en el contexto del ordenamiento jurídico social. IV. La buena fe dentro del proceso social y sus opuestas manifestaciones: la estafa procesal. V. Generalidades y actos previos y preparatorios del proceso en el derecho social. VI. La buena fe en la fase del proceso propiamente dicho y de los principios que lo informan. VII. Desde la admisión de la demanda iniciadora de la fase nuclear del proceso hasta la sentencia que lo resuelve. VIII. De la sentencia en general y de las distintas modalidades procesales. IX. De la buena fe con ocasión del ejercicio de los medios de impugnación . X. La presencia de la buena fe en la ejecución de las sentencias y demás títulos ejecutivos. XI. Epílogo. XII. Bibliografía*

Resumen: La buena fe es un valor y un principio de excepcional relieve en el ordenamiento jurídico que tiene su base, en nuestra so-

ciedad occidental, en el concepto del mismo nombre del Derecho Romano. Con origen en el ámbito de las relaciones privadas, se extiende actualmente a las más distintas esferas del ordenamiento jurídico y constituye el mayor soporte del mismo, suponiendo, en definitiva, la imprescindible relación del derecho con la ética, que debe presidir todos los actos del ser humano y de las instituciones creadas por éste. Trasladándonos al específico espacio procesal, y más concretamente, en el orden jurisdiccional social, la buena fe es aludida en repetidos preceptos de nuestra LRJS, unas veces expresamente y otras tácita, pero no por ello menos claramente, así como también otros conceptos que suponen su formulación *a contrario sensu*, como la mala fe, el abuso del derecho, el fraude de ley, la negligencia o la temeridad, refiriéndose no sólo a las partes litigantes sino también al propio legislador y el interés que presida la norma de aplicación y al órgano jurisdiccional concernido. Sin embargo, en frecuentes ocasiones la buena fe es entendida como un principio declarativo y como marco formal de la causa sin más trascendencia efectiva cuando es un concepto dinámico que es perfectamente exigible en cada caso específico si, de los textos defraudados se evidencia su ausencia, y es punible si se viola el espíritu de la norma, conduciendo, por reacción y después de la denuncia oportuna si no se aprecia de oficio, el debido efecto frente a su presunta evitación o su simple desatención, por lo que es muy necesario examinar el alcance de cada precepto y la dimensión específica en cada uno de este principio.

Palabras clave: ética; derecho; proceso jurisdiccional social; buena y mala fe; abuso de derecho; fraude de ley; temeridad; negligencia (ausencia de diligencia debida)

Abstract: Good faith is a value and a principle of exceptional relevance in the legal system that is based, in our western society, on the concept of the same name of Roman Law. Originating in the field of private relations, it currently extends to the most different spheres of the legal system and constitutes the greatest support of the same, assuming, in short, the essential relationship of law with ethics, which must preside over all the acts of the human being and the institutions created by it.

Moving to the specific procedural space, and more specifically, in the social jurisdictional order, good faith is alluded to in repeated precepts of our LRJS, sometimes expressly and other tacitly but no less clearly, as well as other concepts that imply its formulation *to the contrary sensu* such as bad faith, abuse of law, fraud of law, negligente (absence of due diligence) or reckleness, referrent not only to

the litigantig parties but also to the legislator himself and the interest that presides over the applicable norm and to the court concerned. However, on frequent occasions, good faith is understood as a declarative principle and as a formal framework of the case with no further effective significance, when it is a dynamic concept that is perfectly enforceable in each specific case if of the defrauded texts, its absence is evidenced, and it is punishable if the spirit of the norm is violated, leading, by reaction and after the timely complaint if it is not appreciated ex officio, the due effect opposite to its alleged avoidance or its simple inattention, so it is necessary to examine the scope of each precept and the specific dimension in each one of this principle.

Keywords: ethics; law; social jurisdictional process; good and bad faith; abuse of rights; fraud of law; temerity; negligence (absence of due diligence)

Recepción original: 13/12/2021

Aceptación original: 20/04/2022

I. VALORES O PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN EL DE BUENA FE

Dice Adela Cortina que "a la ética le ocurre lo que a la estatura, al peso o al color, que no se puede vivir sin ellos"[1] y añade, quizás con cierto optimismo, que todos los seres humanos tienen alguna estatura moral, es decir que "somos inexorablemente, constitutivamente, morales"[2], lo que probablemente pudiéramos suscribir sin mayores reservas si entendiésemos tal afirmación en el sentido etimológico ("moral como "mos") de que el ser humano es animal de costumbres. Lo que en todo caso resulta rigurosamente cierto e indiscutible es su afirmación de que "ninguna sociedad puede funcionar si sus miembros no mantienen una actitud ética. Ningún país puede salir de (una) crisis si las conductas inmorales de sus ciudadanos y políticos siguen proliferando con toda impunidad"[3].

En realidad, y aunque de ordinario solemos utilizar indiferenciadamente ambos términos, que derivan de una misma raíz y significado ("ethos", en griego, y el precitado "mos" en latín, que se traducen, ambos, por "costumbre") podemos distinguir entre ética y moral, en tanto en cuanto la primera es un concepto más restringido, al circuns-

[1] "La ÉTICA ¿para qué sirve realmente ?". Cortina, A. Edit. Paidós, 1.ª edición, mayo 2013.

[2] Obra y autora citadas

[3] Ídem

cribirse al ámbito interior de la persona como resultado de su propia reflexión, de la que deriva su posterior elección, mientras que la moral tiene una base colectiva, por consistir en un conjunto de normas establecidas en el seno de una sociedad, ejerciendo, como tal, una gran influencia en la conducta de cada uno de sus integrantes.

En todo caso, no es éste el lugar para disquisiciones filosóficas al respecto, debiendo limitarnos a constatar que el concepto de buena fe tiene un inequívoco origen y contenido ético o moral cuya explícita formulación se residencia, originariamente al menos, en el Derecho Romano (*bona fides*) y se concreta, fundamentalmente, en su teoría general de los contratos.

Sobre esta base, no resulta superfluo precisar, por un lado, que esa relación evidente entre ética y derecho supone que, en principio, éste constituye, en definitiva, un mínimo ético, aunque existan diferencias ontológicas entre los dos conceptos, porque las normas de la ética son autónomas, al darse cada individuo a sí mismo las propias, y las del derecho son heterónomas, por provenir de una autoridad diferente, rigiendo aquéllas aspectos internos y las del derecho aspectos externos. Por otra parte, las normas de la ética son siempre unilaterales, puesto que cumplirlas no implica el surgimiento de un derecho o una obligación para otras personas y las del derecho son generalmente bilaterales, en tanto en cuanto, al menos en el referido ámbito contractual, una obligación implica un derecho y viceversa. Las normas de la ética, en fin, son incoercibles, porque aun cuando tienen un carácter obligatorio, no conllevan un castigo explícito en caso de incumplirlas y las del derecho son esencialmente lo contrario, esto es, coercibles, puesto que la autoridad que las ha establecido tiene el poder de exigir su observancia imponiendo para ello un sistema de control e incluso sancionatorio.

Por otro lado, más profunda, si cabe, es la relación entre la moral y el derecho en tanto en cuanto aquélla tiene la base social precitada y en sus normas destaca la presión externa, que tiene como fundamento el valor impuesto desde fuera de la persona.

Como señala Legaz[4], "el derecho es un orden normativo de la conducta humana….pero la conducta humana no es objeto exclusivo de la ordenación normativa jurídica sino que existen otros complejos o sistemas de normas en los cuales la conducta es regulada desde puntos de vista distintos e incluso con criterios diferentes a las normas

[4] Legaz Lacambra, L., Filosofía del Derecho, 2.ª edición, Bosch, Casa Editorial,1961, págs 406-407

jurídicas. Estos órdenes normativos son la moralidad, los usos sociales y la política". Y en una tácita identificación entre ética y moral, añade: "lo que para el derecho es en todo caso correcto y perfecto y surte la plenitud de sus efectos, puede aparecer ante la moral ya como condenable, ya, por lo menos, como no meritorio… (porque) la moral versa, principalmente, sobre el motivo interior, sobre la interioridad del acto. No le interesa la corrección externa sino el motivo informante de la acción exterior"[5].

Por ello existen conceptos puente, como la buena fe, que al ser introducida en el ordenamiento jurídico, constituye, a la vez que comunicación entrambos, un modo de unir en un punto o de facilitar una base común a moral y derecho como principio inspirador de éste, a la par que como norma de conducta exigible apriorísticamente a cuantos forman parte de cada relación y durante todo el tiempo de vigencia de la misma, cabiendo entender en todo caso, que el límite para la moral está entre la licitud y la ilicitud del acto y el del derecho entre su legalidad o ilegalidad, exigiendo la buena fe para constatar su presencia en esa función bisagra, que la conducta correspondiente sea a la vez lícita y legal en una disposición consciente (entendida como innata o autoexigida predisposición) en ese doble sentido de la dinámica del sujeto investido de la misma.

Ante todo, la buena fe es un concepto ético que adquiere rango de superconcepto en el ámbito jurídico, tanto en su vertiente material como procesal y en cada una de sus especialidades, marcando en todas ellas las pautas de conducta y distinguiendo, por ende, entre lo debido de lo indebido (mala fe, abuso de derecho, fraude de ley, temeridad) para que lo primero encuentre el apoyo y amparo del Derecho y lo segundo su proscripción.

De un modo sencillo puede explicarse el concepto a través de la expresión coloquial "de buena fe" en castellano, que de igual forma que sus equivalentes en otras lenguas, alude a las bondades innatas del comportamiento humano, y en unión de la **DILIGENCIA** como una de sus manifestaciones situada entre las propias del "buen padre de familia", a la que después también se alude, resume el ideal de conducta que se erige en base y punto de partida de las relaciones que regula el ordenamiento jurídico, cabiendo señalar al respecto, que a la diligencia alude el art 1.094 del Código Civil, así como también el 1.104 —que, como el anterior, se refiere a la también ya mencionada diligencia *"propia de un buen padre de familia"*—, el 1.183, 1.563 y 1.625, todos éstos en sentido negativo o excluyente de aquélla cuando

[5] Idem, págs 408-409

hay culpa. Igualmente se menciona en los arts 1.903 (de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia), 1.555. 2.º (arrendamientos de fincas) y 1889 (gestión de negocios ajenos).

En el art 1.104, a diferencia del 1.094, se habla en primer lugar de la diligencia *"que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar"*, ateniéndose, pues, a la contingencia o caso concreto y sólo tras ello y con carácter supletorio, a la ya referenciada de carácter general, que tiene una indudable connotación ética, de manera que se encuentra en el terreno de la moral o de las "buenas costumbres" que rigen el comportamiento en sociedad, introduciéndonos en el terreno filosófico de lo que se entiende por "bueno", de largo alcance, si bien reducido en la esfera jurídica a la conducta de general aceptación y de beneficiosos efectos para los directamente concernidos y para la sociedad misma, concebida así como una familia y cuyas normas se observan, incluso en el ámbito privado, debida y prontamente.

Se dice que ya en el Código de Hammurabi[6] existieron normas que incorporaban, siquiera sea innominadamente, el principio de buena fe entendido como conducta socialmente aceptable, siendo en todo caso indiscutible que en Derecho Romano, como se ha anticipado, constituye un auténtico principio contractual y procesal[7] que se recoge en el Digesto y al que aludieron personajes tan diversos como Cicerón, Modestino Trifonino o Tertuliano, entre otros.

En todo caso, como concepto jurídico, buena fe equivale integradamente a respeto, honradez, transparencia, veracidad, lealtad, diligencia e incluso cooperación en presencia de intereses encontrados, como es el marco del proceso, lo que, evidentemente y de todas formas, no excluye el ejercicio y defensa de tales intereses sino que tan solo los sitúa en un ambiente ajeno a la mendacidad por sistema y a la utilización del mismo como instrumento dirigido exclusiva o principalmente a una finalidad nociva en su ideal sentido de hacer daño por principio frente a la que debe serle propia de medio para esclarecer y resolver una situación determinada en la que las partes ocupan posiciones y pretenden soluciones opuestas, o, cuanto menos, diferentes y no conciliadas.

[6] Vid, p.e., Cayro Carl, R., "Antecedentes históricos del principio general de la buena fe contractual" monografias.com

[7] Una mínima pero sugerente referencia a ambas áreas en el común ámbito del concepto *bona fides* puede verse en Herzog, T., "Una breve historia del Derecho Europeo. Los últimos 2.500 años", Alianza Editorial, 2019, págs 37 y 45.

Todas esas notas o características integradoras del concepto en cuestión conducen, en definitiva, a la **CONFIANZA** indispensable en las diferentes clases de relaciones jurídicas como legítima consecuencia, constituyendo un instrumento de primer orden para lograr la paz social, no obstante lo cual resulta frecuentemente infrautilizado en la práctica, quedando, no pocas veces, en una declaración de principios o aspiración a la que tender sin la auténtica y directa aplicación que sería necesaria en cada caso para resolver, a partir de la constatación de su presencia o de su ausencia, cualquier litigio sin necesidad de mayores o más especiosos argumentos, trámites o recursos.

Buena fe, se dice, es, ante todo, **RESPETO** y no sólo en las formas, sino también, y sobre todo, al parecer contrario y a las actitudes de tal signo, incluso si se disiente frontalmente de todo ello y, por supuesto, máxima consideración, por principio y natural inspiración, a quienes son llamados a dirimir el litigio.

El respeto, como valor moral, resulta fundamental para lograr una armoniosa interacción social, constituyendo su primera premisa que para ser respetado es necesario saber o aprender a respetar, intentar comprender al otro incluso para combatirlo fielmente e incluso tratar de valorar sus intereses y necesidades, aunque no sea más que para tratar de situarlos en su objetiva dimensión, exigiendo su observancia una respuesta de reciprocidad.

Se trata de no discriminar ni ofender conscientemente y de actuar con lealtad, es decir, con limpieza, y ello puede ser genuino, es decir, congénito, por una especie de innata inclinación anímica de seres evidentemente superiores o que están en la vía de serlo, o adquirido mediante un aprendizaje *ad hoc* como un fin en sí mismo, como una actitud ante la vida y no como un medio o recurso para obtener una ventaja e incluso el resultado pretendido en lo que entonces constituiría un sucedáneo, una apariencia de dicho valor o un modo más que una convicción y, como tal, ajeno a la filosofía que inspira a la auténtica buena fe.

El respeto supone valorar las diferencias, incluso las irreconciliables, desde una posición de equilibrio, no exenta por ello de firmeza, pero siempre a caballo entre la ley o el ordenamiento como instrumento y el diálogo en igualdad como premisa, incluso si se sostiene un litigio y se ha llegado a encauzarlo a través del proceso correspondiente.

Supone el reconocimiento de la dignidad que en todo momento y en cualquier circunstancia es inherente a cualquier ser humano, incluso si ocupa la posición de adversario.

Comienza por uno mismo, porque no es posible respetar a los demás si no se da previamente ese autoreconocimiento, según coincidieron en apreciar tanto Pitágoras y Aristóteles[8] como Confucio, Lao Tsé, Dostoievski o Gandhi, entre otros, resultando consecuencia del respeto mutuo el sentimiento de reciprocidad, que nos coloca en mejor disposición de conocer y comprender, en sus más propias magnitudes, la auténtica dimensión de la relación o del problema, constituyendo, en todo caso, un principio fundamental en las sociedades que se fundan en valores tan esenciales como la democracia, la dignidad de la persona y la libertad. El respeto de uno mismo constituye la clave de partida y supone conocer las propias limitaciones y tratar de superarlas o de "mejorarse", porque ello comporta, indudablemente, el inicio de una dinámica positiva que lleva o conduce al desarrollo de la máxima *"primum non nocere"*, esto es, a la evitación de cuanto implica daño gratuito, que aunque aplicada originariamente en el ámbito de la medicina como principio hipocrático, se extiende más allá de ese ámbito en una bien entendida filosofía existencial, situándolo en el contexto de la exigencia metafísica de armonía con el propio ser, es decir, con la identificación con los valores inherentes al ser humano en abstracto y la acomodación de la conducta individual a los mismos, lo que en modo alguno implica dejación de derechos o actitudes relajadas cuando de su adecuada defensa se trata en función de su relevancia y en términos de proporcionalidad con la misma.

Ello es fruto, por otra parte, de un ejercicio de **RESPONSABILIDAD,** en el sentido ético más que jurídico de la palabra, en función del cual es la propia persona la que se autoexige un determinado proceder acorde con los principios y valores fundamentales inherentes a la condición humana.

No hay que confundir, por otra parte, el respeto, en general, con sumisión o sentimiento de inferioridad respecto del interlocutor u oponente sino la asunción de una consideración fundamental o infraestructural hacia el otro, tratando, por otra parte, de evitar un juicio a los demás conducente de antemano a una estimación subordinada o a una infravaloración de los mismos expresada en términos de forma o de comportamiento negativos.

En resumen, pues, que el respeto constituye una actitud o disposición que debe suponer un reconocimiento, no por tácito menos evidente, de la dignidad de la persona (que el art 10.1 de la CE pro-

[8] Vid Capítulo XXVI de su Moral, la Gran Moral-Moral a Eudemo, Espasa Calpe S.A., Colección Austral, quinta edición, 1972, titulado "De la dignidad y del respeto de sí mismo en las relaciones sociales".

clama como derecho fundamental sobre el que se asienta el orden político y la paz social) hacia la que aquél se dirige como marco-límite de cualquier relación humana, incluso las que nacen o derivan en conflictivas, constituyendo su ejercicio un buen principio para evitar el enfrentamiento y conciliar posturas y, en todo caso, para ordenar racionalmente el modo de resolverlo una vez nacido.

Otro elemento que conforma actualmente el principio de buena fe y de reciente incorporación al ordenamiento jurídico es el de la **TRANSPARENCIA**, que sólo en su formulación explícita puede considerarse moderno, al haberse hallado siempre latente en la propia idiosincrasia de aquélla e integrar innominadamente el bagaje de las "buenas costumbres" a que aluden diversos preceptos obligacionales y contractuales (véanse, por ejemplo y entre otros, los arts 1.116 y 1.271 del Código Civil).

La transparencia supone lo contrario del engaño[9], del fraude, de la reserva u ocultamiento como proceder torticero e ilícita ventaja y de la corrupción en cualquiera de sus manifestaciones y encuentra entre nosotros una explícita traducción oficial, en lo que a la acción política se refiere, en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno[10], que aunque circuns-

[9] Ante todo, transparencia debiera significar proscripción de la mendacidad, porque ésta ni siquiera se justifica como legítima reacción frente a un proceder de tal clase de contrario, ya que lo que ello supondría es duplicar la injusticia, siendo de reseñar, no obstante, que, en doctrina, no todo es favorable a esta tesis, existiendo algunas defensas del derecho a mentir con base en argumentos de protección de derechos fundamentales presuntamente conculcados por la otra parte y cuando no hay otro modo de precaverse contra sus efectos, porque aun así, la mentira sigue siendo lo que es: distorsión consciente de la realidad y del propio orden de las cosas, o como sostiene D. Antonio Machado al aludir a su contrario, la verdad: "La verdad es lo que es, y sigue siendo verdad aunque se piense al revés" (Campos de Castilla, Proverbios y Cantares XXIX), y también: "¿Tu verdad?, no, la Verdad. Y ven conmigo a buscarla. La tuya, guárdatela" (Nuevas Canciones, Proverbios y Cantares LXXXV). La verdad hay que tratar de preservarla a toda costa y ha de constituir, a la vez, el instrumento y el fin, sin que tampoco, por otra parte, la consignación constitucional (art 24.2) del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable extrapolado a otros ámbitos fuera del originario penal, amparen, ni siquiera tangencialmente, ese comportamiento inmoral.

[10] Antecedentes de dicha norma se hallan, con carácter general, en el artículo 105 b) de la Constitución Española y en los artículos 3.5, 35 y 37 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por otra parte y en esa línea, se hallan las posteriores leyes administrativas 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la primera de las cuales refunde y actualiza en uno solo (su art 13, denominado "derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas") los

crita a dicho ámbito público, da medida del alcance del concepto, y evidencia, desde su vinculación titular, la estrecha relación que tiene con otro término neonato como el del buen gobierno o gobernanza, pretendiéndose con la introducción de los mismos consagrar un modelo de "ejemplaridad en la conducta" en el ámbito público.

Ello, en la filosofía que lo inspira y anima, es igualmente extrapolable al sector privado y, en general y con salvaguarda de las diferencias oportunas, a todo tipo de relaciones humanas, tanto en su dimensión natural y normal como en el contexto predeterminado en que se ejercitan y oponen derechos para solucionar las controversias derivadas de su incompatibilidad.

Respecto de esa conducta propia, lo que la transparencia exige es, en definitiva y en resumen, la sinceridad en los hechos y en las formas que ya Shakespeare inmortalizase en su mayúsculo Hamlet (acto I, escena III, consejos de Polonio a su hijo Laertes): "Y sobre todo esto: sé sincero contigo mismo, y de ello se seguirá como la noche al día, que no podrás ser falso con nadie"[11]. En efecto, esa probidad —que no el "buenismo" de la jerga actual— supone no tratar de autoengañarse o autojustificarse en los comportamientos, en las actitudes ni en los fines perseguidos y, de este modo, plantearse directamente, y sin ambages, el contenido y las propias formas del objetivo a alcanzar y de la conducta que le sirve de vehículo, de modo que, excepto en casos de una personalidad psicopatológica, se tenga presente desde un principio, una, cuanto menos, genérica percepción de lo justo y lo que no lo es y a partir de ello, nuestros propios límites, lo que permitirá exigirlos de contrario actuando consecuentemente, resueltamente y con firmeza pero con el empleo de los medios y modos que estén a la vista de todos, comenzando por el propio oponente, caso de existir, y siguiendo por quien, en su caso, haya sido llamado a resolver, que debe hacerlo en el mejor y más claro marco de decisión, ahorrándose con ello reiteraciones, discursos, digresiones y pruebas inútiles y meramente dilatorios o dirigidos a enrarecer y oscurecer su labor, maniobras que, caso de existir, requerirán simultáneamente a su detectación, una respuesta adecuada[12].

Se trata, por tanto y, en definitiva, de un ejercicio de **LEALTAD**, que, como se ha dicho ya, se identifica, a los efectos de que se trata,

---

antedichos artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992, a la que deroga con efectos de 2 de octubre de 2016, cabiendo destacar su apartado d), que alude y se remite a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

[11] "This above all: to thine own self be true, and it must follow, as the night the day, thou canst not then be false to any man"

[12] Vid. nota 9

con limpieza de conducta y es un concepto —al menos en este sentido— inserto en la transparencia y viceversa porque consiste en un sentimiento de respeto y fidelidad a los propios principios morales, y a los compromisos establecidos con o hacia alguien, pero que nada tiene que ver ya con la acepción y relación primitiva de fidelidad del vasallo con su señor o con la patria, y muy concretamente en el ámbito del proceso, supone la consideración, sobre todo, a la letra y al espíritu de las normas que lo rigen y al órgano jurisdiccional llamado a decidir en un ejercicio de "juego limpio" del que lógica y forzosamente habrá de beneficiarse también la parte contraria, por muy enconado que sea el litigio, pero que dará medida, en todo caso, de la idea y del ideal de justicia que tiene cada uno.

El término lealtad proviene del latín *"legalis"* o "de ley" y como adjetivo es usado para identificar a un individuo con base en sus acciones o comportamiento. Es por ello, que una persona leal es aquélla que se caracteriza por ser dedicada y cumplidora inclusive cuando las circunstancias son adversas.

Del mismo modo que el respeto, opera *ad intra* y *ad extra,* porque si no hay lealtad hacia los propios principios, no la puede haber en ninguna otra circunstancia o situación ni hacia ninguna persona o institución, sin que, de todos modos, la lealtad implique forzosamente tampoco sumisión o aquietamiento respecto de la/s otra/s persona/s de la relación o del tercero de quien se trate, siendo compatible perfectamente con el litigio entre partes porque se trata de una actitud moral y no de un estado de cosas.

La **HONESTIDAD U HONRADEZ**, en fin, desprovista la primera de sus añejas connotaciones relativas a la fama y/o conducta en el ámbito sexual, supone que el comportamiento es resultado de la puesta en práctica de los principios que rigen objetivamente o con carácter general la existencia de cada uno por encima de cualquier interés; es actuar del modo que se piensa y se siente de acuerdo con la moral como acervo común en un ejercicio de congruencia más que de coherencia y equivale a **INTEGRIDAD**, respetando sobre todas las cosas las normas que se consideran correctas y adecuadas en la comunidad en la cual se vive. Consiste, en definitiva, en el simple respeto a la verdad en su proyección al mundo exterior, los hechos y las personas, conformando también la relación del sujeto consigo mismo y entre el sujeto y los demás, respecto de los cuales y de las instituciones concernidas, las obligaciones y deberes que aquél tenga contraídos e incluso en el ejercicio de sus propios derechos, sean materiales o procesales, habrá de cumplir, en fin, con la diligencia ya anticipada.

Una de las acepciones o sinónimos actuales de la honestidad a los efectos que se examinan es, como se ha anticipado, el concepto y término "honradez", que se utiliza hoy de modo casi indistinto con aquél, aunque originariamente sean diferentes constituyendo paradigma de su alcance —paradójicamente desde su negación encubierta— el discurso excepcional, demoledor y lleno de ironía y mordacidad que Shakespeare ponía en boca de Marco Antonio refiriéndose a los asesinos de Julio César cuando se dirigía a la plebe ante el cadáver de éste[13].

No es fácil encontrar otra pieza tan magistral para dar medida de la diferencia entre la honorabilidad que se otorga de antemano a quienes por su cuna, por su jerarquía, por su poder o por cualquier otro motivo se reconoce, y la honradez ganada por la conducta misma del que se distingue en este sentido. Y esto segundo es lo realmente verdadero y trascendente a todos los efectos, constituyendo lo demás un ejemplo de servidumbre en las relaciones humanas y una preeminencia y consideración otorgadas a quienes frecuentemente no reúnen méritos para ello pero sí un nombre o una posición que la sociedad considera título suficiente e indiscutible, sin razón objetiva bastante o como crédito por pasadas glorias propias o familiares que se siente obligada a conceder y mantener como una especie de distinción nobiliaria, la "honorabilidad".

---

[13] "Amigos, romanos, compatriotas, prestadme oídos: he venido a enterrar a César, no a ensalzarlo. El mal que hacen los hombres perdura sobre su memoria; frecuentemente el bien queda sepultado con sus huesos. Sea así con César. El noble Bruto os ha dicho que César era ambicioso: si lo fue, era la suya una falta grave, y gravemente la ha pagado. Por la benevolencia de Bruto y de los demás, pues Bruto es un **hombre honrado**, como lo son todos, he venido a hablar en el funeral de César.

Fue mi amigo, fiel y justo conmigo; pero Bruto dice que era ambicioso. Bruto es un **hombre honrado**. Trajo a Roma muchos prisioneros de guerra, cuyos rescates llenaron el tesoro público. ¿Puede verse en esto la ambición de César? Cuando el pobre lloró, César lo consoló. La ambición suele estar hecha de una aleación más dura. Pero Bruto dice que era ambicioso y Bruto es un **hombre honrado.**

Todos visteis que, en las Lupercales, le ofrecí tres veces una corona real, y tres veces la rechazó. ¿Eso era ambición? Pero Bruto dice que era ambicioso y es indudable que Bruto es u**n hombre honrado…."**

Y más adelante: "Si estuviera dispuesto a excitar al motín y a la cólera a vuestras mentes y corazones, sería injusto con Bruto y con Casio, quienes, como todos sabéis, son **hombres honrados.** ¡No quiero ser injusto con ellos! ¿Prefiero serlo con el muerto, conmigo y con vosotros antes que con esos **hombres tan honrados**!

Y poco después: "Los que han consumado esta acción son **hombres dignos**. ¿Qué secretos agravios tenía para hacerlo?.¡Ay!, lo ignoro. Ellos son sensatos y **honorables** y no dudo que os darán razones…."

Julio César, 3.2. Obras Completas de William Shakespeare, Tomo II, Editorial Aguilar, Colección Obras Eternas, décimosexta impresión, 1981.

Quizás exista una diferencia de matiz —que finalmente supone más de lo que se pudiera pensar— entre honradez y honorabilidad y aunque lo segundo parece que tendría que formar parte de lo primero, es posible también entender como honorable quien ostenta esa condición social aunque carezca de la primera, no cabiendo olvidar que en la terminología anglosajona se designa con la misma palabra, "honour", tanto el honor como la honra. Y eso, al parecer, lo tuvo muy presente Pedro Pacheco, el alcalde de Zalamea, para proceder como lo hizo, justificándolo también con la identificación de la fama (la consideración que de uno tienen los demás) con el honor pero no con la honradez, cuando declaraba que "al Rey, la hacienda y la vida se ha de dar; pero el honor es patrimonio del alma, y el alma sólo es de Dios"[14], premisas y conclusión que hay que contemplar, evidente y exclusivamente, en el contexto cronológico y social en que se producía.

A César lo califica Marco Antonio de "fiel y justo", preocupado por sostener el tesoro público, solidario con el afligido y carente de la ambición que los conjurados decían haber apreciado en él y que según ellos, justificaba su muerte, de todo lo cual se infiere que la honradez residía, según el planteamiento de Marco Antonio, en la víctima y no en sus verdugos por muy "honorables" que éstos fueran, cuyos "secretos agravios" estaban en la base de su acción, a pesar de lo cual los autores del magnicidio eran tenidos en la pública apreciación por hombres "honrados", "dignos" y "honorables", en cuya fama se ampararon para perpetrar el crimen. Y desde esa consideración, antes Bruto había tomado la palabra para justificar su conducta sosteniendo con retórica pregunta si preferían que César viviera y morir todos como esclavos a que estuviese muerto como estaba ya y vivir todos libres. Este recurso dialéctico lo sustentaba el que era llamado por César como hijo, en la tesis de que su honradez se basaba en su sentido de la dignidad y que, en realidad, la "muerte (era) para su ambición", esto es, que se quería acabar no tanto con el hombre en cuanto tal como con la insana pasión que albergaba su pecho y que, según su pensamiento, era incompatible con su existencia.

Un discurso, pues, eminentemente político, como correspondía al atentado llevado a cabo y a todos los personajes implicados, comenzando por la víctima, y desde la pregunta que el propio Bruto se hacía y lanzaba a su auditorio de "¿quién hay aquí tan vil que no ame a su patria?", en un ejercicio de sibilina demagogia en el que se preparaba de antemano la respuesta de la masa, que no se hizo espe-

[14] "El alcalde de Zalamea", Jornada I, escena XVIII, Calderón de la Barca, P. Edit. Espasa Calpe, Colección Austral, 1972

rar con la frase generalizada de "¡nadie, Bruto, nadie!", aunque muy poco tiempo después y al responder Marco Antonio con su precitada exposición, los comentarios fuesen del tenor "si lo consideras detenidamente, se ha cometido con César una gran injusticia", con lo que se pone de manifiesto lo mudables que son las opiniones colectivas al calor de las soflamas cuando hay buenos oradores conocedores de su oficio y manipuladores por principio.

En todo caso, lo cierto es que se discutía sobre el proceder, honrado o no, de los agresores e incluso del propio César antes de su muerte, por su soterrada ambición de dar fin a la República y sustituirla por una autarquía o monarquía en su persona, es decir, por asumir el poder sin control, tal y como se concebía a la sazón esa forma de gobierno. Y aunque ni siquiera ello pueda justificar una muerte y menos del modo en que se produjo (a pesar de que fuese un proceder no inhabitual en aquellos tiempos) revela, en cualquier caso, que posiblemente los conspiradores creían, en mayor o menor medida, en la justeza de su crimen en pro del bien común y por entender que no podían de otro modo someter la voluntad de César y que se replantease su objetivo. En una palabra, que según aquéllos y como muchos siglos después, se dice (equivocadamente) que formulara Maquiavelo[15], el fin justificaba los medios. Lo que sí dijo era que "en las acciones de todos los hombres pero especialmente en las de los príncipes, contra los cuales no hay juicio que implorar, se considera simplemente **el fin** que ellos llevan. Dedíquese, pues, el príncipe a superar siempre las dificultades y a conservar su Estado. Si sale con acierto, se tendrán por honrosos siempre **sus medios**, alabándoles en todas partes: el vulgo se deja siempre coger por las exterioridades y seducir del acierto. Ahora bien, no hay casi más que el vulgo en el mundo; y el corto número de los espíritus penetrantes que en él se encuentra no dice lo que vislumbra hasta que el sinnúmero de los que no lo son no sabe ya a qué atenerse"[16]. A lo que Napoleón, eximio exegeta del texto, añadía como comentario resueltamente cínico: "Triunfad siempre, no importa cómo y tendréis razón siempre".

Resulta, en fin, muy revelador e ilustrativo en nuestra materia, que a ese párrafo añadía el toscano otro que dice: "hay un príncipe en

[15] En realidad, según la opinión más generalizada actualmente, la frase habría sido "cum finis est licitus, etiam media sunt licita", inserta en la obra "Medulla theologiae moralis" (1645) del teólogo alemán Hermmann Busenbau. También se dice que la frase la escribió el propio Napoleón Bonaparte (que comentó "El Príncipe") y que la anotó en la última página de su ejemplar del libro.

[16] Maquiavelo, N., "El Príncipe" (comentado por Napoleón Bonaparte), Espasa Calpe S.A., Colección Austral, duodécima edición, 1970. Madrid, pág. 88.

nuestra era que no predica más que paz, ni habla más que de la **buena fe** y que al observar él una y otra, se hubiera visto quitar más de una vez sus dominios y estimación. Pero creo que no es conveniente nombrarle"[17]. Es decir que su consejo es decididamente opuesto al principio general que nos ocupa y se instala en la concepción, en el más amplio ámbito de la política, de la posterior idea hobbesiana del *homo hominis lupus*.

Ello, pues, extrapolado a cualquier otra situación (puesto que se habla en primer lugar de "las acciones de todos los hombres") lleva a la conclusión de que todo es válido para conseguir un fin si se considera éste el más conveniente y así ha sido reiteradamente denunciado, no dejando de tener apoyo en una particular concepción moral de que lo que es bueno para el príncipe es bueno para su pueblo y, por lo tanto, que aquél no debe de perderse en ningún tipo de escrúpulo cuando de obtener el éxito se trata, de manera que su moral sería siempre la del propio éxito o triunfo, con plena desnaturalización de la misma y su intrínseco sentido.

Por el contrario, desde la buena fe y desde la honradez que la preside, lo que cabe esperar más que el éxito es la justicia, que constituye, en definitiva, una forma de éxito o realización personal, aunque, a veces sea ajena a la victoria material e incluso ésta no llegue a producirse, pero que permite, en todo caso, contemplar con serenidad el devenir de las cosas y una legítima confianza (a la que ya se ha hecho mención) en los demás y en las instituciones, tanto si éstas ocupan el otro lugar de la relación como si son las llamadas a resolver un hipotético contencioso entre partes precisamente por haberse visto defraudado dicho principio por una de ellas.

Y, en fin, la buena fe consiste también, y en lo que al propio órgano jurisdiccional incumbe, al que también alcanza el concepto, como más adelante se verá, en la **EQUIDAD** que ha de presidir su proceder y sus resoluciones, y que supone, fundamentalmente, proporcionalidad o medida[18].

Al respecto se ha dicho que, en un momento posterior,

---

[17] Autor y obra precitados, pág. 489

[18] Acerca de este concepto, el máximo exponente y referente es el Derecho Romano. Ulpiano ya lo identificó y definió y Constantino efectuó su primera formulación general con los términos *"placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae **aequitatis**que quam stricti iuris rationem"* (CI 3, 1, 8). En el sistema jurídico de las Pandectas, la equidad fue, en principio, un instrumento de corrección del rigor de la ley y llegó a realizar una función constitutiva del Derecho. Vid."Importancia, historia y concepto de la equidad", Cano Martínez de Velasco, J.I., Vlex España, libros-revistas-derecho .vlex.es. 10/08/2019.

"el cristianismo subraya la importancia de la equidad, que para él es benignitas, humanitas, pietas, y la acerca a la moral. Así, no hay un derecho positivo contrario al derecho natural, que es la justicia misma. Justicia, equidad y derecho natural se identifican; presiden la función legislativa y la labor judicial.

Sin embargo, los acontecimientos históricos posteriores van poco a poco arrinconando ese rol supremo que había tenido la equidad. El positivismo, enemigo acérrimo del derecho natural hasta el punto de llegar a negar su existencia, la lucha decidida, a veces encarnizada, contra la Iglesia católica, que preconiza el derecho natural, lucha ésta venida del enciclopedismo racionalista, la desconfianza en algo tan etéreo como es un derecho (natural) no legislado, la tendencia a la abstracción y a prescindir de la causa de los contratos, el legalismo férreo de los códigos, necesario para construir su identidad, de los nuevos estados nacionales, el notable impacto del «more geométrico» del ordenamiento jurídico del pandectismo alemán que rechaza la intromisión del juez en él, postergan en la Europa continental el papel de la equidad, tanto de la equidad legal como de la equidad judicial.

Hoy en día la llamada equidad legal es una utopía, ya que lo que realmente vale en derecho es la vigencia de la ley o de la costumbre si acaso, es decir, que se trate de una norma positiva; sea justa o injusta: «prefiero la injusticia al desorden» (Goethe).

En fin, se ha advertido con razón que tras la codificación europea la equidad ha sido desplazada y sustituida por la buena fe, que en los contratos asume la vestidura del principio-conducta de corrección negocial.

Queda, no obstante, una equidad judicial, muy limitada legalmente, reducida a colmar lagunas de ley, moderar en el caso el rigor absoluto de las normas, y, a veces, a atemperar las excesivas consecuencias de una sanción civil (art. 1154)"[19].

En realidad, no se trata tanto de sustitución cuanto de utilización de dos formas expresivas para una misma idea, aunque quizás de ámbitos no del todo coincidentes en su extensión pero sustancialmente idénticos en lo nuclear, según se verá más a continuación y más adelante. Y, en efecto, el antedicho precepto del Código Civil, penúltimo de los cuatro que regulan las obligaciones con cláusula penal y uno de los que quedan todavía con claro contenido procesal en dicho texto, establece que *"el Juez modificará* ***equitativamente*** *la pena cuando la obligación principal hubiera sido* ***en parte o irregularmente cumplida*** *por el deudor"*, configurándose, de este modo, como un concepto jurídico indeterminado pero de absoluta vigencia en el ordenamiento jurídico, como lo demuestra su previa consagración en el art 3.2 del

[19] Cano Martínez de Velasco. J. I., trabajo citado.

 © UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 29, 2022

mismo texto al decir que "***la equidad*** *habrá de ponderarse en la* ***aplicación de las normas****, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*."

Es decir, que la equidad tiene un menor recorrido actual, en tanto en cuanto se reduce a la aplicación de las normas y precisamente a su presencia en exclusiva en las resoluciones judiciales (el "descanso" de éstas) cuando la ley expresamente lo permita[20], de manera que, por lo general y funcionalmente, se verá precisada de alguna norma vehicular que la contenga y le posibilite su acceso a la relación de que se trate para proyectarse sobre la misma, mientras que la buena fe es un principio que, como tal, resulta exigible y aplicable en todo momento, con o sin norma concreta que la ampare y bajo cualquier circunstancia, a cuantos concurren en el proceso y, por tanto, según se viene repitiendo, también al propio órgano jurisdiccional en sus resoluciones, aunque se parta de ello y se sobreentienda en función de sus reiteradas imparcialidad y objetividad, sin que sin éstas se pueda entender su función y, en definitiva, aplicable, incluso en aquellos casos en que no existe una disposición concreta, a todos los sujetos intervinientes en aquél.

Resumen de cuanto antecede es que, en definitiva, la buena fe a partir de las notas, caracteres o cualidades que la integran y que se acaban de relacionar y examinar, se halla siempre presente en todo esfuerzo, independientemente de donde provenga, que suponga tratar de aproximar el Derecho a la Justicia.

II. EL MARCO JURÍDICO GENERAL

Definida, pues, la buena fe a partir de los fundamentales elementos conceptuales que la integran, cabe centrarla, más concreta y decididamente, en el exclusivo y general ámbito jurídico para de ahí introducirse en su especialidad laboral, concluyendo por centrarnos en el área procesal de la misma.

[20] Aunque originariamente en el Derecho español constituyó un principio general procedente de una *regula iuris* del propio Derecho Romano que lo vinculaba plenamente a la buena fe —contractual— en su formulación "la buena fe, que se exige en los contratos, requiere **suma equidad**", traducción sincopada del texto del mencionado jurista Tryphoninus libro nono Disputationum, recogido en el también citado Digesto de Justiniano 16, 3, 31, pr, en los iniciadores términos "***Bona fides*** *quae in contractibus exigitur* ***aequitatem summam*** *desiderat:.....*"

Tal y como hoy se conoce en nuestro ordenamiento, la buena fe parte de su formulación en el artículo 7 del Código Civil que, en su actual redacción, data del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil[21].

En el preámbulo de esta norma se expresa que

> "el capítulo dedicado a la eficacia general de las normas jurídicas, luego de reiterar con algunos perfeccionamientos disposiciones ya contenidas en el Código, introduce como innovaciones de sumo interés y muy justificada necesidad la sanción del fraude de la ley y la del abuso de derecho. Para obtener la descripción sintética de las situaciones representativas de uno y otro se han tenido especialmente en cuenta las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia, así como algún antecedente legislativo y de derecho comparado.
>
> En la configuración del fraude prepondera la idea de considerar el ordenamiento jurídico como un todo; por eso es reputada fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento. Por otra parte, si frente a la norma elegida aparece otra tratada de eludir, habrá de aplicarse la última. Ello quiere decir que la consecuencia correspondiente no queda circunscrita a la nulidad del acto a través del cual pretendiera lograrse un resultado fraudulento, sino que ha de comprender también la efectiva aplicación de la norma pertinente, aunque no queden excluidas ciertas consecuencias anulatorias.
>
> Desde hace tiempo se ha advertido cómo el tradicional principio de que la actuación del derecho propio no desborda la esfera de la licitud carece de validez absoluta en cuanto es posible un ejercicio conducente a la lesión de los derechos de otro y a la consiguiente ilicitud. Tal acontece cuando el ejercicio es abusivo o antisocial. Ambas hipótesis, sin perjuicio de diferencias de matices, permiten un tratamiento conjunto, porque siempre se parte del desbordamiento de los límites normales del ejercicio y del daño para tercero, si bien el hecho probador de tal situación puede proceder tanto del dato subjetivo representado por la intención del agente –que no ha de consistir, sin embargo, en un comportamiento doloso y culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil– como de otros datos de naturaleza distinta cuales son el objeto o las circunstancias concurrentes. Importa señalar cómo la consecuencia derivada de la sanción del abuso del derecho no queda reducida a la indemnización del daño. En su caso, procede adoptar también las medidas impeditivas de la persistencia en el abuso. De esta manera se obtienen las ventajas de la ejecución en forma específica y puede quedar efectivamente restablecida la normalidad.

[21] cuyo carácter básico y valor capital queda reflejado en la especial mención que hace del mismo el propio artículo 13.1 de dicho texto (CC).

> Junto a la prohibición del fraude y del abuso viene proclamado el principio del ejercicio de los derechos conforme a la BUENA FE. Existen indiscutibles concomitancias entre aquellas prohibiciones y la consagración, como módulo rector del ejercicio de los derechos, de la buena fe, no obstante las más amplias manifestaciones de ésta. Sin pretender un alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico..."

Del texto transcrito y conforme se ha subrayado en el mismo, se desprenden las siguientes conclusiones a modo de declaración de intenciones del legislador: a) que se constituye una teoría general de la buena fe incardinada entre los preceptos dedicados a la eficacia general de las normas jurídicas; b) que se le otorga un específico lugar con valor de principio o módulo rector del ejercicio de los derechos, independientemente de sus preexistentes manifestaciones más amplias; y c) que se le constituye, en fin y a la vez, en un postulado básico representativo del contenido ético-social en el sistema.

En efecto, hasta entonces, las referencias que el propio Código Civil hacía a la buena fe (a veces con diferente mención, como la "no mala fe" o "no fraude" de la rescisión contractual o la más general referencia a la idea contraria de "mala fe", como en la accesión) se registraban en el marco de las obligaciones (art 1107 y de modo innominado o sin emplear el término pero aludiendo opuestamente a conductas culpables, fraudulentas o contrarias a las buenas costumbres o a la diligencia de un buen padre de familia, 1.089, 1.096, segundo párrafo, 1.104, 1.116) y contratos fundamentalmente (art 1258, 1295, 1297, 1298, 1473, 1738, 1778), aunque con algunas incursiones en otras materias como la de la precitada accesión (arts 360, 361, 365, 375, 382 y 383), el matrimonio (arts 61, 64, 78, 79, 84, 89, 95 y 98) y la posesión (arts 433-436, 442, 451, 452, 454, 457 y 464).

A ello vino a añadirse, como se ha indicado, una regla de oro y de carácter general contenida en el antedicho art 7.1 del CC fruto de la reforma: que "*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de buena fe*". De ahí, y como consecuencia lógica, cabe inferir que si los derechos tienen que exigirse y realizarse de este modo, las obligaciones han de cumplirse de igual manera, aunque sus disposiciones generales no registren específicamente tal necesidad, pero sí, al menos, en el ámbito de la regulación de los contratos como fuente de obligaciones (art 1258).

De otra parte y en congruencia con ello, el art 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) efectúa una declaración-mandato

de respetar las reglas de la buena fe *"en todo tipo de procedimiento"*, como se concreta después al examinar la vertiente procesal de la cuestión y sus implicaciones tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) —que es norma subsidiaria en el orden jurisdiccional social, conforme a la Disposición final cuarta de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)— como en esta última.

El referido art 7 del Código Civil, fundamentalmente su n.º 1, constituye actualmente, pues, un precepto capital (o, más bien, "el" precepto)[22] en el que, según su formulación, se aúnan la constitución de la buena fe como principio informador, con la proscripción, por el contrario e igualmente expresa, del abuso del derecho y de su ejercicio antisocial (7.2), todo lo cual se dice que *"la ley no ampara"*, para añadir, acto seguido, que

> *"todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"*

Ello es perfectamente congruente con lo que previamente se dispone en el n.º 2 del artículo anterior (6) al precisar que *"la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"*, y, sobre todo, con lo que su n.º 4 previene respecto del fraude de ley, consistente, según el precepto, en la realización de actos al amparo del texto de una norma *"que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él"*, lo cual se sanciona asimismo con su anatema y con la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

De este modo se expresa una declaración de principios, por exigencia y por exclusión, sobre la que construir el sistema de relaciones materiales entre las partes, que se proyectará también, según se verá, al ámbito del proceso.

Sostenía Aristóteles que un tratado de moral no debe ser pura teoría sino, ante todo, un tratado práctico[23] y esto es precisamente lo que

[22] Como dice Conde Marín, E. en "La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo", La Ley, 1.ª edición, 2007, "se ha subrayado que por figurar en el Título Preliminar, el art 7.1 del CC tiene vocación casi constitucional y aplicación general. La buena fe, como principio general del Derecho, está llamada a consagrar los valores más elevados de la escala axiológica: justicia, equidad, seguridad y solidaridad…"

[23] Moral, a Nicómaco, Libro Segundo, Capítulo II, Espasa Calpe S.A., Colección Austral, sexta edición, 1972, pág 61 y ss.

acontece cuando un concepto moral como la buena fe se incorpora, en esa inalterable dimensión y para el fin que le es propio, al Derecho formulándose explícitamente en su normativa de aplicación, de tal manera que es susceptible de ser alegado en defensa de los derechos que se ejerciten y como salvaguarda de los mismos, constituyendo un requisito previo y a valorar del mismo modo en las conductas que conforman la relación jurídica de que se trate, sea ésta de carácter material o procesal.

Se plantea entonces y como primera cuestión, la de determinar la definición de buena fe a efectos jurídicos, es decir, qué se entiende por tal en Derecho cuando en el precepto estrella no se comienza por precisarlo, aunque haya algunos posteriores que parcialmente lo hagan, como el artículo 433 del Código Civil, que cifra la clave en la **ignorancia de la existencia de un vicio** en el título o modo de adquirir del poseedor, o el 1950 que, en positivo, la establece en la **creencia del poseedor de que le fue transmitido el dominio de quien podía hacerlo como dueño** de la cosa[24]. En ambos casos se contemplan situaciones que tienen en común una actitud lógica e impecable moralmente, aunque desde perspectivas encontradas que, en todo caso, dan una visión completa de lo que debe ser: confianza, por principio, en los demás y en el propio proceder.

A partir de ahí, la relación entre dicho principio y su opuesto (la mala fe) y otros igualmente negativos, como los precitados fraude de ley, abuso de derecho o su ejercicio antisocial, que se enumeran casi conjuntamente en la normativa marco para tratar de presentar la cara y la cruz de la eficacia general de las normas jurídicas juntamente con la propia ignorancia (salvable) de las mismas, con la exclusión voluntaria de la ley aplicable y con los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas (meritado art 6 en sus puntos 1 a 3) completan una visión de la buena fe en nuestro ordenamiento jurídico que se caracteriza más por lo que no es, a lo que ayuda la presunción de existencia de la misma (artículo 434 del CC) en tanto en cuanto es la mala fe la que debe ser probada. Se está, pues, en "modo", función o situación de buena fe desde un principio sin necesidad de acreditar que así sucede, o lo que es lo mismo, la buena fe constituye un estado

[24] También el art 510.2 de la LEC alude tácitamente a dicha creencia cuando se refiere al caso en que la sentencia que recaiga en un recurso de revisión se base, en los términos que especifica, en una resolución del TEDH que haya declarado violación de derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, sin que dicha sentencia pueda, en todo caso, "perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas".

natural del sujeto del que se parte para santificar su intervención en la relación jurídica de que se trate.

Ahora bien: dicho "estado de gracia", no se mantiene así en todo caso y bajo cualquier circunstancia sino que es susceptible de revertir, como pone de manifiesto el art 435 del Código Civil cuando dice que, por principio, existe y se continúa pero que puede perderse "desde el momento en que existan actos" que demuestren que se sabe, que se conoce o que no se ignora que se está en terreno de lo que supone una conducta indebida por activa o por pasiva. Se reitera, por tanto, que la buena fe no exige prueba de su existencia y que ésta se requiere en el caso contrario, lo que traslada la cuestión a un ámbito que si no exige ineludiblemente un proceso, es consustancial al mismo cuando hay que acudir a él.

De todo este planteamiento se infiere que la naturaleza moral del principio de buena fe, con ser lo que le da carácter y justifica su presencia en el ordenamiento jurídico, le impide también una mejor definición para concretarla inicialmente, por lo que habrá de acudirse a cada caso para detectar su ausencia, sirviendo de indicadores de la misma (su no presencia) la contrariedad u oposición de un específico comportamiento a la ley, a la propia moral o el orden público (como señalan, por ejemplo, el art 1.3 del Código Civil al enumerar las fuentes del Derecho, el art 1255, segundo de su teoría general de los contratos, o 1275, relativo a la causa de los mismos), conceptos, estos dos últimos, igualmente genéricos, el primero de los cuales (la tan repetida moral) nada añade ni aclara si se parte, como se viene reiterando, de la consideración de la buena fe como principio ético, de modo que hay buena fe si se actúa con moralidad y ésta se constata si se actúa de buena fe, en lo que constituye un giro de 360 grados que deja las cosas donde estaban, máxime si se repara que no resulta del todo exacto hablar de moral genéricamente cuando hay varias perspectivas de la misma, aunque se sobreentienda que se está hablando de la moral implantada o de común aceptación en un determinado ámbito temporal y territorial, susceptible, por tanto, de mutación en términos cuanto menos circunstanciales.

Y en este punto se anuda el concepto buena fe con el de las "buenas costumbres" al que igualmente se refiere el Código Civil en preceptos tales como el 1.116 (obligaciones condicionales) y 1.271 (objeto de los contratos) e incluso en otros ya más alejados de esta materia, como el 792 (sucesiones). Las "buenas costumbres" aluden a una moral colectiva, a un juicio de valor previo con ese carácter grupal que condiciona el comportamiento de cada uno, preestableciendo unos

parámetros a los que circunscribirse en función de la sociedad de que se trate, y no cabe duda de que, ajustándose a ello, aun cuando a un tercero o espectador ajeno pueda resultarle inadecuado, censurable e incluso execrable, tal proceder será considerado válido en dicho ámbito y en esa circunstancia (recuérdense, entre mil casos, las reflexiones de Robinson y las palabras de Viernes a aquél sobre la práctica de la antropofagia o canibalismo de las tribus de las islas de la zona en que se hallaban)[25].

Asimismo, la "diligencia de un buen padre de familia"(p.e., art. 1.094 CC), se está refiriendo a una de las notas ya relacionadas como integrantes de la buena fe.

Por último, en fin, cabe dejar constancia de un principio en sede jurisdiccional (sin perjuicio de lo que al respecto más adelante pueda exponerse) integrable también en la buena fe, cual es el de la doctrina de los **ACTOS PROPIOS[26] que se formularía en sentido negativo (de lo que no se puede hacer,** *venire contra factum proprium*) y conforme al cual, quien se expresó o actuó en un determinado sentido, no puede, en sede judicial, efectuar un planteamiento contrario o incongruente con aquél, no pudiendo reputarse bienintencionado quien se contradice y pretende negar o tergiversar su planteamiento inicial o auténtica intención, guardando ello asimismo relación con la prohibición del abuso de derecho ya que el derecho ejercido por quien actúa de tal manera ha de reputarse abusivo.

A ello ha hecho repetidamente referencia la jurisprudencia en sentencias tales como —a título de mero ejemplo— las del TC 73/1988, de 21 de abril o la de 265/2006, de 11 de septiembre, o las del TS, Sala 3.ª (donde su tratamiento ha adquirido singular relieve en relación con el comportamiento de las AAPP), de 5 de enero de 1999 (rc10679/1990) o la de 18 de Octubre de 2012 (rec.2577/2099), declarándose textualmente en la primera de éstas:

> "…En la S.T.C. de 21 de abril de 1988, n.º 73/1988, se afirma que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum propium surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento

[25] De Foe, D., "Aventuras de Robinson Crusoe", Espasa Calpe S.A., Colección Austral, segunda edición, 1970, Capítulos IX y X, págs 151 y siguientes.

[26] Con antecedentes en Ulpiano y en el Digesto y posteriormente anotada por Acursio en la glosa Factum Suum y Bartolo de Sassoferrato, que perfeccionaron el texto del Corpus Juris Civilis.

último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos. El principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de 1 de febrero de 1990 (f.ºj.º 1.º y 2.º), 13 de febrero de 1992 (f.º j.º 4.º), 17 de febrero , 5 de junio y 28 de julio de 1997 . Un día antes de la fecha de esta sentencia se ha publicado en el BOE la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Uno de los artículos modificados es el 3.º, cuyo n.º 1, párrafo 2.º, pasa a tener la siguiente redacción: «Igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima», expresándose en el Apartado II de la Exposición de Motivos de la citada Ley lo siguiente: «En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente".

Resulta en todo caso oportuno precisar que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, como indican, entre otras, las ya añejas sentencias de la Sala de lo Civil (Sala 1.ª) del TS de 16 de junio y 5 de octubre de 1984, 22 de junio, 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987 y 25 de enero y 4 de mayo de 1989, 24 de febrero de 2005 y 23 de mayo de 2006, y de la Sala de lo Social, de 23 de mayo de 1994 (rcud. 4043/92) , 24 de febrero de 2005 (rcud. 46/04), 24 de febrero de 2005 (rcud 46/04), 19 de diciembre de 2006 (rc 8/05), 2 de abril de 2007 y 18 de diciembre de 2009.

En este ámbito (procesal) "la buena fe debe presidir los actos de cuantos se hallan involucrados en el proceso para tratar de resolver el conflicto de intereses que constituye su objeto, so pena de cerrar en falso la solución que se dé al mismo"[27].

[27] Luelmo Millán, M.A., "Etica y Derecho Social: una introducción", Justicia Laboral, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 4.º trimestre 2013, año XIII.

Con todo ello, pues, cabe esbozar el concepto de buena fe como principio de principios o en su más amplia dimensión integradora de los otros conceptos mencionados y con los atributos previamente relacionados, y, en función de cuanto antecede, concluir que "la búsqueda de lo materialmente justo, más allá, por tanto, de lo jurídico formal, inspira, pues, el principio de buena fe, a cuyo tenor, los intereses personales no pueden prevalecer a toda costa y en todo caso frente al interés de los otros; la buena fe opera, así, corrigiendo los excesos del individualismo jurídico, procurando dar a cada cual lo suyo y prohibiendo el daño a tercero, esto es, abriéndose a un entendimiento social y no puramente egoísta de los derechos"[28], como se resume en la referencia al "respeto a los derechos de los demás" que nuestra Constitución proclama en su mencionado art 10.1.

En definitiva y como resumidamente expresa el TS (Sala 1.ª) en su A.C. 704/1988, de 11 de mayo de 1988[29], "la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos que el art 7.1 del Código Civil consagra, conlleva, como ya proclaman las sentencias de esta Sala de 8 de julio de 1981, 21 de mayo de 1982 y 21 de septiembre de 1987, que la conducta del que dichos derechos ejercita, se ajuste a normas éticas, contradiciéndose, entre otros supuestos dicho principio **cuando se va contra la resultancia de los actos propios**, **se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella**, en definitiva, conforme a lo que por un autorizado sector de la doctrina científica se concreta, la buena fe en sentido objetivo consiste en que **la conducta de uno con respecto al otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exija**".

No resulta, en fin, necesario, por evidente, convenir en que sobre esa moral-buena fe del tiempo y el espacio existe también, y sobre todo, una Moral, con mayúsculas, que trasciende lo contingente —y que todos los sistemas filosóficos y jurídicos aprecian como su base o fundamento último— a la que acudir siempre como presupuesto universal y que se identifica con la denominada "ley natural", que es, por su propia idiosincrasia, muy general y meramente enunciativa. A ella, no obstante, cabe remitirse en último recurso como ley no escrita

[28] Así lo recoge Montoya Melgar, A., en su discurso "La buena fe en el Derecho del Trabajo", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, pág 13, con cita de otros autores, F. de Martino y F. Schulz, y sus respectivos trabajos.

[29] Vid. O'Callaghan Muñoz, X., "Código Civil comentado y con jurisprudencia", 3.ª edición, enero 2003, pág. 34

para discernir la bondad, o no, de las acciones a falta de una norma específica de aplicación con las consecuencias que de ello se deriven, precisándose, no obstante y a modo de excepción, que en el estricto ámbito punitivo o sancionatorio, será siempre exigible, en un Estado de Derecho, el requisito, elemento o condición de la tipicidad, que supone la preexistencia y vigencia de una determinada formulación jurídica (norma o legalidad), a modo de admonición social, que estará participada, en todo caso, de una mínima exigencia ética, cuya transgresión es la que comportará el resultado subsiguiente igualmente previsto en aquélla.

III. LA BUENA FE EN EL CONTEXTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO SOCIAL

En el particular ámbito jurídicosocial, el concepto la buena fe ocupa igualmente un lugar privilegiado e indispensable, en tanto en cuanto se parte, sustancialmente, del origen civil y contractual de esta área, concebida desde la normativa general acerca del arrendamiento de servicios también contenida en el Código Civil (arts 1542 y 1544, con desarrollo específico en los arts 1583-1600), pero tan magra regulación requirió enseguida y a medida que evolucionaba y progresaba la sociedad misma, no sólo un tratamiento independiente sino que exigió constituir una nueva rama del ordenamiento jurídico, dada su cada vez mayor extensión y complejidad, de la que, a su vez, con el tiempo, han brotado nuevas derivaciones, cada vez más robustas, reclamando probablemente, un lugar propio de futuro más próximo que tardío.

Y así y en un somero tratamiento del Derecho material al respecto, y tras la mención explícita de la buena fe, en unión de la diligencia, como modo de cumplir las obligaciones concretas del puesto de trabajo entre las obligaciones del trabajador relacionadas en el artículo 5 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuyo vigente Texto Refundido data del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, se aborda ya de manera más integral y armónica dicha exigencia en el art 20.2 del texto en cuestión, al tratar de la dirección y control de la actividad laboral, señalando que "*en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe*", todo lo cual se suma a las antedichas previsiones de la teoría general de las obligaciones y contratos insertas en el Código Civil, que se aplica, en fin, con carácter supletorio conforme a lo que dice su art 4.3.

Hay, pues, en principio, una contrapartida a los derechos del trabajador que se declaran previamente (art 4 del ET), en el cumplimiento de sus obligaciones como tal, que además, habrá de desarrollar con "diligencia", lo que trayendo ahora a colación lo ya dicho sobre el particular, cabría entender posiblemente que constituye, en cierto modo, un término redundante en este precepto si se tiene en cuenta que, ya de por sí, la buena fe, rectamente entendida, la exige y contempla, porque su ausencia comportará, ineludiblemente, mora o retraso, que, por naturaleza, es intencional o es culposa/o, pues de otro modo no lo es, ya que se ha excluir el retraso justificado en la fuerza mayor o circunstancia ajena al sujeto, algo imprevisible por éste o que, incluso previsto, no podía ser evitado.

En el art 20.2, la perspectiva, como se ha apuntado, es más completa, aunque, en principio, desde la orientación unidireccional de la obligación de trabajar correspondiente al trabajador y por la que éste debe al empresario *"la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales*, *los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres"*. En todo caso, queda claro de que la buena fe es exigible a las dos partes de la relación laboral y que su ausencia ha de traer consecuencias, aunque, evidentemente, no bastará con alegarla[30].

Ello sentado y acto seguido, la norma toma diferente derrotero para ampliar su cauce a otra obligación pero ya de contenido ambivalente, al establecer "*en cualquier caso"* y como se ha dicho, la sumisión de las dos partes a la buena fe en el cumplimiento de sus recíprocas prestaciones, lo que habrá de ser igualmente, se sobreentiende, de diligente ejecución. En consecuencia, se trata de un requisito o exigencia comprensiva de las dos partes de la relación laboral que sirve de base al flujo bidireccional de derechos y obligaciones, previéndose en la normativa, no obstante, su posible transgresión con consecuencias puntuales y en todo caso graves, como, por ejemplo, la de ser causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo a solicitud del trabaja-

[30] Y así, no se considera vulnerada la buena fe a que está obligado/a el trabajador/a, en un caso como el que contempla la STS (Sala 1.ª) de 15 de julio de 2019 (rc 3645/2016), que declara la responsabilidad civil de un administrador societario ante deudas laborales, concluyendo tal resolución en su quinto fundamento de derecho, 4, que no cabe entender que las demandantes actuaron de mala fe porque conocían la situación de insolvencia o crisis de la empresa y pese a ello permanecieron en la misma generando las obligaciones sociales que reclaman, como expresamente se razona antes en su cuarto fundamento de derecho, añadiendo que "las exigencias de la buena fe no compelen a renunciar a su puesto de trabajo con pérdida de sus derechos laborales".

dor cuando el incumplimiento de tal clase es debido a la conducta del empresario (art 50.1 ET, singularmente apartados a) y c), pudiendo obedecer el supuesto del apartado b) a una situación no voluntaria de su parte, aunque de iguales consecuencias) o de despido disciplinario (art 54.1.d) del ET) cuando es imputable al trabajador.

Se ha, pues, de cumplir con lo pactado —aun reconociendo al empresario el plus de su poder de dirección y de su *ius variandi* en los términos que la ley, latamente considerada, permita y, en su caso, la jurisprudencia concrete— y de hacerlo con diligencia o pronta y eficazmente, pues lo contrario revierte en perjuicio injustificado del otro y es susceptible, por ello, de hacer posible la exigencia de la oportuna responsabilidad. Y ese *"pacta sunt servanda"* extiende su eficacia incluso antes de que el contrato se suscriba y después de que pierda su vigencia, porque también los actos preparatorios (oferta de personal) y las negociaciones previas al mismo (proceso selectivo) e igualmente algunas consecuencias posteriores a su extinción (como el pacto de no concurrencia del art 21 del ET) exigen asimismo la presencia de buena fe, constituyéndose ésta a modo de una envoltura de la completa relación laboral. De otro lado, hay referencias negativas a la buena fe al aludir a comportamientos contrarios a la misma, como el fraude de ley a que hace mención el art 15.3 ET al tornar en indefinidos los contratos temporales celebrados en dicho fraude, o la expresión "utilización abusiva" de contratos de trabajo de duración determinada en los términos del n.º 5 de ese mismo precepto.

Por otra parte y en la actualidad, la buena fe, como se ha dicho, es cosa de ambas partes y no una mera obligación o deber del trabajador y ello por cuanto el empresario es deudor de la misma cada vez en mayor grado, en tanto en cuanto las relaciones de trabajo, inexorable, decidida e imperativamente se humanizan y particularizan y queda atrás, de una vez por todas, la simplicidad del binomio capital-trabajo para entrar en una más compleja esfera donde lo que se tiene muy en cuenta, y comienza a primar, es la conciliación de este último con el área personal del asalariado y la concepción de la empresa tiende a abarcar un ámbito más amplio que el primitivo, en un mundo ya plenamente globalizado donde los derechos humanos y el concepto democrático y participativo del ente empresarial propio de la sociedad occidental propende a generalizarse, a pesar de cuantos fenómenos todavía persisten (y con virulencia en muchos casos) frente a dicho modelo.

Prueba de ello es, entre otras manifestaciones, la razonabilidad y la proporcionalidad exigidas en el supuesto del art 34.8 del ET en

relación con las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, y más concretamente, la explícita alusión a la buena fe como premisa tanto en las consultas entre empresa y representación legal de trabajadores para los acuerdos o decisiones en diversas materias, como en el capital tema de la negociación colectiva de los artículos 41.4 (modificación sustancial de las condiciones colectivas de trabajo precedida de unas negociaciones de buena fe entre la empresa y la representación legal de los trabajadores), 47.1 del mismo texto (suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor y sus negociaciones en los mismos términos que la anterior), 50.1.a), que, como consecuencia y *a sensu contrario* considera como causa de extinción del contrato de trabajo solicitada por el trabajador las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar el antedicho art 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador, así como el incumplimiento grave de las obligaciones del empresario que no obedezca a fuerza mayor, art 51 referente al despido colectivo, en cuyo n.º 2 se vuelve a aludir al período de consultas con negociación de buena fe[31], y el art 89.2 del ET relativo a la propia negociación colectiva, que se sitúa asimismo en iguales términos (*"ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe"*).

Y es en un punto como éste (manifestación, en definitiva, de la idea del pacto o acuerdo en general y del pacto social en que se funda toda sociedad democrática a partir de Rousseau[32]) donde se puede fácil-

[31] Sobre la buena fe procesal en relación con la negociación de buena fe, puede verse la STS (Sala 4.ª) de 18 de septiembre de 2018 (rc 69/2017), que se plantea en qué circunstancias puede considerarse que la representación de los trabajadores infringe el deber de buena fe por no invocar la existencia de una situación de grupo laboral de empresas durante el periodo de consultas, concluyendo que no se infringe la exigencia de negociar de buena fe, por esa representación legal por plantear la existencia de grupo de empresas en la demanda cuando no se hizo expresamente en dicho período. Asimismo sobre la buena fe negociadora como requisito cumplido que es constatado por el órgano jurisdiccional en el litigio de despido colectivo entablado posteriormente, la STS (Sala 4.ª, Pleno) de 12 de diciembre de 2018 (rc 122/2018). Igualmente, en fin, la de 9 de enero de 2019 (rc108/2018) relativa también a un despido colectivo por terminación de contrata, en el que, sostiene la Sala, no se vulnera la buena fe en la negociación por presunta ocultación del empresario real y postura inamovible de la empresa, citando, a su vez, dicha resolución, que niega las aseveraciones al respecto de la parte recurrente, las SSTS (4.ª) de 27 de mayo de 2013 (rc. 78/2012) y 21 de mayo de 2014 (rc 249/2013), así como las de 15 abril 2014, (rec. 136/2013) y 23 septiembre 2014 (rec. 52/2014).

[32] Su capital obra "El contrato social", sienta las bases de ello al considerarlo ya en su propio título (*"El contrato social o principios de derecho político"*), una máxima partiendo de la tesis de que todos los seres humanos nacen libres e iguales por naturaleza, si bien deben someterse a la colectividad en donde cada uno cede parte de

mente percibir una conexión entre la buena fe y el principio de igualdad que preside desde, al menos, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del Norte en 1776[33] y, sobre todo, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789[34], la filosofía y el sistema jurídico moderno, constituyendo un pilar de las políticas actuales con un sentido cada vez más extenso e intenso que trasciende el encuadre de su primitiva definición y se amplía a áreas en principio menos previsibles, como la del trabajo, donde, aunque con sus limitaciones y su relativa operatividad entre las partes de la relación laboral, contribuye a acercarlas haciendo a dicha relación más colaborativa y participativa, sin perjuicio, en todo caso, y como ya se ha expresado, del respeto, entre otros extremos, del ya mencionado poder de dirección empresarial, pero, en todo caso, aproximando decididamente la posición del trabajador/a —a través de su representantes y de los agentes sociales— y la del empresario o empresa, de manera que aun cuando todavía pueda considerarse a aquél/lla como la parte más débil, ello, no obstante, ha de reconocerse hoy en términos mucho menos dramáticos que en tiempos pasados y no muy lejanos.

Muestra de ello es, por ejemplo, la previsión del art 4.1.g) del ET, entre los derechos básicos de los trabajadores/as que en dicho precepto se relacionan, de la "*información, consulta y participación en la empresa*", concretando al respecto el art 61 del mismo texto que

---

su independencia y la supedita a la dirección suprema de una voluntad general más justa, idea que constituye el soporte de las actuales sociedades democráticas para su constitución y que de hecho se extrapola, de alguna manera y en función de las características propias de cada área, a diferentes ámbitos. Se tiene en cuenta para ello la buena fe, que preside cualquier forma de contrato o pacto y que en esta filosofía está ya en la idea matriz de su autor de que el ser humano es bueno por naturaleza pero como no es posible volver al pasado natural, Rousseau propone el contrato social entre el individuo y la sociedad, con el fin de armonizar la convivencia humana y la única posibilidad de regeneración moral. Vid, p.e., al respecto, "Rousseau. El Contrato Social. Emilio", El País. Grandes Obras del Pensamiento. 2010.

En sentido contrario acerca de la precitada naturaleza del ser humano, entre otros, Séneca, Maquiavelo, Mateo Alemán, Schopenhauer y, sobre todo, Hobbes, para quien, como es sabido, "homo homini lupus" (Leviatán), aunque según entiende en su "Tratado sobre el Ciudadano", El País, Grandes Obras del Pensamiento, 2010, pág. 122, la segunda de las leyes naturales derivadas es que hay que cumplir los pactos o que hay que mantener la fe dada "con todos sin excepción" (buena fe), por lo que a partir de ahí, se podría también sostener el pacto social al que se refiere el ginebrino.

[33] "We hold these truths to be self-evident, that all men are created **EQUAL**, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness".

[34] Art 1.º : **"**Los hombres nacen y permanecen libres e **IGUALES** en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común".

"los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este título" (el de los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa).

Y en la esfera ya práctica y más acentuadamente si cabe, es posible registrar en tal sentido todas las políticas empresariales de gobernanza y de responsabilidad social[35] que actualmente y de futuro, sobre la base última de la buena fe empresarial como concepto que la sustenta y generalmente utilizando como instrumento *ad hoc* el convenio colectivo, se dirigen a un marco laboral más igualitario y social, apostando por el empleo estable y de calidad y la conciliación de la vida familiar y laboral, así como el respeto a la diversidad y lucha contra la discriminación en cualquiera de sus modalidades, sin que —es oportuno consignarlo— al referenciar todo ello se pretenda presentar un idílico panorama que tenga tanto de eso como de irreal o utópico sino de presentar el único contexto posible para el buen gobierno y desarrollo de la entidad, enfrentada a una competencia cada vez más intensa y especializada que requiere el esfuerzo voluntario y plenamente consciente de que realizarlo sostenidamente y desarrollar tales políticas en el contexto, en fin, de una producción sostenible, constituyen la única manera de supervivencia comercial, además de un vehículo resueltamente idóneo para la realización profesional y personal.

De otro modo es la propia sociedad —y más directamente la propia clientela— la que reprobará un proceder distinto y retirará su confianza a la empresa y sus productos en lo que supondría un daño directo a la línea de flotación de la misma, pues no sin razón sostenía ya uno de los siete sabios de Grecia, Cleóbulo de Lindos, siglos antes de nuestra era, que, para él, la ciudad ideal era aquélla en la que se temía más al reproche social que a las leyes[36]. Y ello porque, en definitiva, el primero es el que, en versión negativa, hace a las segundas y, en todo caso y aunque no existiera tal plasmación, supondría un sentimiento colectivo del que hacerse eco so pena de exclusión o, al menos, minus-

[35] Sobre el particular puede verse, entre otros muchos trabajos, Luelmo Millán, M.A., "La responsabilidad social corporativa en el ámbito del Derecho Laboral. Un instrumento económico-jurídico para un humanismo del siglo XXI", Netbiblo , 2012, págs 22-24.

[36] Acerca de este filósofo puede consultarse, Laercio, Diógenes, "Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres", Libro I, Editorial Maxtor, 2008 (repr. facsimil de misma obra Editorial Librería Perlado, Páez y Cía, 1914); Engels, J., "Los Siete Sabios de Grecia. Vidas, Enseñanzas y Leyendas". Edit. Crítica, 2012 y García Gual, C. "los siete sabios (y tres más)", Alianza Editorial S.A. 1989 y Alianza, ediciones del Prado (Biblioteca Temática Alianza), abril, 1995.

valoración social. En sentido opuesto (positivo) han surgido modernamente y de forma más organizada, los estándares y los etiquetados (*labellings*), sociales, sindicales y más o menos "oficiales", que hacen pública la constatación de que una empresa actúa responsablemente (es decir, de buena fe puesto que este concepto se halla en la base misma de tal responsabilidad social corporativa u organizativa) y conforme a un código de conducta o de buenas prácticas que se cumple efectivamente y que no constituye una mera puesta en escena de cara a las Administraciones y, en definitiva, al consumidor[37].

A título de ejemplo, pues, podría decirse que un empresario que obra de buena fe no incurre en abuso de derecho ni en fraude normativo atendiendo su política al interés de la empresa más que al suyo propio[38], y que un trabajador/a hace lo mismo cuando cumple su prestación y se abstiene de comportamientos tales como el absentismo laboral o de otros que, de cualquier otro modo, supongan una reducción consciente de su rendimiento cuando sólo se le exige el que es conforme a la normativa en vigor y se le retribuye fielmente, o la concurrencia o competencia desleal, su participación voluntaria en huelgas ilegales, etc.

IV. LA BUENA FE DENTRO DEL PROCESO SOCIAL Y SUS OPUESTAS MANIFESTACIONES: LA ESTAFA PROCESAL

En el concreto ámbito procesal, se ha de partir del referido art 11.1 de la LOPJ que lo instaura *"en todo tipo de procedimiento"*, con una mención específica al capital momento probatorio, respecto del cual igualmente establece de antemano la ineficacia de *"las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*", precisando más adelante en su art 186 y como garantía de la transparencia del proceso, que la práctica de dichas

[37] Luelmo Millán, M. A., "La responsabilidad social corporativa…..", obra ya citada, págs 192 y ss.

[38] De modo muy semejante ha habido ya ocasión de expresarlo al decir que "se trata de tener en cuenta los intereses objetivos de la empresa en lugar de los subjetivos del empresario, lo que supone la necesidad de motivar las actuaciones directivas, es decir, justificarlas previamente, sobre todo cuando son susceptibles de restringir derechos, o de crear siquiera sea una apariencia de disparidad injustificada de tratamiento con lo que ello comportaría de agravio comparativo, por lo que en todo aquello que constituye el *ius variandi*, resulta capital cubrir esa necesidad, pero no sólo ahí, sino también, y sobre todo, en el ámbito del poder disciplinario, donde la equidad debe regir por encima de cualquier otra consideración….", Luelmo Millán, M. A., "Etica y Derecho Social…….", obra ya citada, pág 92.

pruebas tendrá lugar en "*audiencia pública*", lo que es trasunto concreto de la disposición respecto del procedimiento en general del art 120 de la Constitución Española (CE).

En su número 2, ese mismo precepto alude, para que los órganos jurisdicciones los rechacen "*fundadamente*", a las "*peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*", en lo que constituye una versión rituaria del mismo n.º 2 del reiterado art 7 del Código Civil, hallándose en el origen de ello la proscripción de las dilaciones indebidas del art 24.2 de la CE.

De ambos textos, pues, se infiere que se contraponen manifiestamente los conceptos de buena fe, por un lado, y de fraude de ley y abuso de derecho por otro, de manera que estos dos últimos constituyen la antítesis legal de aquélla, sin perjuicio de lo que, por propia definición, acontece también con la expresión "mala fe", que se plasma en otros preceptos, e incluso, por extensión, con la "temeridad", que, en cuanto rayana con el dolo o la intencionalidad, cierran el catálogo negativo de las posibles conductas procesales.

La LEC es, lógicamente, más explícita al respecto en su art 247, donde sobre reiterar lo ya dicho en el repetido precepto de la LOPJ, añade que si los Tribunales apreciaren conculcación de las reglas de la buena fe por alguna de las partes, podrán sancionarla con una multa proporcional a su desafuero y teniendo en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate y los perjuicios causados con ello, e incluso singularizando el caso de los profesionales intervinientes en el proceso, se añade la previsión cautelar en forma de facultad jurisdiccional, de dar traslado de tales circunstancias a los colegios profesionales respectivos por si procediera que éstos impusieren, además, una sanción disciplinaria en el ámbito de sus competencias.

La común referencia de ambos textos a los antedichos incidentes (dentro de cuyo concepto pueden incardinarse igualmente las excepciones) y peticiones constituye una clara alusión a los recursos utilizados para la dilación interesada de un determinado procedimiento por aquella parte a la que no le interesa su resolución (al menos de momento) en la creencia o convicción de que es probable que resulte perjudicada por ello. Ya se sabe que el popular aforismo jurídico que sostiene que "justicia demorada, justicia denegada", se suele achacar a los órganos jurisdiccionales por su, a veces, denunciada desidia, o por su lentitud, justificada tanto por la acumulación de asuntos pendientes ante el órgano de que se trate como por la endémica falta de recursos, etc, pero no cabe olvidar que en casi todas las normas

procesales se da pie a una prolongación de trámites (y por tanto del proceso mismo) no del todo necesarios y presididos por la idea, en ocasiones un tanto extremada, de que no haya obstáculos, ni siquiera reservas, a los derechos fundamentales de cada parte.

Lo cierto es que las más de esas veces se está en presencia de actitudes contrarias a la buena, o más explícitamente, de auténtica mala fe, que en su esencia, constituye, cuanto menos, un ilícito civil, que en casos límite puede incluso entrañar en sentido lato una verdadera estafa procesal, de la que es una manifestación la conducta tipificada en el art 250.1.7.º del Código Penal (CP), que señala que el delito de estafa previsto en el art 248 del mismo texto tiene lugar especialmente, entre otros supuestos, en el caso de

> "estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero".

Se trata de un tipo agravado en el que, en su modalidad genuina o propia, se da la peculiaridad de que no coincide el sujeto pasivo de la acción punible (el órgano jurisdiccional, que es quien por el error inducido emite la resolución improcedente) con quien finalmente ha de sufrir el perjuicio, que es el particular afectado, diferenciación de sujetos ínsita ya en en el n.º 1 del segundo de los preceptos referidos (248) al aludir al *"perjuicio propio o ajeno"*, justificándose la agravación de la conducta en el hecho de que se da un doble resultado nocivo, en tanto que se utiliza a la Administración de Justicia como instrumento de ilícitas finalidades defraudatorias del patrimonio particular, como señalan, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 8 de mayo de 2003 (rc 3807/2001) y 11.05.2012 (rc. 1379/2011).

En la primera, refiriéndose a esa clase de estafa procesal, se declara que

> "se justifica en cuanto con tales conductas se perjudica, no sólo el patrimonio privado ajeno sino también el funcionamiento de la Administración de justicia, al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, que debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del Juzgador y las garantías del procedimiento. Como recuerda la sentencia 530/1997, de 22 de abril, esta modalidad fraudulenta normalmente se produce cuando una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de

> la otra parte, "La peculiaridad de esta estafa radica en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado, no coincidiendo la persona del engañado, que por el error inducido realiza el acto de disposición (el juez) con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado), dualidad personal que aparece expresamente prevista en el propio texto del artículo 248.1 del Código Penal cuando nos habla de "perjuicio propio o ajeno" (S. 4 marzo de 1997).
>
> La queja no puede prosperar. El delito se consuma cuando con la maniobra procesal mendaz se obtiene del órgano judicial una determinada resolución que hubiera sido distinta de no mediar aquélla, sin que sea preciso para que el delito se consume la firmeza en la resolución civil pues el engaño y el perjuicio ya se han producido y por otra parte, como alega el Ministerio Fiscal, sería crear una condición de procedibilidad inexistente…"

En la segunda, textualmente se razona al respecto:

> "como dice la STS 1455/2003, de 8 de noviembre , «el delito de estafa procesal se compone de una serie de elementos que, debidamente fraccionados o aislados, constituirían, por sí solos, diversas modalidades delictivas en cuanto que lesionan diferentes bienes jurídicos. Su dinámica exige la puesta en marcha de una trama, que necesita un complejo desarrollo y que comienza presentando, ante un órgano jurisdiccional, una petición falsa con el objeto de inducirle a que satisfaga sus pretensiones, lo que, correlativamente, podrá causar un perjuicio a la persona contra la que se dirige el proceso, cuya escenificación se consigue con premisas desleales y torticeras».
>
> En la estafa procesal, el engaño presenta unas especiales características. El órgano jurisdiccional juega un papel de espectador o persona interpuesta que, en principio, ignora el propósito del actor. Por otro lado, la parte afectada intentará demostrar, de igual manera, que lo pretendido no sólo es indebido, sino que se trata de una petición basada en hechos y datos falsos. Sin entrar en su adecuado encaje sistemático en el contexto de los tipos penales y de los bienes jurídicos protegidos, lo cierto es que nuestro legislador, contempla esta figura entre las modalidades de estafa…"

Y como señalaba ya anteriormente la sentencia de 12 de julio de 2004 (de la Sala 2.ª del TS), también hay estafa procesal (impropia, de creación jurisprudencial) cuando la víctima resulta la parte contraria si "*se le induce a que erróneamente se allane, desista, renuncie, etc, mediante maniobras torticeras*".

Por su parte, en fin, la más reciente de dicha Sala 2.ª de 12 de diciembre de 2018 (rc 3064/2017), resume la jurisprudencia hasta en-

tonces aludiendo también a ambas clases de estafa procesal y señalando, entre otros extremos, que

> "…la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el subtipo agravado de la llamada estafa procesal implica la utilización de un procedimiento judicial para obtener un beneficio ilícito mediante una maniobra torticera, siendo el beneficio el reconocimiento judicial de un derecho que no se tiene, y en la que existen dos clases: la estafa procesal propia donde el sujeto pasivo es el Juez, porque es éste quien sufre el error provocado por el sujeto, siendo el perjudicado el titular del patrimonio afectado, y la impropia donde el sujeto pasivo es la parte contraria cuando se le induce a que erróneamente se allane, desista, renuncie etc, mediante maniobras torticeras (Sa 12 de julio de 2004). En todo caso la estafa procesal constituye un subtipo agravado de la estafa común, y esto presupone la concurrencia de los requisitos configuradores del delito básico (Sa 21 de julio de 2004), del que comparte todos y cada uno de sus elementos, es decir la existencia de un engaño bastante, que dicho engaño haya creado un error causante del acto de disposición, y el ánimo de lucro (Sa de 5 de diciembre de 2005).
>
> El engaño ha de ser en todo caso idóneo, lo que implica en la estafa procesal propia que tenga la entidad suficiente como para superar la profesionalidad del Juez y las garantías del procedimiento (Sa 5 de diciembre de 2005). En efecto es opinión aceptada en la doctrina que el Juez puede ser sujeto de engaño en cuanto resuelve en función de la información suministrada por las partes, y no de un eventual conocimiento extraprocesal, de modo que la inexactitud de la realidad puesta de manifiesto al Juez en el proceso puede llevarle a la equivocación en la decisión. Pero de acuerdo con la mejor doctrina son necesarias dos precisiones al respecto: a) que la cualificación profesional del Juez eleva el parámetro para valorar la idoneidad del engaño, por lo cual la estafa procesal en la mayoría de los casos será la consecuencia de un comportamiento del sujeto que se presente con la entidad suficiente como para contrarrestar la función de control que compete al Juez. La cuestión de si un engaño en esos términos es o no es bastante requiere una valoración en cada caso; b)que si es el Juez quien se equivoca en la interpretación del derecho, el error solo será imputable a su propia acción interpretativa porque, como es sabido, el art. 1.7 del Código Civil establece el principio iura novit curia, conforme al cual compete al Juez averiguar el derecho aplicable, al margen de cual haya sido el comportamiento de las partes y las interpretaciones torticeras del derecho que pretendan frente al Juez. (STS 25/03/2011, de 25 de marzo)…"

Y todo esto nos lleva, por otra parte, a tratar de discernir lo que, en principio, podría parecer una cuestión de todo punto incoherente e incluso absurda, como es la de si ha de exigirse asimismo buena fe, latamente entendida, en el legislador y en el propio órgano jurisdiccional para que este principio se halle realmente en el ordenamiento

jurídico y sea exigible, por tanto, a las partes e incluso a terceros intervinientes en el mismo.

En ambos casos podríamos hablar de buena fe "institucional", tratándose, fundamentalmente, y más allá de lo que a continuación se expone respecto de cada una, de constituir un paradigma y crear o mantener y en todo caso alentar e incentivar el comportamiento de los sujetos en cada relación jurídica, considerada ésta, en términos ya modélicos, como "situación en que se encuentra una o varias personas organizada y caracterizada unitariamente conforme a un principio normativo", o lo que es lo mismo en formulación más añeja y barroca, una "situación jurídica en que se encuentran respectivamente unas personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico"[39].

Respecto a lo primero (la buena fe del legislador) y si en mayor o menor medida se parte o simplemente se tiene en cuenta una concepción —quizás hoy un tanto desfasada y comprometida por su claro componente ético— de la ley en la clásica definición conforme a la cual ésta se halla encaminada al logro del bien común[40], no resultaría ni siquiera debatible que puedan existir normas que, por principio, no se inspiren en la buena fe, pero desde perspectivas más amplias y decididamente técnicas, no es tan clara la solución si se entiende que la ley no es más que una norma o regla jurídica emanada de la voluntad mayoritaria, aunque, en todo caso, inspirada, más o menos, en la idea más común de justicia, de manera que en este último término y concepto tendrían cabida, a su vez, distintos y hasta encontrados significados en función de la inspiración política del legislador o de la coyuntura en que nace la norma, por lo que habrá siempre que tener una referencia en abstracto que aproxime en todo lo posible Derecho y Justicia, cabiendo en todo caso, tener en cuenta que la buena fe de la que se estaría tratando (buena fe impropia o *sui generis*) sería no tanto la que usualmente se entiende por tal cuanto la que posee un especial componente de diligencia y prudencia como dos de los elementos que en toda ocasión la integran pero que aquí habrían de evidenciarse más claramente si cabe, de modo que la ausencia de buena fe no sería ya mala fe, ni siquiera temeridad, sino, simplemente, el ejercicio la actividad legiferante de un modo sin todo el cuidado exi-

[39] De Castro y Bravo, F., "Derecho Civil de España", Parte General, Tomo I Libro Preliminar, Introducción al Derecho Civil, 3.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, 1955 , pág 621

[40] Definición de Tomás de Aquino según la cual, la ley constituye la ordenación de la razón encaminada al bien común y promulgada por aquél que tiene a su cargo la comunidad.

gible o con un desconocimiento del diverso alcance de la norma aprobada, consecuencia de lo cual pudiera ser que, ocasionando un daño su aplicación, fuese declarada inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea, como establece la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en su artículo 32 regulador del principio de responsabilidad del Estado legislador, lo que, en principio, no debe escapar al poder legislativo, aunque, en definitiva, cuantos trámites, informes o dictámenes hayan de efectuarse al correspondiente proyecto pueden verse superados por la política pactada al respecto conjugando intereses de muy diferente signo.

Y así, en la ley promulgada en la correcta orientación institucional (norma emitida con observancia de los principios constitucionales y comunitarios) serán más visibles claros rasgos de esa buena fe (la diligencia y prudencia antedichas) de algunos de sus diferentes preceptos legales, cuando exigen, en el ámbito procesal, determinados comportamientos a sus partícipes o cuando facultan y dejan al órgano jurisdiccional una actuación más libre y menos regulada para que pueda aquilatar lo mejor para la resolución del caso y las más ajustadas consecuencias en función de las condiciones y circunstancias en presencia que la norma no haya podido contemplar en su previsión general.

En definitiva, esa impropia o *sui generis* buena fe legislativa (que puede ser negada doctrinalmente) hay que darla por existente siempre y en todo momento, si bien con la precisión de que un defecto de contenido en sus precitados elementos integrantes de diligencia y prudencia en tal comportamiento puede traducirse en la exigencia de la correspondiente responsabilidad estatal, caso de haberse originado un perjuicio constatable y en los términos que la propia legislación establece, mientras que, por el contrario, habrá preceptos concretos que evidencien en su propia formulación un presencia inequívoca de la mejor intención normativa, como cuando se otorga una segunda oportunidad o se establecen las bases para aquilatar una mejor solución al caso concreto.

Otro tanto acontece, como se anticipaba, cuando teóricamente se pudiera plantear si ha de exigirse asimismo buena fe en el propio órgano jurisdiccional, lo que, por la propia naturaleza y cometido de éste, ha de entenderse también como indiscutible e incluso axiomático, porque la tiene desde el momento en que son su objetividad e imparcialidad y su sumisión únicamente al imperio de la ley (art 117.1 CE y 1 LOPJ) las notas o condiciones sobre las que se sustenta su propia actuación, de manera que dejando de un lado las excepcionales si-

tuaciones de prevaricación consciente, la buena fe del Juez o Tribunal no sólo se presume sino que debe reconocerse y partirse de ella sobre la base de la diligencia y prudencia de los jueces, sin que esta última quepa confundirla con la inocencia o ingenuidad.

Sin embargo, no ya la presencia de pura y dura mala fe sino la simple ausencia de buena fe como situación distinta debidamente constatada, puede llevar a esa conclusión, que se manifestaría, fundamentalmente, en la inoperancia, en la falta de una actitud vigilante respecto de maniobras extrañas o pocos transparentes para aclararlas o excluirlas e incluso sancionarlas, o, en definitiva, en la carencia de las correspondientes decisiones dirigidas a conducir el proceso o a resolverlo —todo lo cual constituye lo contrario de la diligencia que, como se ha dicho, constituye una de las notas de la buena fe— aunque siempre haya de tenerse presente que no sería incardinable entre las primeras (inactividad o falta de iniciativa), la necesidad, según los casos, del respeto debido a principios tales como el dispositivo por el que, sobre todo en el ámbito civil, el órgano jurisdiccional no puede asumir la tarea que le incumbe a alguna de las partes del mismo.

Se trataría, en definitiva, de la pérdida de la confianza depositada por la parte en el órgano jurisdiccional como consecuencia de la actitud de éste, no del todo acorde con lo que objetivamente se espera del mismo, fundamentalmente diligencia, autoridad, objetividad e imparcialidad. El órgano jurisdiccional, por encima de todo, ha de generar confianza en el justiciable y si éste tiene motivos objetivos para verla defraudada, aquél habrá fracasado en la misión que tiene encomendada, sea cual fuere el signo de lo finalmente resuelto, incluso si resulta ser lo correcto.

Por otra parte, en fin, la buena fe de esta clase (igualmente impropia o *sui generis*) se pone de manifiesto en la especial sensibilidad del órgano jurisdiccional para dirigir y resolver el caso enjuiciado si son singulares las circunstancias en presencia y debieran reflejarse del algún modo en la normativa que, por su generalidad, no lo prevé aunque tampoco lo impida, o haciendo uso, en la medida correcta, de las facultades que la propia norma le otorgue cuya inactivación, aunque no quepa su reproche jurisdiccional por tratarse precisamente del libre arbitrio de dicho órgano, pondría de manifiesto un proceder que no cabría calificar de óptimo, defraudando las mejores expectativas de una justicia de calidad.

Congruentemente con todo ello, es igualmente exigible una responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento (anormal) de la Administración de Justicia como declara el n.º 7 de ese art

32 de la LRJSP y en las condiciones y los términos que se recogen en el Título V del Libro III de la LOPJ (arts 292-296) sin perjuicio de las responsabilidades de otra índole que se establecen también en esa ley para abogados, jueces y magistrados, procuradores, letrados de la Administración de Justicia y del personal al servicio de ésta.

De manera, pues, que la ausencia de cualquiera de esos factores y singularmente las dilaciones injustificadas o la omisión de la diligencia exigible y, en fin, la concurrencia de cualquier factor de predisposición negativa —aun subconsciente— en quien/es está/n llamado/s a dirigir y dirimir, no son compatibles con la buena fe en su sentido más amplio, que es un concepto global y dinámico, llevando la constatación de dichas actitudes a la exigencia, cuanto menos, de la responsabilidad disciplinaria correspondiente.

De ahí, por otra parte, que el referido art 11 de la LOPJ en su n.º 2 exija de los jueces y tribunales que rechacen, como se dijo, peticiones, incidentes o excepciones que impliquen manifiesto abuso de derecho o fraude, en lo que supone un control jurisdiccional cuya versión positiva puede verse en la promoción de los actos o propuestas conducentes a la recta y cumplida administración de la justicia.

Cabe, en fin, hacer una mínima referencia a lo que ya se deduce de cuanto se ha expuesto hasta ahora y es que asimismo es exigible la buena fe a los terceros que intervengan en el proceso en defensa de sus propios intereses o por haber sido llamados al mismo a colaborar, de alguna manera, en su desarrollo o en ejecución de lo resuelto[41] y así se desprende de aquellos preceptos que aluden explícitamente a los mismos o emplean la expresión "todos" o "todas las personas", como acontece, entre otros, con el art 17.1 de la LOPJ, de modo que, en este sentido y por lo que a la buena fe se refiere, es exigible a los mismos como si de una de las partes se tratase.

V. GENERALIDADES Y ACTOS PREVIOS Y PREPARATORIOS DEL PROCESO EN EL DERECHO SOCIAL

En el concreto marco del proceso laboral no hay una previa declaración, reconocimiento o formulación de la buena fe como principio inspirador del mismo, quizás porque no es un principio técnico sino

[41] Es el caso, por ejemplo, del registrador de la propiedad en el supuesto del art 255.2 LRJS, relativo al embargo de bienes inmuebles y su obligación de comunicar a la oficina judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado.

ético o moral, pero cabe extrapolar, *servata distantia*, la idea inserta en el contenido del precitado art 20.2 del ET, referente al sometimiento a la buena fe de trabajador y empresario (y por extensión de cuantos puedan ser parte en un proceso de esta clase) en sus prestaciones recíprocas (laborales), sin perjuicio de lo que después aparece como norma fundamental en este punto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), cuyo art 75 configura el marco de los deberes procesales de las partes.

Ya antes de ese precepto, la referencia a la buena fe en dicho texto puede verse plasmada, directa o indirectamente, incluso sutilmente, en manifestaciones expresas o tácitas, como, entre estas últimas, la que al aludir a la intervención y llamada a juicio del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) aparece en el artículo 23.2 de dicha norma cuando se dispone que se le dará traslado de la demanda "*a fin de que éste pueda asumir sus obligaciones legales e instar lo que convenga* ***en Derecho***". Se trata, pues, no de lo que convenga a "su" derecho sino de lo pertinente "en Derecho" (con mayúsculas), de lo que cabe inferir que dicho organismo está llamado a posicionarse, a pesar de su condición de parte, del modo más objetivo posible y al servicio de los intereses públicos, que deben coincidir o, al menos, aproximarse considerablemente, a un interés de justicia en una sociedad libre y democrática que tiene en esa libertad y en esa justicia los valores que propugna en el preámbulo y en el art 1.1 la propia CE, de lo que se sigue, en fin, que el ente en cuestión recibe el mandato normativo de ajustar su comportamiento procesal a los principios y a las reglas de la buena fe para facilitar así un resultado conforme a Derecho antes que a sus propios y exclusivos intereses, los cuales únicamente se intentará buscar en la medida en que los mismos se ajusten a aquél.

La conciliación, la mediación y el agotamiento de la vía administrativa son, de otro lado, genuinas expresiones del talante positivo o buena fe con que se ha de encarar el litigio para evitar el proceso, debiendo quedar éste como último recurso previo al cual obligatoriamente se habrá de intentar la conciliación o la mediación en los términos del art 63 de la LRJS o el cumplimiento del referido requisito administrativo ante el organismo de esa clase (art 69), siendo de subrayar que la no asistencia sin justa causa al acto correspondiente de la primera de dichas normas de la parte promovente supondrá, conforme al art 66 LRJS, el archivo de lo actuado, lo que podrá fin al litigio, mientras que la de la otra parte conllevará la extensión de la certificación oportuna, haciendo constar en ella que el acto se intentó sin efecto con imposición de costas a la misma, según añade ese pre-

cepto, todo lo cual es consecuencia de la constatación de la ausencia de la buena fe debida.

Esta, por otra parte, puede, a pesar de haberse celebrado el acto referido con acuerdo, ser tachado posteriormente, y con sujeción a un plazo, de no válido por una de las partes (se sobreentiende porque no se percibió antes ese resultado, o lo que es lo mismo, que medió alguna suerte de actuación contraria a la buena fe de adverso) , o por un tercero que asimismo se sienta perjudicado, lo que lleva a habilitar el cauce del art 67 de la norma procesal, que permitiría la declaración de nulidad correspondiente, su ilegalidad o lesividad. De no ser así, lo acordado en conciliación o con mediación o vía laudos arbitrales firmes constituye título para iniciar ya acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal (art 68) en lo que supone un recurso efectivo y rápido contra el posible incumplimiento de ello como muestra igualmente de posible mala fe si se excepciona la fuerza mayor.

Cuando de Administraciones Públicas se trate (AAPP), el agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial implica, conforme al segundo párrafo del n.º 1 del mencionado art 69 LRJS,

> "la Administración pública deberá notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, conteniendo la notificación el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente".

Se trata de un ejercicio de pura transparencia, exigible en general, por ley, como se ha dicho ya, a dichas entidades, y que constituye, como asimismo se ha apuntado, una faceta más del principio de buena fe, conforme a la cual se mantiene informada a la otra parte de sus decisiones y actos en su completa dimensión y del lugar que ocupan en el procedimiento, incluída la perspectiva de su posible impugnación en términos igualmente específicos. Transparencia, pues, implica información a la otra parte, tanto de cuanto se ha entendido oportuno resolver conforme a Derecho como de que, ello no obstante, aún le pueden quedar al interesado otras vías o instancias, además de las que, según su propio criterio, le conviniere o ideare, de ser distintas de las que, según la normativa de aplicación, en principio, sea del caso.

Conviene precisar que con los actos de evitación del proceso a llevar a cabo en sede judicial se vuelve a un intento de zanjar la cuestión

litigiosa "*ab origine*" mediante la conciliación o mediación previas del referido artículo 63, que tiene una teórica trascendencia fundada en la economía misma de dichos actos y del propio proceso y que dará más o menos los resultados pretendidos en función, fundamentalmente, del esfuerzo que desplieguen tanto el propio órgano administrativo como jurisdiccional (letrado/a de la Administración de Justicia, o el/la juez dirimente en última instancia) y las mismas partes estableciendo un auténtico diálogo entre éstas con la ayuda inestimable del organismo en cuestión y con la subsiguiente formulación de las oportunas propuestas o, por el contrario, limitándose a cumplir formalmente el trámite, con olvido de lo que la sabiduría popular "sentenció" para la historia de que "más vale un mal acuerdo que un buen pleito", por todo lo que el pacto supone de realización personal y de convicción en que el esfuerzo aproximativo ha permitido, en la generalidad de los casos, no quedar acaso satisfecho/a pero sí contento/a.

El precepto en cuestión instaura como requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o el que asuma dichas funciones constituído mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que alude el art 83 del ET y 13.1 del Estatuto del Trabajo Autónomo. Como inmediatamente precisa el artículo siguiente (64), no todos los procesos son susceptibles de ese intento previo, enumerándose en él los casos excluídos, con la adición en su n.º 3 de una medida que constituye la excepción a la/s excepción/es previamente relacionados con la finalidad de posibilitar en todo caso el acuerdo, es decir, que prime la filosofía de la buena fe y la evitación hasta el último momento de la confrontación entre las partes cuando dice que

> "cuando por la naturaleza de la pretensión ejercitada pudiera tener eficacia jurídica el acuerdo de conciliación o de mediación que pudiera alcanzarse, aun estando exceptuado el proceso del referido requisito del intento previo, si las partes acuden en tiempo oportuno voluntariamente y de común acuerdo a tales vías previas, se suspenderán los plazos de caducidad o se interrumpirán los de prescripción en la forma establecida en el artículo siguiente".

Cabe matizar que interviniendo el órgano jurisdiccional conforme prevé el art 84 como más adelante se examina con mayor detenimiento (y en cierto modo como algo semejante también antes, en el intento de conciliación o mediación del organismo competente podría hacer éste) parece pretenderse una participación o "injerencia" en la que, prudentemente pero con conocimiento de la naturaleza del asunto y del Derecho aplicable, se instruya a las partes y se las informe ob-

jetivamente acerca de sus respectivas pretensiones y posiciones y la posibilidad de llegar a un punto de acuerdo sin forzar soluciones pero con alguna orientación que, derivada de la autoridad e imparcialidad de quien lo expone, ubique a cada uno en los términos reales de su situación. En la práctica no parece que suela suceder así la mayor parte de los casos y, por razones diversas, es más fácil limitarse al cumplimiento formal del requisito si las partes, de antemano, no van ya predispuestas al acuerdo y lo insinúan o incluso lo manifiestan así solicitando una cierta ayuda en tal sentido.

VI. LA BUENA FE EN LA FASE DEL PROCESO PROPIAMENTE DICHO Y DE LOS PRINCIPIOS QUE LO INFORMAN

Y de este modo se llega, en lo que interesa a la materia objeto de estudio, a la previsión estrictamente procesal (salvo algún apunte ya anticipado), que comienza por la enunciación de los principios que rigen en su seno conforme al art 74 de la LRJS: inmediación, oralidad, concentración y celeridad, el último de los cuales tiene también ciertas concomitancias con la cuestión en tanto en cuanto se proclama, como una específica nota de la especialidad rituaria, la "celeridad" o rapidez, que puede verse defraudada cuando se ralentiza de algún modo el curso del proceso, lo que no tratándose de imponderables ajenos a la voluntad de cuantos concurren al mismo, puede evidenciar o lasitud injustificada del propio órgano jurisdiccional o abandono o mala fe por alguna de las partes.

La celeridad tiene como manifestación más eficaz el impulso de oficio que caracteriza el proceso social en general[42] y algunas de sus fases en particular, como en la ejecución de la sentencia una vez iniciada ésta a instancia de la parte interesada, salvo las que recaigan en los procedimientos de oficio, cuya ejecución se iniciará de este modo, como establece el art 239.1 LRJS, cuyo n.º 3 consagra la prosecución, también de oficio, en todos los demás, de manera que habiéndose acordado a solicitud de quien se hallare legitimado para ello, es el órgano jurisdiccional quien la continuará en todos sus trámites hasta darle fin. No obstante, la actitud vigilante de la parte en evitación de tiempos muertos o demoras innecesarias añadirá un plus de eficacia en todo caso (o, más bien, contribuirá especialmente a la que deba

[42] Véase, p.e., el art 82 de la LRJS, conforme al cual, tras admitirse la demanda y en la misma resolución que lo hace, "*el secretario judicial señalará el día y la hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de conciliación y juicio*".

tener) y es plenamente acorde con la filosofía y la naturaleza de este proceso.

Y como ya se apuntó, la buena fe es un concepto dinámico, que incluye la diligencia de cuantos intervienen en la litis, por lo que el ahorro de tiempo, de medios y de gasto que esa celeridad implica es acorde con aquélla y con el ideal mismo de justicia, que tiene en su ejercicio moroso por las razones que fueren, uno de sus mayores enemigos. De ahí que otra de sus manifestaciones sea la exigencia del cumplimiento de los plazos del *iter* procesal, que se establecen como garantía de la buena marcha del mismo y en interés de cuantos intervienen en él y, en fin, de la propia Administración de Justicia.

Las consecuencias de una conducta contraria a ello y, por tanto, a dicha celeridad, son, pues, resultado de una buena fe ausente y están también previstas en la norma, como en sus arts 48.2 y 57.3, estableciendo el primero, relativo a la entrega de los autos incardinada entre las actuaciones procesales (Capítulo I del Título IV del Libro Primero de la Ley, que lleva el nombre "de los actos procesales"), cuya autorización corresponde al secretario/a judicial (hoy letrado/a de la Administración de Justicia), que *"en el caso de la entrega material de las actuaciones,* ***si transcurrido el plazo concedido*** *para su examen no fueren devueltas, por el secretario judicial mediante decreto* ***se impondrá al responsable multa*** *de veinte a doscientos euros diarios. Pasados dos días sin que los mismos hayan sido devueltos, el secretario judicial* ***ordenará su recogida****; si al intentarlo* ***no le fueran entregados en el acto****, dará cuenta al juez para que disponga lo que proceda por el* ***retraso*** *en la devolución"*. En una gradación de medidas que evidencia, al menos en su última fase, una decidida mala fe del responsable de dicha conducta y una rebeldía que en modo alguno puede quedar impune, se dispone la multa correspondiente y se llega a abrir la puerta a la imputación incluso de otro tipo de responsabilidad o a la adopción de alguna medida especial proporcional a la gravedad de la situación creada por la actitud de la parte.

Por su parte, el segundo de esos preceptos (art 57.3) en el marco del Capítulo II ("de las resoluciones judiciales") de ese mismo Título y Libro y como una de sus reglas subsidiarias para las comunicaciones, se dice que *"se hará saber al receptor que ha de cumplir el* ***deber público*** *que se le encomienda; que está obligado a entregar la copia de la resolución o la cédula al destinatario de ésta, o a darle aviso si sabe su paradero, con advertencia de que puede ser* ***sancionado con multa*** *de veinte a doscientos euros* ***si se niega a la recepción o no hace la entrega a la mayor brevedad****; que ha de comunicar a la oficina judi-*

cial la imposibilidad de entregar la comunicación al interesado, y que tiene derecho al resarcimiento de los gastos que se le ocasionen". De nuevo transparencia (para el órgano jurisdiccional) y diligencia (para el receptor del acto de comunicación que no sea el propio interesado) se dan de la mano como principios informadores del proceso en el ámbito del más amplio concepto de la buena fe por imperativo legal con igual resultado para quien esté llamado a cumplir con el mandato caso de inobservancia.

De este modo se alcanza el contenido del fundamental artículo 75 de la LRJS, relativo a los deberes procesales de las partes, que extrapola el contenido en este punto de lo ya expuesto por la LOPJ y la LEC en orden al rechazo de oficio que se ordena a los órganos judiciales de las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho, añadiendo que *"asimismo, corregirán los actos que, al amparo del texto de una norma, persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones",* con lo que se enriquece notablemente el precepto respecto de los de las normas ya citadas. Toda una batería antifraude procesal de principios heterogéneos pero dirigidos al mismo fin de impartir recta y cumplida justicia, que es lo que se busca con la alusión a la tutela judicial a que alude el art 24.1 de la CE, que la tilda de "efectiva", adjetivo que resulta sustantivizado en la mencionada referencia de la norma procesal y centrado en las propias resoluciones, a lo que se añade el novedoso concepto (en su formulación) de "equilibrio procesal", que trae de inmediato a la mente la figura de la balanza con la que se representa la imagen de la justicia y que se identifica con las tan repetidas notas de imparcialidad y objetividad del órgano jurisdiccional, que la referida imagen robustece con la espada de su fuerza o autoridad moral y material, una autoridad que debe ser ejercitada de manera tranquila y prudente pero no por ello menos eficaz.

Ello no es, sin embargo, en nada incompatible con las dudas e incluso con la ansiedad que pueden asaltar al juez a lo largo del proceso y sobre todo a la hora de pronunciarse definitivamente sobre la cuestión cuando ésta no es todo lo clara que sería de desear y presenta aristas de cualquier clase que han de evaluarse detenidamente antes de evitarlas o pulimentarlas, lo que resulta una constante en buen número de los casos sometidos a su consideración, constituyendo un plus de responsabilidad que, por momentos, puede hacerse insoportable y que, sin embargo, resultan un auténtico timbre de íntima satisfacción y paz y la mejor retribución posible cuando se da fin no sólo

conforme a Derecho sino a la Justicia en su auténtica dimensión al asunto sometido a su consideración a pesar de sus complejidades de una u otra clase.

Así, por otra parte, se genera la confianza antedicha y se fundamenta el respeto —e incluso el aplauso— de la sociedad, singularmente de cuantos han tenido una relación más o menos directa e intensa con el proceso, que habrán de reconocer una dirección impecable e implacable con los obstáculos levantados intencionalmente o no, pero ello, en todo caso, no es lo que ha de mover al dirimente en su proceder sino tan solo ese pretendido ideal objetivo de justicia y más modestamente, esa actuación conforme, en todo momento, a Derecho.

Del lado opuesto se halla la sensación de que no se hizo lo oportuno o cuanto se podía haber hecho o, en fin, que se erró en una determinada decisión con un resultado que ya no es posible revisar y en su caso reponer, generando, sobre todo cuando se vive el ejercicio profesional vocacionalmente, una sensación no sólo de fracaso o de cierta pesadumbre sino, además, de malestar personal y de responsabilidad moral, que se ha de asumir inexorablemente y que no se supera con facilidad (en ocasiones, nunca), aunque ello, sobre resultar inevitable cuando se gestionan o se enjuician no sólo cientos sino miles de casos en muy diversas circunstancias, trae consigo también, en su aspecto positivo, la inestimable consecuencia de la experiencia, cuya fuente se encuentra no sólo en el trabajo dilatado en el tiempo y el conocimiento que además del inicial de las normas y de la doctrina científica y judicial se adquiere a lo largo de una trayectoria, así como de la sabiduría de los demás profesionales y su comportamiento conforme a ese principio de buena fe, a quienes, por tanto, ha de tenerse siempre el respeto y consideración debidos, que trasciende, en la mejor comprensión de estos conceptos, de lo meramente formal y que debe reconocerse de antemano, y por principio, como una de las notas o manifestaciones, según se ha dicho ya, de esa buena fe que ha de animar a "todos" los que concurren al proceso, sin perjuicio de reiterarlos y enriquecerlos a medida de cuanto haya acontecido a lo largo del período que discurre entre el comienzo y la conclusión de cada caso.

Dice, por otra parte el n.º 2 del precepto procesal en cuestión que "*quienes no sean parte en el proceso deben cumplir las obligaciones que les impongan los jueces y tribunales ordenadas a* ***garantizar los derechos*** *que pudieran corresponder a las partes y a* ***asegurar la efectividad de las resoluciones*** *judiciales*".

Con ello, como se ha anticipado, se extiende a esos terceros, relacionados de un modo u otro, directa o indirectamente, con el litigio, el deber de participar, de alguna manera, en el mismo desde la buena fe que les impone coadyuvar a garantizar los teóricos derechos de las partes y, sobre todo, a realizar la labor del órgano jurisdiccional, cuyas resoluciones han de hacerse efectivas y no quedar como mero adorno o ilustración de todo el transcurso procesal. En definitiva, que se les conmina a ser diligentes y eficaces cuando sean requeridos en los términos concretos que se les haga saber para facilitar la buena marcha o la resolución del procedimiento, o de otro modo, cabrá exigirles la responsabilidad perfilada más adelante en el n.º 5 de este mismo artículo.

En su número 4, se dispone que

> "todos deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe. De vulnerarse éstas, así como en caso de formulación de pretensiones temerarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, el juez o tribunal podrá imponer mediante auto, en pieza separada, de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros, una multa…
>
> …De apreciarse temeridad o mala fe en la sentencia o en la resolución de los recursos de suplicación o casación, se estará a lo dispuesto en sus reglas respectivas".

Se vuelve, pues, a confrontar la buena fe, explícitamente exigida a "todos", con la mala fe innominada, extendiendo el alcance de ésta a la temeridad en el planteamiento de las pretensiones, lo que puede provenir no sólo de una actitud más o menos consciente al respecto sino incluso de la ignorancia injustificada, que resulta en la práctica algo más frecuente de lo que sería de desear.

Repárese, en todo caso, en las tres exigencias que establece el precepto para el órgano jurisdiccional y como garantía del buen orden procesal y del justiciable, como son las de que a) la resolución sancionatoria ha de ser en pieza separada (entre otras cosas, para no complicar el proceso mismo y, sobre todo, para no ralentizarlo); b) de forma motivada, para dejar constancia y ser transparente en cuanto a cuáles han sido las circunstancias concretas apreciadas para fundar la decisión y las razones y bases normativas de ésta; y, c) respetando el principio de proporcionalidad, que es consustancial con todo el derecho punitivo y que en las demás áreas jurídicas y según la materia concreta concernida, unas veces se formula expresamente y otras no, aunque siempre subyace en el espíritu del propio ordenamiento

en cuanto es sinónimo de equidad[43], concepto al que ya se ha hecho alusión como informante del principio de buena fe, también residenciado en el propio órgano jurisdiccional.

Por último, en su número 5, el art 75 LRJS establece que

> "El incumplimiento de las obligaciones de colaboración con el proceso y de cumplir las resoluciones de los jueces y tribunales y de los secretarios judiciales en su función de ordenación del procedimiento y demás competencias atribuidas por el artículo 456 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio de lo previsto en los apartados 3 y 4 anteriores, darán lugar, respectivamente, a la aplicación de los apremios pecuniarios a las partes y de las multas coercitivas a los demás intervinientes o terceros, en los términos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 241…"

Se trata de la admonición que formula la ley acerca de las consecuencias coercitivas del incumplimiento, en general, de las obligaciones de colaboración para la buena marcha del proceso y de la necesidad de cumplir con las resoluciones que en él se dicten, que luego se concretan en los n.º 2 y 3 del art 241 sobre la "tutela ejecutiva" en la ejecución de las sentencias y demás títulos que tengan esa calidad, distinguiéndose entre apremios pecuniarios a las partes y multas a los demás relacionados con el asunto, intervengan directamente, o no, en él pero en todo caso llamados a someterse a sus respectivas obligaciones o resoluciones en relación con el mismo, siempre y cuando no haya justificación para esa conducta omisiva, todo ello sin perjuicio, además, de la responsabilidad subsiguiente al posible daño que esa conducta hubiere causado. Es decir, que se está ante una norma sancionatoria marco, que en su precitada naturaleza, constituye una manifestación de la transparencia con que ha de operar el órgano jurisdiccional y, por tanto, de la buena fe acreditada del mismo, y, por el contrario, de la inexistente buena fe de quienes hipotéticamente incurran en esos comportamientos rebeldes y obstructivos para la administración de la justicia en el caso concreto.

Y así se entra ya en la específica regulación del proceso ordinario y sus modalidades, que es lo que constituye el objeto y contenido del Libro II de la LRJS, donde se puede encontrar, en su primer capítulo y sección, al aludir a los actos preparatorios y diligencias preliminares, y, más en concreto, a la exhibición previa de documentos que resulten

[43] No está de más tener presente sobre la equidad, entre otras materias, las máximas de D. Quijote a Sancho en el CAPÍTULO XLII de la Segunda Parte de la inmortal obra de Cervantes, que lo titula *"De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula, con otras cosas bien consideradas"* en alusión a la literaria isla de Barataria.

imprescindibles para fundamentar la demanda o su oposición (art 77), una mención (n.º 2) a que el examen de los mismos se lleve a efecto "*de la forma menos gravosa*", es decir, más económica y menos perturbadora posible, sin que la documentación salga del poder de su titular, pudiendo ello tener lugar conforme al art 90.3 con antelación al acto del juicio y "*siempre que no den lugar a la suspensión*" del mismo, velando el legislador en su previsión por la diligencia y economía procesal, en todo lo cual puede igualmente verse una manifestación de lo que ha de considerarse un correcto proceder de los concurrentes al litigio y, por tanto, de la vigencia de la buena fe que ha de presidirlo todo.

En la misma dirección, el art 78 en relación con la anticipación y aseguramiento de la prueba para que cualquiera de las partes lo solicite cuando sea presumible que no va a poder mantener su derecho por falta de justificación, siempre que —de nuevo— no haya lugar por ello a la suspensión del juicio. Se orienta también así la adopción de medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia, cuya anticipación es posible "*por razones de urgencia, o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar*".

Asimismo, la advertencia al actor/a, tras la interposición de su demanda, de quien impulsa el proceso (Letrado/a de la Administración de Justicia) de los defectos u omisiones en que haya podido incurrir al redactarla y en relación con sus presupuestos procesales, si pudieran impedir su válida prosecución y término, o incluso la ausencia de aportación preceptiva de documentos por dicha parte (art 81), lleva, como tal toque de atención, no al rechazo y archivo de la causa sino a la posibilidad de subsanación en el plazo correspondiente, de cuyo cumplimiento en tiempo y forma dependerá la admisión misma de aquélla, archivo que es extensible con igual atención previa, a los casos en que no se acompaña la certificación del acto de conciliación o mediación previa o, de no haberse celebrado en plazo legal, de la papeleta o solicitud correspondiente, para que, incluso admitiéndose provisionalmente, se conceda un plazo para acreditar la celebración o su intento, huyendo el legislador con todo ello del rigorismo y exagerado formalismo contrarios a la buena fe.

VII. DESDE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA INICIADORA DE LA FASE NUCLEAR DEL PROCESO HASTA LA SENTENCIA QUE LO RESUELVE

Tras la resolución de la admisión de la demanda, que comporta, según el art 82.1 LRJS el señalamiento del día y hora en que habrá de

tener lugar sucesivamente los actos de conciliación (en sede judicial) y en su caso juicio, la misma norma en su apartado 3 precisa el contenido de las cédulas de notificación en un acto de transparencia que exige la formulación expresa de las admoniciones legales que señala, pasando el artículo siguiente (83) a distinguir entre motivos "justificados" o "injustificados" a tener en cuenta para acordar, o no, la suspensión, en su caso, de los actos de conciliación y juicio en lo que constituye claramente una valoración de la existencia o inexistencia de buena fe en la conducta de la parte que, de tratarse del actor/a podrá significar el desistimiento de la demanda y si de la parte demandada la celebración de tales actos, pese a su incomparecencia, sin necesidad de declarar su rebeldía, en lo que constituye una auténtica sanción de un comportamiento de mala fe o incluso de desidia opuesta a la buena fe y la diligencia que, según se ha visto, exige.

En esta misma dirección negatoria de la suspensión del juicio se orienta, como se verá, como regla general, la que se solicite por el motivo del artículo 86 que más adelante se analiza.

El artículo 84, por su parte, alude expresamente al fraude de ley y al abuso del derecho como contrarios a la buena fe en su n.º 2 al regular la conciliación alcanzada ante el secretario/a judicial que, en función de la comprobada presencia de aquéllos o de incompatibilidad con el orden público, podrá no aprobar el acuerdo, remitiendo directamente a las partes a la autoridad judicial "*para la celebración del acto del juicio*", ante la cual, cuando se trate simplemente de no haber llegado a un acuerdo ante dicho funcionario/a, podrán de nuevo los litigantes alcanzar la avenencia, que sólo podrá volver a ser aprobada por éste/a en caso de suspenderse el acto del juicio por cualquier causa. Igualmente las partes mismas podrán impugnar la validez de la conciliación ejercitando la acción de nulidad *"por las causas que invalidan los contratos"* y la impugnación por los terceros con base en ilegalidad o lesividad, en todo lo que constituye claras manifestaciones de conductas opuestas a la buena fe en su acepción más amplia.

También el art 85.7 de la LRJS habla de fraude de ley e incluso de perjuicio de terceros u oposición al orden público para el caso de allanamiento total o parcial a la demanda y sus pretensiones en el acto del juicio, que no será permitido por el órgano jurisdiccional, oídas las partes, si con él se hubiera incurrido en renuncia prohibida de derechos, porque ello entrañaría un atentado al orden público y al propio principio de justicia debida, probablemente por ignorancia o mala fe de la parte cuando no encubra un fraude de la misma, incluso en connivencia con la otra. El n.º 8 de ese precepto contempla, en fin,

una última posibilidad de llegar a un acuerdo que podrá plantear el juez o tribunal "*una vez practicada la prueba antes de las conclusiones*".

Se trata de una nueva manifestación de la transparencia y buena fe del órgano dirimente y una facultad del mismo que ejercitará, o no, a la vista de las condiciones y circunstancias en presencia y que haría aconsejable una discreta pero decidida exposición a las partes de lo alcanzado hasta ese momento y las meramente hipotéticas conclusiones de todo signo que, sin prejuzgar, no sería irrazonable alcanzar, haciendo ver de un sutil modo los puntos débiles de una y otra para estimular con ello la cultura del acuerdo, sin compromiso ni menoscabo alguno de lo que, en su caso, se resuelva finalmente. Generalmente, si se utiliza este recurso, el/la juzgador/a se abstiene prudentemente de toda opinión y se limita a recordar esa última oportunidad, librando a la responsabilidad de las partes su exclusiva reflexión al respecto con los elementos de juicio ya sobre la mesa y justo inmediatamente antes de las conclusiones, que se han de reducir a la valoración (interesada) de las pruebas por esas mismas partes.

Por otra parte, incluso la solicitud de suspensión del juicio por motivo tan grave como seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos, tiene, como ha quedado ya esbozado, una muy delimitada oportunidad de prosperar a partir de la negativa inicial del art 86.1 (ratificada en su n.º 4) que sólo se excepciona en el n.º siguiente (2) de ese precepto en los estrictos términos y condiciones que prevé, al objeto de preservar, en lo posible la celeridad del proceso como uno de sus principios informadores ya expuestos y en evitación de maniobras contrarias a la buena fe que ha de presidir el mismo.

El artículo 87 habla en su n.º 1 de no admitir, en la práctica de las pruebas, más que fueran "*útiles y directamente pertinentes*", en relación con los términos concretos del juicio diseñado por las partes, configurando una conducta especialmente activa del juzgador/a a lo largo de todo esa fase procesal probatoria, donde poseerá una serie de facultades (el término "*podrá*" utilizado varias veces a lo largo del precepto —hasta seis— lo resume todo) como señal inequívoca de la diligencia con que dicho órgano ha de actuar no sólo como símbolo de celeridad o rapidez, sino también de atención a cuanto se va desarrollando ante sus ojos, imponiéndole, además, la norma una determinada actitud o respuesta ("*resolverá*", "*deberá*", "*concederá*") en ciertas ocasiones acorde con los principios mismos de este proceso, ya examinados.

Esas facultades, en fin, se extienden a posible momentos posteriores (las "diligencias finales" del artículo siguiente, 88, que dependen

exclusivamente del juzgador/a), precisándose en su n.º 3 que *"si la diligencia consistiere en el interrogatorio de parte o en la aportación de algún documento por alguna de las partes y* ***ésta no compareciese o no lo presentase sin causa justificada en el plazo fijado****, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación con la prueba acordada"*, en lo que supone una nueva advertencia de las consecuencias de un comportamiento contrario a la buena fe en este punto de considerable calado, en tanto en cuanto refuerza la libertad de criterio del dirimente al decidir, dándole la posibilidad de evaluar una actitud injustificadamente omisiva y de evidente mala fe de una parte como si prueba en contra de la misma se tratase, o mejor, como se la frustrada prueba de contrario por causa de esa actitud, hubiera obrado los efectos pretendidos por quien la propuso.

Asimismo el art 89, relativo a la documentación del juicio (registro y documento electrónico custodiado por el Letrado/a de la Administración de Justicia y, en su defecto, acta levantada por el mismo/a) que señala en su n.º 5 que si levantada ésta alguien no estaba presente o no ha querido suscribirla, será firmada por los comparecientes y el/la propio/a juez, de manera que este infantil recurso a no se sabe muy bien qué, queda anulado en su pretendida eficacia, lo que se extiende también a los supuestos, bien diferentes de no firmar "por no poder", aunque aquí la filosofía de la misma solución es otra.

Ya el art 90 se refiere a la admisibilidad, en general, de las pruebas admitidas y a lo largo de sus siete números hace algunas referencias más o menos directas, según el caso, a la cuestión, lo que lleva a su amplia transcripción y subrayado:

> "1. Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba …
>
> 2. No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. …
>
> 4. Cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación….

5. Igualmente, de no mediar consentimiento del afectado, podrán adoptarse las medidas de garantía oportunas cuando la emisión de un dictamen pericial médico o psicológico requiera el sometimiento a reconocimientos clínicos, obtención de muestras o recogida de datos personales relevantes, bajo reserva de confidencialidad y exclusiva utilización procesal, pudiendo acompañarse el interesado de especialista de su elección y facilitándole copia del resultado.

6. Si como resultado de las medidas anteriores se obtuvieran datos innecesarios, ajenos a los fines del proceso o que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales o a libertades públicas, se resolverá lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados.

7. En caso de negativa injustificada de la persona afectada a la realización de las actuaciones acordadas por el órgano jurisdiccional, la parte interesada podrá solicitar la adopción de las medidas que fueran procedentes, pudiendo igualmente valorarse en la sentencia dicha conducta para tener por probados los hechos que se pretendía acreditar a través de la práctica de dichas pruebas, así como a efectos de apreciar temeridad o mala fe procesal."

De todo ello resulta un auténtico catálogo tanto de conductas y situaciones con relieve a efectos del cumplimiento por todos del principio de buena fe, en su auténtica proyección de superconcepto jurídico de origen ético, como de medidas y garantías en orden a su realización o a la exigencia de la subsiguiente responsabilidad. Y así, es necesario justificar suficientemente las diligencias propuestas para que puedan acordarse y no admitirlas con carácter general en detrimento de la buena marcha del proceso, su economía temporal y secuencial y su mayor claridad, debiendo rechazarse de antemano las que atenten a los derechos fundamentales y libertades públicas esa misma ética y el significado primario del ordenamiento mismo comenzando por la Norma Suprema, de ahí que, en su caso, el imprescindible examen de documentos o archivos que contengan información y puedan afectar a esos derechos fundamentales se hará, en su caso, ponderando los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones en que se haya de realizar la prueba. Garantías que se extienden expresamente a la realización de dictámenes médicos o periciales que no contasen con la previa aceptación del afectado, previéndose incluso que se obtuvieran datos innecesarios o inútiles con las pesquisas antedichas y que, una vez más, pudiesen interesar a los intereses o derechos fundamentales del afectado/a para lo que se apunta la posibilidad de adoptar medidas en evitación de todo perjuicio al respecto.

Concluye el precepto con una nueva advertencia a la negativa injustificada a la realización de las actuaciones acordadas por el órgano jurisdiccional que tendrá como consecuencia en primer lugar, la facultad de que se dé por probado el extremo que se trata de acreditar con tal/es prueba/s y, en segundo, la igualmente posible apreciación de mala fe procesal o temeridad de esa parte con lo que de ello se sigue en orden a su sanción, de modo que se hace finalmente una referencia antitética a la buena fe (mala fe) y un llamamiento al órgano jurisdiccional para que controle, aísle y erradique actitudes de tal clase, en lo que constituye la que se puede decir dinámica de esa naturaleza del propio juzgador/a.

Mala fe hay también en la incomparecencia injustificada o en rehusar declarar o persistir en no responder afirmativa o negativamente *"a pesar del apercibimiento que se le haya hecho"*, del testigo llamado a declarar, tal y como se desprende del n.º 2 del art 91, con igual consecuencia de poder considerarse como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas si el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente. De ahí se deriva una actitud limpia y transparente y acorde, en consecuencia, con la buena fe del órgano jurisdiccional efectuando el aviso oportuno que, no obstante, tiene una respuesta negativa y de muy probable contenido contrario a la naturaleza de tal observación.

VIII. DE LA SENTENCIA EN GENERAL Y DE LAS DISTINTAS MODALIDADES PROCESALES

El art 97 alude a la forma de la sentencia, que constituye la resolución estrella del proceso en fase declarativa y la que le pone fin naturalmente y precisa en su número 3 que

> "la sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria […]
>
> La imposición de las anteriores medidas se efectuará a solicitud de parte o de oficio, previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas. De considerarse de oficio la posibilidad de dicho pronunciamiento una vez concluido el acto de juicio, se concederá a las partes un término de dos días para que puedan formular alegaciones escritas. En el caso de incomparecencia a los actos de conciliación o de mediación, incluida la conciliación ante el secretario judicial, sin causa justificada, se aplicarán por el juez o tribunal las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 66".

De nuevo la constatación de la mala fe o la temeridad en el extremo opuesto a la conducta procesal que se entiende debida y exigible a las partes y nuevamente también la previsión del proceder conforme a Derecho del órgano jurisdiccional que otorga la posibilidad de ser oída a la parte a la que habría que sancionar antes de que se adopte la pertinente decisión al respecto en lo que constituye un ejercicio de prudencia y transparencia, en línea tanto con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos formulada en el art 9.3 de la CE como de la indefensión que el art 24.1 de la misma impone evitar, así como, en fin, con la exigencia de un proceso público con todas las garantías del n.º 2 de este precepto, reiterándose que la incomparecencia injustificada a los actos que menciona impidiendo de antemano su posible eficacia y obstruyendo así el curso procedimental establecido, ha de tener sus consecuencias para no convertirlo en campo abonado a la propia arbitrariedad de las partes en perjuicio de la economía procesal y de la oportunidad del diálogo entre las mismas como manifestación de su buena fe en la solución del litigio.

No obstante, las previsiones garantistas a ultranza, como es la del posible pronunciamiento una vez concluído el acto del juicio, y que responde, de todos modos al indiscutible principio de que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído, son susceptibles de generar también efectos indeseados, como el enlentecimiento del procedimiento en general y como podrían ser las reticencias del órgano jurisdiccional a adoptar de oficio las medidas antedichas, aunque, según el caso, hubieran sido manifiestamente oportunas, sustituyéndolas, si acaso, por alguna suerte de observación o comentario en la sentencia acerca del negativo proceder de la parte sin mayores consecuencias pero dejando constancia de que no habría pasado inadvertida tal conducta, por demás notoria en tales ocasiones, en lo que constituiría un sucedáneo ineficaz y un tanto vergonzante que puede, a su vez, generar una imagen poco favorable de la Administración de Justicia de la que se puede esperar la eficacia exigible en cada situación procesal, de manera que la solución que parece más adecuada se halla en la doble alternativa de seguir el procedimiento con todas sus consecuencias o de no activar esa vía.

En las disposiciones acerca de las diversas modalidades procesales, el precepto general del art 102 prevé en su n.º 2 que

> "si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren

> procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada."

He aquí otra consecuencia de la injustificación, empecinamiento o temeridad —en este caso de la parte actora, en seguir por una vía indebida cuando se ha advertido que no es la que corresponde al asunto litigioso— cual es la del sobreseimiento o la absolución en la instancia, inicialmente susceptibles de evitarse dando al mismo la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas. No se entiende una conducta de esa clase que, como tal "persistencia", presupone la/s advertencia/s oportuna/s anterior/es y la subsiguiente y absoluta toma de conciencia de dicha parte, si es que, de uno u otro modo, no le constaba con anterioridad esa desviación, de todo lo cual se infiere una perseverancia, contumacia o ejercicio de tenacidad rayano —si no decididamente incurso— en la incomprensible estolidez de su postura o la, más lógica y probablemente, ausencia de buena fe con un marcado fin, sea cual fuere el signo del mismo, merecedoras ambas de la respuesta adecuada que la norma previene independientemente de cualquiera otra medida que pudiera contar entre las facultades del órgano jurisdiccional con ocasión de ello, no cabiendo olvidar, en fin, al respecto las consecuencias de la responsabilidad en que hubieren podido ocurrir los profesionales concurrentes en el proceso por su mala praxis si hubiere tenido cualquier clase de repercusión negativa en su desenlace.

Por su parte, en la concreta modalidad de la reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido, el artículo 119 LRJS referente al cómputo del tiempo a que se refiere el art 116, contiene en su n.º 2 una nueva mención del abuso de derecho como conducta antitética de la buena fe procesal al señalar que

> "en los supuestos enunciados anteriormente el juez, apreciando las pruebas aportadas, decidirá si los salarios correspondientes al tiempo invertido han de correr a cargo del Estado o del empresario. Excepcionalmente, podrá privar al trabajador de su percepción, si apreciase que en **su actuación procesal** ha incurrido en **manifiesto abuso de derecho**."

Este último, volviendo un tanto sobre lo ya expresado al respecto, supone el ejercicio de un derecho excediéndose de sus límites naturales, que son los de la equidad o la buena fe, como ya declarase la STS (Sala 1.ª) de 25 de septiembre de 1996, a la que la de 9 de octubre de 1997 añadía que el abuso

> "presupone la concurrencia de actuaciones con intención de dañar o perjudicar o utilizando normas en forma contraria a la convivencia social ordenada, sin provecho decidido y no cuando se ha usado y ejercitado un derecho que legítimamente corresponde o le está atribuido a quien defiende lo que le pertenece, conforme reiterada y conocida doctrina jurisprudencial (Ss. 11-3-1991, 5-3-1991, 2-12-1994 y 5-3 y 25-9-1996, entre otras)"[44].

Se reitera de nuevo la proscripción del comportamiento rebelde de una parte del proceso en el art 124 relativo a su modalidad del despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor cuyo n.º 9, tras establecer el anterior (8) el carácter urgente del mismo, previene que

> "admitida a trámite la demanda, el secretario judicial dará traslado de la misma al empresario demandado y le requerirá para que en el plazo de cinco días presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la autoridad laboral del resultado del mismo.
>
> En ese mismo requerimiento, el secretario judicial ordenará al empresario que, en el plazo de cinco días, notifique a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores, para que en el plazo de quince días comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia.
>
> En caso de negativa injustificada del empresario a remitir estos documentos o a informar a los trabajadores que pudieran resultar afectados, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata remisión en el plazo de tres días, con apercibimiento de que de no cumplirse en plazo este segundo requerimiento se impondrán las medidas a las que se refiere el apartado 5 del artículo 75, y se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior los hechos que pretende acreditar la parte demandante…

Se reproduce, pues, lo precedentemente comentado en relación con este último precepto y número, que surge, no obstante, tras un segundo requerimiento judicial, es decir, dando una nueva oportunidad al renuente al mandato emitido antes, el cual, por tanto, ha quedo incumplido una vez sin justificación, lo que podría ya sostener, y sin

[44] Pueden verse asimismo sobre el concepto y alcance del abuso de derecho, entre otras, las SSTS (Sala 1.ª), de 21 de septiembre y 10 de noviembre de 2007, 3 de diciembre de 2010, 9 de enero, 18 junio y 12 diciembre de 2012 y mucho más recientemente, la de14 de noviembre de 2018 (n.º 634/2018, que cita las anteriores) relacionando ésta dicho concepto, en el contexto del asunto que examina y sus particularidades, con "la falta de buena fe en el ejercicio de los derechos" y también con "una conducta contradictoria del titular del derecho opuesta a la confianza legítima generada en la otra parte por la doctrina de los actos propios".

más, las consecuencias que sólo ahora en esa segunda ocasión se establecen cuando había tenido un plazo prudencial para cumplir con lo ordenado en la primera donde ya pudieron hacerse las advertencias pertinentes, en detrimento, una vez más, de la celeridad del proceso cuya urgencia se proclama previamente y todo ello en beneficio, inmerecido, de una sola de las partes, precisamente la incumplidora. Otra cosa hubiera sido que se acreditase fehacientemente que no había habido oportunidad o tiempo para ese cumplimiento en el plazo establecido y se solicitase excepcionalmente la ampliación o demora del mismo dentro de los términos del n.º 2 del art 134 de la LEC cuyo número anterior (1) impide su prórroga como norma general, si bien se deja un resquicio en aquél, con base en la fuerza mayor, a su interrupción pero sólo en esa circunstancia, que habría de examinarse con la atención que exige precisamente la previa urgencia que se impone a este proceso.

De otra parte, en materia electoral y, en concreto, en el proceso de impugnación de los laudos arbitrales[45] (Subsección 2.ª de la Sección 2.ª del Capítulo V del Libro II de la LRJS) el art 132.2 efectúa una referencia tácita a la mala fe al decir que "*cuando el demandante hubiera sido la empresa y el juez apreciase que la demanda tenía por objeto* ***obstaculizar o retrasar el proceso electoral****, la sentencia que resuelva la pretensión impugnatoria impondrá la* ***sanción*** *prevista en el apartado 4 del artículo 75 y en el apartado 3 del artículo 97 "*.

Se describe y prevé en este caso el designio de la parte actora que, en tales términos, constituye una manifiesta transgresión de la buena fe y una desnaturalización consciente e interesada de la finalidad del proceso mismo, lo cual no sólo ha de merecer el rechazo (que nada significaría ya en fase de sentencia como es la de este número) sino el castigo de esa conducta dentro del propio proceso, sin perjuicio, acaso, de otras consecuencias.

En distinto orden de cosas, el del proceso sobre prestaciones de la Seguridad Social del Capítulo VI del Libro II de la LRJS, los arts 144 y 145 se plantean dos cuestiones referentes a la necesaria y obligada remisión del expediente administrativo a la autoridad judicial y su incumplimiento en lo que constituye una clara falta de colaboración de las Entidades Gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad

[45] Sobre esta materia, artículo 76 del ET y los artículos 36 y ss del RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, singularmente, su artículo 42.4, que dispone que el laudo arbitral podrá impugnarse ante la jurisdicción social a través de la modalidad procesal correspondiente.

Social (TGG), es decir, en una ausencia de buena fe, motivada, cuando menos, en la desidia o abandono si no en el subrepticio interés de retrasar o impedir el desarrollo normal del proceso al establecer como efectos de la falta de remisión del expediente administrativo (art 144) que

> "1. Cumplido el plazo de remisión del expediente sin que se hubiera recibido el mismo, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata remisión. El juicio se celebrará en el día señalado, aunque la entidad correspondiente no hubiera remitido el expediente o su copia, salvo que justificara suficientemente la omisión.
>
> 2. Si al demandante le conviniera la aportación del expediente a sus propios fines, podrá solicitar la suspensión del juicio, para que se reitere la orden de remisión del expediente en un nuevo plazo de diez días con apercibimiento de imposición de las medidas a las que se refiere el apartado 5 del artículo 75.
>
> Dicho plazo será de cinco días en los procesos de impugnación de altas médicas a los que se refiere el apartado 3 del artículo 140.
>
> 3. Si llegada la fecha del nuevo señalamiento no se hubiera remitido el expediente, podrán tenerse por probados aquellos hechos alegados por el demandante cuya prueba fuera imposible o de difícil demostración por medios distintos de aquél."

Por lo tanto, a la par que durante la tramitación procederá la reiteración del cumplimiento de la obligación de aportar el expediente, con lo que ello supone de dar una oportunidad al órgano transgresor de tal deber de evitar ulteriores consecuencias, se facilita a la parte contraria la posibilidad de suspender el juicio para lograr ese objetivo en lo que constituye una auténtica excepción de la regla general del art 83.1 LRJS, que se cumplirá con el apercibimiento referido a la parte incumplidora para disipar toda duda acerca de su posición de buena o mala fe en ese trámite procesal, culminándose todo ello, de persistir la entidad en su omisión, con la posible definitiva consecuencia sobre la carga de la prueba, a favor, por este motivo, de la parte demandante.

Y en cuanto a sus efectos ulteriores, en fin, la responsabilidad disciplinaria por la falta de remisión del expediente administrativo se dispone que (art 145)

> "La falta de remisión del expediente y cualquier otro incumplimiento de las obligaciones de colaboración con el proceso se notificará por el secretario judicial al director de la entidad gestora u organismo gestor, a los efectos de la posible exigencia de responsabilidades disciplinarias, sin perjuicio de demás medidas que puedan ser procedentes."

Es decir, se trata no ya de una facultad del órgano jurisdiccional, sino una exigencia normativa residenciada para su ejecución en el/la letrado/a de la Administración de Justicia, y sin perjuicio, como igualmente se dice, de otras medidas a adoptar en su caso.

Podría verse una manifestación (preprocesal e institucional) de la buena fe en la determinación *ex lege,* y con carácter general, de la imposibilidad de revisión por parte de las Entidades, órganos u Organismos gestores o del FOGASA, de "*actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios*", que se habrá de solicitar, según el art 146.1 de la LRJS, "*ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido*", con las excepciones que se relacionan en su número 2, lo que constituye, en definitiva, una concesión —inicialmente jurisprudencial— a la doctrina de los actos propios que, según se dijo, es una manifestación del principio que nos ocupa, y antítesis, singularmente, del abuso de derecho.

En el Capítulo siguiente (VII) del mismo Libro II de dicha norma y en el delimitado ámbito de aplicación del procedimiento de oficio y de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales del art 148, se señala (apartado d), tras establecer que le serán aplicables las reglas de los apartados a) y d) del posterior art 150, que

> "cuando se entienda que las alegaciones o actuación del sujeto responsable pretenden la dilación de la actuación administrativa, el órgano judicial impondrá la multa que señalan los apartados 4 del artículo 75 y 3 del artículo 97, así como cuando tal conducta la efectuara el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, dentro de los límites establecidos para la instancia, suplicación y casación".

De modo que se vuelve, una vez más, al capital artículo 75 LRJS (que igualmente es citado, en relación con ese mismo apartado por el posterior artículo 97 al abordar, según se ha dicho, la forma de la sentencia en ese apartado tercero) cuando se pretende dilatar la actuación administrativa, es decir, entorpecerla de alguna manera y hacer un uso torticero en beneficio propio de las prescripciones legales, subvirtiendo uno de los principios del proceso enumerados en el ya comentado art 74.1 y en congruencia con ello pero de contrario y con la idea de la buena fe como presunción legal, el igualmente mencionado art 150 d) de la misma norma, confiere valor probatorio a "*las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso* (que) *harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada*", porque

se parte de la tesis de que por tratarse de una demanda de oficio interpuesta con base en los documentos que enumera el precedente art 148, se está tratando de tutelar un interés general, con suficiente base formal —independientemente de la que le asista materialmente— y que merece de antemano la reversión de la prueba que se declara, haciéndola recaer en la parte contraria por la apariencia creada y derivada de dicha documentación, sin perjuicio de lo que finalmente se pueda resolver, de forma que la buena fe está aquí presente desde el momento en que quien actúa lo hace desde una independencia e insobornabilidad que aunque no exenta de posibles errores, merece anticipadamente la tutela procesal, que también se halla presente en el emplazamiento de los trabajadores perjudicados que no tienen, sin embargo, consideración de parte hasta que no hayan comparecido (apartado a) de ese mismo precepto) en todo lo que se pudiera considerar una expresión de la tan reiterada buena fe pero de la propia ley o del propio legislador (una especie de *bona fides legis* o *bona fides legislatoris*), por ser la ley misma una manifestación del bien común al que naturalmente tiende.

Algo parecido en orden a la ampliación de la legitimación procesal acontece en el artículo siguiente (151), relativo al procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social excluídos los prestacionales, en cuyos n.º 5 y 6 se abre el proceso a

> "los empresarios y los trabajadores afectados o los causahabientes de ambos, así como aquellos terceros a los que pudieran alcanzar las responsabilidades derivadas de los hechos considerados por el acto objeto de impugnación y quienes pudieran haber resultado perjudicados por los mismos, (que) podrán comparecer como parte en el procedimiento y serán emplazados al efecto, en especial cuando se trate de enjuiciar hechos que pudieran ser constitutivos de accidente de trabajo o enfermedad profesional.
>
> En los litigios sobre sanciones administrativas en materia de acoso laboral sexual o por razón de sexo, la víctima estará legitimada para comparecer en el procedimiento según su libre decisión y no podrá ser demandada o emplazada de comparecencia contra su voluntad. Si se requiriese el testimonio de la víctima el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias.
>
> Los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos, así como aquellos con implantación en el ámbito de efectos del litigio, y el empresario y la representación unitaria de los trabajadores en el ámbito de la empresa, podrán personarse y ser tenidos como parte en los procesos en los que tengan interés en defensa de los intereses

económicos y sociales que les son propios o en su función de velar por el cumplimiento de las normas vigentes, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones"[46].

Se reitera así el principio de audiencia de parte interesada aunque no sea inicialmente litigante, singularmente la de la víctima de determinados comportamientos motivo de la sanción cuya imposición se dilucida y la de quienes han de velar institucionalmente por intereses económicos y sociales —que aunque propios tienen proyección social más o menos extensa— y por el cumplimiento de las normas en uso. Todos ellos "podrán" comparecer a los efectos oportunos, es decir, que no se hallan obligados a asumir la condición de parte, siendo singularmente sensible el legislador —como no podía ser de otro modo— a la situación de la mencionada víctima, quien, no sólo no podrá ser demandada o emplazada de comparecencia en contra de sus designios, sino que si, como parece lo más probable, se requiriese su testimonio, el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de la práctica de tal prueba, teniendo en cuenta los factores o circunstancias que enumera la norma y otras, evidentemente, que, aun no determinadas, el caso concreto exigiese en lo que sería un ejercicio discrecional, pero fundado, de dicho órgano sin necesidad de serle sugerido.

En la misma línea pero en otro orden de cosas, el n.º 8, párrafo segundo, de ese precepto, al aludir al señalamiento del juicio con previa reclamación del expediente administrativo y cuanto con él se relaciona, establece que

"los hechos constatados por los inspectores de Trabajo y Seguridad Social o por los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados. El mismo valor probatorio tendrán los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes."

De este modo se vuelve sobre la idea de que la imparcialidad que se presume de los funcionarios especializados y de los que se hallan constituídos en autoridad, precisamente por tal presunción, actúan de buena fe y "dan fe" —valga la redundancia— de todo aquello cuan-

[46] Acerca de la legitimación sindical, puede verse Luelmo Millán, M. A. "La legitimación de los sindicatos en los procesos ante el orden social", págs 391 y ss, en VVAA, "Los sindicatos". Homenaje al profesor D. Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación. Lex Nova Thomson Euters, 1.ª edición, octubre 2014.

to hayan percibido o constatado en el ejercicio de sus funciones que tenga valor fáctico y que se plasme en un documento que, como las mismas actas de los primeros, tienen el carácter oficial de documento público (art 317.5.º LEC) con la fuerza probatorio que les asigna el art 319 LEC (plena en cuanto a los hechos, la fecha acto o estado de cosas documentado, identidad de los fedatarios y de los intervinientes) trasladando la carga de la acreditación de lo contrario a quien interese su impugnación, lo que en el ámbito material se corresponde con lo que respecto de los primeros dispone el art 53.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se promulga el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS).

En el artículo 155, en el ámbito de los procesos de conflictos colectivos, se reitera que

> "los sindicatos representativos, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, las asociaciones empresariales representativas en los términos del artículo 87 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto"[47].

En esa misma dirección, el art 177 de la LRJS relativo a la legitimación en los procesos de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas establece en sus números 2 y 4 las respectivas facultades (2) de **personación del sindicato como coadyuvante del trabajador lesionado** al que éste pertenezca, al objeto de reforzar su posición y pretensión y de dar mayor consistencia a las mismas en un esfuerzo de transparencia y como parte de su labor institucional a favor de los intereses generales en relación con el art 53.2 de la CE y 12 y ss de la LOLS, e igualmente podrá hacerlo cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, todo lo cual tiene que ver con la buena fe en su presencia e intervención en la causa y no sólo porque el trabajador esté afiliado al mismo, sobreentendiéndose que no prestaría su apoyo a éste de otro modo y por esa mera circunstancia, precisamente por el papel facultativo que le asigna la ley y por los derechos concernidos en ese proceso, de modo que su voluntaria adscripción al proceso tiene que ser fruto del mejor conocimiento posible del asunto y de su valoración previa, entendiendo que puede efectuar su aportación en el esclarecimiento del mismo.

[47] Sobre este concreto punto, Luelmo Millán, M.A., "La legitimación de los sindicatos en los procesos ante el orden social", pág. 399, en VVAA, "Los sindicatos", obra ya citada.

A ello se añade esa misma personación *"en supuestos de discriminación* (de) *las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado"*.

En el antedicho n.º 4 se alude de nuevo a

> "la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare; y si se requiriese su testimonio el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias".

Los términos, como se ve, son semejantes a los ya tratados, con la particularidad de la legitimación pasiva del posible causante del supuesto desafuero y de los matices resaltados como consecuencia de la antedicha transparencia y del principio de audiencia de quien pueda resultar condenado o directamente afectado por la resolución correspondiente resaltando que dicho sujeto puede tener con el empresario cualquier tipo de vínculo con el empresario, todo ello en la misma dirección aclaratoria de los hechos y de las responsabilidades en presencia de todos los posibles concernidos, en un ejercicio de prudencia normativa que como los otros elementos presentes en el diseño del procedimiento, constituye la premisa principal de la exigencia de buena fe en la conducta procesal de los directa o indirectamente implicados en aquél.

IX. DE LA BUENA FE CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Los medios de impugnación constituyen, teóricamente, un modo de aproximar el Derecho a la Justicia, de dar una nueva oportunidad a ésta en lo que pueda haber sido un error o desajuste a remediar por la misma o superior instancia, pero también se pueden erigir en

un instrumento de lo contrario y, probablemente, en una manera de obstaculizar el natural curso de las cosas y de demorar o enrarecer una situación que moral y jurídicamente debiera quedar ya definitivamente zanjada.

En cualquier caso, supone la culminación del principio de tutela efectiva judicial del art 24.1 de la CE y la fórmula consagrada, con mayor o menor recorrido, de cualquier ordenamiento jurídico. Implica también, por ello, una suerte de termómetro de la temperatura procesal y, en ocasiones, registro del grado de buena fe con que se conducen las partes, sobre todo a los ojos de un observador imparcial, que podrá medir el grado de lógica y ética necesidad del uso de tales medios en función de las circunstancias del caso, de la coyuntura procesal donde se sitúa la resolución impugnada o de los intereses en presencia, su calado y su justeza.

A tal fin se habilita el Libro III de la LRJS que comprende de los artículos 186 a 235 y que se estructura en tres títulos que, a su vez, se dividen, o no, en capítulos. En el primero de tales títulos, dedicado a los recursos contra providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos, es decir, resoluciones bien del/de la juez o tribunal o del letrado/a de la Administración de Justicia, cabe reseñar lo dispuesto en el n.º 3 del primero de sus preceptos (art 186) donde se consigna que "*la interposición del recurso de reposición no tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida*", en lo que constituye un ejercicio de congruencia con el principio de celeridad que conforma el proceso de esta clase, con la idea de proporcionalidad en relación con la decisión atacada que aparece reflejada en los n.º 1 y 2 del precepto y con la proscripción del fraude procesal, a lo que se añade una relación en el n.º 4 de las resoluciones que ni siquiera son susceptibles de tal recurso en función de la clase de procedimiento, salvaguardando en esos casos, del derecho "*de poder efectuar la alegación correspondiente en el acto de la vista*". Por otra parte, si no se cumplen los requisitos de tramitación exigidos en el artículo siguiente (187) el recurso se inadmitirá mediante providencia, no susceptible ya de recurso, o mediante decreto cuando sea una decisión del letrado/a de la Administración de Justicia, que, no obstante, permitirá un recurso de revisión ante la autoridad judicial, con lo que se adopta una especie de equilibrio entre el derecho a recurrir y su control por principio, lo que se extiende al auto resolutorio de la reposición, que, según el n.º 5 del precepto, no es ya recurrible aunque también con la salvaguarda de las excepciones o supuestos establecidos expresamente en la ley y "*sin perjuicio de poder efectuar la alegación correspondiente en el acto de la vista, en su caso, o de la responsabilidad civil que en otro caso*

proceda", previsión esta última de grave formulación que apunta a un error manifiesto y de todo punto injustificado del órgano jurisdiccional y de un daño constatado y evaluable a la parte afectada, en lo que constituiría una actitud de aquél ciertamente preocupante y excepcional, rozando la infracción penal y, en todo caso, desprovista de la atención y conocimiento consustanciales con su función, o lo que es lo mismo, con todo lo que implica su ejercicio en el marco general de esa buena fe ampliamente entendida y omnicomprensiva de las notas o caracteres de las conductas de cuantos intervienen en el proceso, siendo oportuno recordar, en fin, lo que se ha anticipado ya someramente acerca de la posible exigencia también de responsabilidad civil a los profesionales concurrentes en defensa o representación de cada una de las partes por el daño que hayan podido ocasionar a sus defendidos o representados, sin perjuicio, por otra parte, de las sanciones a que se pueden ver sometidos por su comportamiento indebido en el marco del proceso, que siempre sería contrario al concepto de buena fe, dados los caracteres que de la misma se han expuesto inicialmente.

La carencia de efectos suspensivos se reitera en el párrafo segundo del n.º 1 (su primer párrafo fue declarado inconstitucional por STC 72/(2018, de 21 de julio) del artículo 188 LRJS, relativo a la impugnación de la resolución del recurso de reposición en la modalidad de recurso de revisión contra los decretos que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación o en los que expresamente se prevea, añadiéndose que *"sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto*", nueva muestra clara de proscripción de comportamientos de mala fe o torticeros.

La necesidad lógica de resolver prontamente acerca de si cabe o no tramitar un recurso superior (suplicación o casación) determina que el auto que lo impida sea susceptible de recurso de queja según el artículo siguiente (189), con remisión para su tramitación a las reglas de la LEC contenidas en sus artículos 494 y 495, el primero de los cuales le da "carácter preferente" y el segundo un breve plazo para su resolución, así como la imposibilidad ya de recurrir el auto en que ésta consista, en línea todo ello con la elusión de las dilaciones indebidas y de las posibles malas prácticas de una parte contrarias a la buena fe que le es exigible.

En esta línea, el art 200 LRJS en el Título II (de ese mismo Libro III), dedicado al recurso de suplicación, dispone al abordar su posible inadmisión, que

> "1. instruido de los autos por tres días el Magistrado ponente, dará cuenta a la Sala del recurso interpuesto y ésta, identificando de forma

> sucinta las circunstancias justificativas, podrá oír al recurrente por tres días sobre la inadmisión del recurso por haberse incumplido de manera manifiesta e insubsanable los requisitos para recurrir o por existir doctrina jurisprudencial unificada del Tribunal Supremo en el mismo sentido que la sentencia recurrida.
>
> 2. Si la Sala estimara que concurre alguna de las causas de inadmisión referidas dictará, en el plazo de tres días, auto, contra el que no cabrá recurso, declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida con imposición de las costas al recurrente y con pérdida del depósito necesario para recurrir, dándose a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda y notificando la resolución a las partes y al Ministerio Fiscal."

Ello constituye un ejemplo más de temeridad o mala fe, en este caso de la parte litigante promotora del recurso, y tiene su consecuencia no sólo en el rechazo judicial correspondiente contra el que no cabrá ulterior recurso, sino, además, en la imposición de las costas causadas y la pérdida de depósito, así como de consignaciones y aseguramientos, que es un medio hasta cierto punto eficaz para disuadir del planteamiento de aquél, aunque, en ocasiones, haya sido ya un riesgo calculado y asumido de todos modos porque la demora que ello supone y la ampliación de los trámites hasta la apertura de la fase ejecutiva correspondiente a la sentencia firme, puede, acaso, compensar a quien lo ha generado.

La buena fe (innominadamente) aparece de nuevo en el artículo 203, y su contraria y la parigualada temeridad en el 204.

El primero de ellos dice que

> "1. cuando la Sala revoque totalmente la sentencia de instancia y el recurrente haya consignado en metálico la cantidad importe de la condena o asegurado la misma conforme a lo prevenido en esta Ley, así como constituido el depósito para recurrir, el fallo dispondrá la devolución de todas las consignaciones y del depósito y la cancelación de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia.
>
> 2. Si estimado el recurso de suplicación se condenara a una cantidad inferior a la reconocida por la resolución recurrida, el fallo dispondrá la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación también parcial de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia.
>
> 3. En todos los supuestos de estimación parcial del recurso de suplicación, el fallo dispondrá la devolución de la totalidad del depósito".

Medida, pues, de proporcionalidad con el nivel de acogimiento de la/s pretensión/es del recurso para las consignaciones, depósitos y ase-

guramientos y también con al que se haya contraído el recurso, que puede haberse reducido a instar una condena inferior a la impuesta con la que, por tanto, no estaría la parte afectada en desacuerdo más que en términos relativos, lo que daría medida de un planteamiento de buena fe y equilibrado.

Por su parte, el artículo siguiente (204) aborda ya frontalmente la pérdida de las cantidades consignadas estableciendo que *"cuando la Sala confirme la sentencia y el recurrente haya consignado las cantidades a las que se refiere la presente Ley, el fallo condenará a la* ***pérdida de las consignaciones****, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme"*.

Y añade en relación con la temeridad o mala fe judicialmente constatada que

> "en el caso de que el juez haya impuesto a la parte que obró con mala fe o temeridad la multa que señalan el apartado 4 del artículo 75 y el apartado 3 del artículo 97, la sentencia de la Sala confirmará o no, en todo o en parte, dicha multa, pronunciándose asimismo, cuando el condenado fuere el empresario, sobre los honorarios de los abogados o de los graduados sociales impuestos en la sentencia recurrida. La Sala podrá imponer dichas sanciones y medidas a los recurrentes de apreciarse temeridad o mala fe en la actuación de las partes o su representación procesal durante el recurso.

Se prevé, pues, de un modo semejante a como se hace en el ya comentado artículo 97 LRJS pero ahora más extensamente, la alternativa de la Sala de mantener o reducir la multa impuesta por el órgano jurisdiccional inferior en función de la percepción que el superior tenga de la situación y circunstancias en presencia, dejándolo, pues, a su libre arbitrio y conforme a los dictados de la prudencia que debe presidir sus resoluciones en lo que es una nueva muestra de su institucional buena fe, sin que, en todo caso, se prevea el incremento del importe de la sanción, que supondría una *"reformatio in peius"* en ese punto.

De otro lado, los honorarios de abogados y graduados sociales son asimismo susceptibles de ser impuestos no sólo al empresario condenado en la instancia cuando la sentencia de ésta se confirme, sino, como la multa misma, a su "representación procesal durante el recurso", término amplio en el que concurrirían cuantos hayan asumido de algún modo su defensa en esa fase o sólo alguno/s de ellos, según el caso concreto, y es esto así porque, a veces, es esa representación la auténtica responsable de lo acontecido entonces por su mala dirección o gestión y/o contumacia en sus errores.

Por último,

> "si el recurrente hubiera asegurado el importe de la condena conforme a lo prevenido en esta Ley mandará la Sala en su fallo confirmatorio que se mantengan los aseguramientos prestados, hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la sentencia resuelva la realización de dichos aseguramientos.
>
> Si el recurrente hubiera constituido el depósito necesario para recurrir, la sentencia confirmatoria dispondrá su pérdida, lo que se realizará cuando la sentencia sea firme.".

Estas son las últimas secuelas de la confirmación de la sentencia recurrida, lógicas con la necesidad de cubrir y garantizar desde un primer momento la condena y su importe económico para el caso de que se mantenga lo resuelto en la instancia, lo que está vigente mientras no se revoque dicho pronunciamiento, constituyendo tales medidas una garantía de ejecución del mismo en tanto siga de este modo y cuando, en su caso, se confirme. Se trata, por tanto, del control legal para que no quede defraudada la expectativa de la parte recurrida que ha sido la vencedora hasta entonces, evitando teóricos comportamientos defraudatorios y contrarios a la buena fe de la contraria, que podrían producirse si se tuviera acceso al recurso sin esas garantías.

Presumiéndose esa buena fe, cabría preguntarse por qué tales requerimientos pero lo cierto es que podría decirse —de una manera un tanto figurada y quizás hiperbólica— que el legislador ha de obrar, también institucionalmente, con la diligencia de un buen padre de familia en beneficio de la realización de la justicia y de la más intensa relación del Derecho con ella, singularmente la distributiva, previendo y tomando las medidas necesarias para la efectividad final del imperativo categórico de dar a cada uno lo suyo.

Y ya en el ámbito del recurso de casación (Título III del Libro III de la LRJS), sólo muy excepcionalmente y en algún caso decididamente singular, podría sostenerse que la referencia que hace el artículo 207 a) , al abordar los motivos del mismo y referirse al "*abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción*"(aludiendo con ello al comportamiento procesal del órgano jurisdiccional que hubiese dictado la sentencia o auto recurrido), albergue, según la parte recurrente que se lo achaca, una conducta no sólo contraria a tal ejercicio sino opuesta a la buena fe procesal, porque ello, de antemano, según se viene reiterando, es naturalmente ajeno al mismo en virtud de los principios que informan su propia actividad, de modo que únicamente conduciría, de confirmarse tal anomalía, a la apreciación puntual de una gestión del proceso fuera de sus límites, y, en consecuencia,

para catalogar ese "abuso" o "exceso" de antítesis de la buena fe y denunciar, en su caso, también otra cosa, habría, cuanto menos, que acreditar, además, su origen en la intencionalidad o mala fe, o en la temeridad o ignorancia inexcusable en dicho comportamiento, que, inicialmente, no constituye sino una posible alteración del ámbito operativo o disfunción subsanable (como las demás infracciones catalogadas en el precepto) ante la instancia suprema de la jurisdicción para su corrección conforme a Derecho (art. 215).

Tampoco tiene más trascendencia que la inadmisión del recurso el incumplimiento *"de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos para recurrir"* del n.º 4 del art 213 con las consecuencias de su n.º 5 en orden a consignaciones, depósitos y aseguramientos prestados, porque, como con otros motivos igualmente relacionados en la norma para decidir esa inadmisión, no se alude con ello a una actitud de rebeldía de la parte recurrente, a la que no se le ha hecho ninguna admonición previa sobre el particular, sino tan solo a una ignorancia o error que, en todo caso, dado su carácter superlativo, podría generar la responsabilidad del/de los profesional/es que ha/n interpuesto el recurso en nombre de la parte por la que se presenta, aunque ahí (fuera de la esfera del recurso) precisamente por la ausencia de buena fe que supone el ejercicio de la actividad sin el conocimiento o la diligencia que le es inherente.

El artículo 213.4 vuelve sobre lo que constituye una constante en la norma al referirse a la admisión de recursos extraordinarios como es el incumplimiento "*de manera manifiesta e insubsanable*" de los requisitos que son exigibles para su interposición entre otras posibles deficiencias, lo que ya se adelantó que podía deberse a mero error, ignorancia o simple intención de no someterse a su observancia, en lo que constituiría una actitud tan irreflexiva como poco práctica, a menos que lo que se pretendiera fuese tan solo retardar de alguna manera, y en lo posible, el fin del procedimiento con clara transgresión de la indispensable buena fe procesal, conllevando todo ello conforme al n.º 5 del mismo precepto, la imposición de costas, pérdida del depósito necesario para recurrir y dación del destino que corresponda a las consignaciones y aseguramientos prestados.

Si, por el contrario, no sólo se admitiese sino que se estimase el recurso, el art 216 dispone la devolución de las cantidades consignadas en los términos de sus números 2 y 3, que se tornará en pérdida cuando el recurso hubiese sufrido la suerte contraria (desestimación), conforme previene el art 217, cuyo n.º 2 precisa, una vez más, lo que acontecerá, si se ha advertido mala fe o temeridad, a la parte que in-

currió en ella/s en los términos punitivos de la multa, ya impuesta en la sentencia de instancia, que refiere con reiterada cita de los artículos 75 y 97.3, repitiendo que la Sala "podrá" pronunciarse (es decir, que se trata de una facultad del órgano jurisdiccional, que no está, por tanto, obligado a determinar dicha medida), en cuanto a los honorarios de los abogados si igualmente hubieran sido impuestos en la sentencia recurrida, medidas todas ellas que también se podrían imponer a los recurrentes "*de apreciarse* ***temeridad o mala f****e en la actuación de las partes* ***o su representación procesal*** *durante el recurso.*", aspecto este último que haría teóricamente factible la oportuna ulterior reclamación de la parte (cliente) al profesional que la haya dirigido.

En el ámbito del concreto recurso de casación para la unificación de doctrina (Título IV del mismo Libro II de la LRJS), el art 222 relativo a su preparación, en su n.º 2 insistiendo en la misma idea, como norma común a semejantes situaciones, de que

> "Si la resolución impugnada no fuera recurrible en casación, si el recurso no se hubiera preparado dentro de plazo, si el escrito de preparación no contuviera las menciones exigidas para la fundamentación del recurso, o si el recurrente hubiera incumplido los requisitos necesarios para la preparación del recurso de modo insubsanable o no hubiera subsanado dichos requisitos dentro del término conferido al efecto, en la forma dispuesta en el apartado 5 del artículo 230, la Sala de suplicación declarará, mediante auto, tener por no preparado el recurso, quedando firme, en su caso, la resolución impugnada. Contra este auto podrá recurrirse en queja ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo".

En esa línea, el art 225 referente a la decisión sobre la admisión del recurso, expresa en su número 1 que

> "1. recibidos los autos en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, si el secretario judicial apreciara el defecto insubsanable de haberse preparado o interpuesto fuera de plazo dictará decreto poniendo fin al trámite del recurso, contra el que sólo procederá recurso de revisión.
>
> De apreciar defectos subsanables en la tramitación del recurso, o en su preparación e interposición, concederá a la parte un plazo de diez días para la aportación de los documentos omitidos o la subsanación de los defectos apreciados.
>
> De no efectuarse la subsanación en el tiempo y forma establecidos, dará cuenta a la Sala para que resuelva lo que proceda y de dictarse auto poniendo fin al trámite del recurso, declarará la firmeza en su caso de la resolución recurrida, con pérdida del depósito constituido y remisión de las actuaciones a la Sala de procedencia. Contra dicho auto sólo procederá recurso de reposición."

Cabe, pues, distinguir entre posible insubsanabilidad del defecto o subsanabilidad en el plazo que se confiera conforme a la ley, suponiendo lo primero el fin del trámite, resultando evidente que si los motivos son preparación o interposición de aquél fuera del plazo al efecto, ha existido, al menos no acreditándose fuerza mayor, un abandono o lasitud culpable cuya responsabilidad cabrá, acaso, que exigir a alguien, pero no lo hará el órgano jurisdiccional ni en ese procedimiento sino el perjudicado si es que no se debe a él mismo esa situación.

La Ley ha incluído en su título siguiente (V) unas disposiciones comunes a los recursos de suplicación (conocida también como la pequeña casación) y la casación en sus dos precitadas modalidades, volviendo a prevenir en su art 230.4. 5 y 6 que

> "si el recurrente no hubiere efectuado la consignación o aseguramiento de la cantidad objeto de condena en la forma prevenida en los apartados anteriores, incluidas las especialidades en materia de Seguridad Social, el juzgado o la Sala tendrán por no anunciado o por no preparado el recurso de suplicación o de casación, según proceda, y declararán la firmeza de la resolución mediante auto contra el que podrá recurrirse en queja ante la Sala que hubiera debido conocer del recurso.
>
> 5. El secretario judicial concederá a la parte recurrente, con carácter previo a que se resuelva sobre el anuncio o preparación, un plazo de cinco días para la subsanación de los defectos advertidos, si el recurrente hubiera incurrido en defectos consistentes en:
>
> a) Insuficiencia de la consignación o del aseguramiento efectuados, incluidas las especialidades en materia de Seguridad Social.
>
> b) Falta de aportación, en el momento del anuncio o preparación del recurso, de los justificantes de la consignación o del aseguramiento, siempre que el requisito se hubiera cumplimentado dentro del plazo de anuncio o preparación.
>
> c) Defecto, omisión o error en la constitución del depósito o en la justificación documental del mismo.
>
> d) Falta de acreditación o acreditación insuficiente de la representación necesaria o de cualquier requisito formal de carácter subsanable necesario para el anuncio o preparación.
>
> 6. De no efectuarse la subsanación en tiempo y forma se dictará auto poniendo fin al trámite del recurso, quedando firme la resolución. Contra dicho auto podrá recurrirse en queja ante la Sala que hubiera debido conocer del recurso."

A todo ello es aplicable cuanto ya se ha comentado en parecidas disposiciones precedentes, siendo de reseñar que en estos casos, la posible subsanación no es susceptible de reiteración una vez reque-

rida, porque ello, evidentemente, supondría otorgar una ventaja a dicha parte o iría en perjuicio de la contraria, quien ha de tener el lógico interés en que, de un modo u otro, el recurso no prosiga ni finalmente prospere, de modo que de esa inatención opuesta a la diligencia que la ley exige y es una nota más según se vio, de la actitud de buena fe como manifestación de sumisión a ésta y a los principios por los que la misma vela, se sigue la consecuencia precitada.

Una manifestación de buena fe institucional (en este caso, normativa o del propio poder legislativo), se contiene en el art 233 de la LRJS referente a la admisión de documentos nuevos en estos recursos, que establece que

> "1. La Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición, con devolución en su caso a la parte proponente de dichos documentos, de no acordarse su toma en consideración. De admitirse el documento, se dará traslado a la parte proponente para que, en el plazo de cinco días, complemente su recurso o su impugnación y por otros cinco días a la parte contraria a los fines correlativos.
>
> 2. El trámite al que se refiere el apartado anterior interrumpirá el que, en su caso, acuerde la Sala sobre la inadmisión del propio recurso."

Se establece, pues, una regla general por la que la norma a seguir es la de la inadmisibilidad de documentos ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos, al objeto de no enrarecer ni complicar con dichas aportaciones, en principio extemporáneas, el diseño preestablecido y alcanzado hasta entonces del proceso en lo que constituye un mandato racional y lógico, en tanto en cuanto se concibe aquél como un *iter* o camino en el que cada cosa, trámite o fase tiene su lugar y su justificación apriorística en función, entre otros extremos, del principio de orden que debe presidirlo, que a su vez, se halla en íntima relación con el de seguridad jurídica. Todo lo demás supone, en consecuencia y cuanto menos, desorden y confusión si no ventaja injustificada para una de las partes.

A partir de ahí, se impone el principio de buena fe institucional (normativa) que acomoda a cada caso la delimitación preceptual por la apreciación acreditada de circunstancias que han hecho imposible hasta entonces exigiendo que los documentos o resoluciones que se intentan presentar ahora sean (o más bien, puedan ser) "decisivos", y de igualmente demostrada imposibilidad en su concurso pasado, a lo que se añade la, un tanto extraña y sobre todo vaga, posibilidad doblemente alternativa y en todo caso residual, de *que pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental*.

Todo ello constituye un auténtico cajón de sastre que si animado de una inicial mejor intención (*bona fides*), se desarrolla de un modo excesivamente laxo que traslada a la hermenéutica judicial la solución de cada caso en función de las condiciones y circunstancias que en el mismo concurran partiendo de una realidad o hecho/s objetivo/s y continuando con una valoración (pretendidamente objetiva también pero en todo caso afectada de un claro relativismo) que, en muchas ocasiones, da un amplio margen al error inducido, quedando al más prudente y al mejor criterio (buena fe judicial) del juzgador/a la decisión a adoptar, aunque la alusión final a los derechos fundamentales parece imponer de antemano una cierta "manga ancha" en el caso de la más mínima duda acerca de su posible vulneración y lo que ello comportaría de apertura procesal sin fin vía jurisdicción constitucional e incluso otros órganos supranacionales e internacionales.

En resumen, que, aunque quizás de modo mejorable, se halla latente en dicha disposición tanto la *equitas* normativa como la *prudentia* judicial, tratando de evitar la injusticia sobrevenida a la indefensión que imponen, a veces, las circunstancias, y de enmendar el camino repitiéndolo en lo posible, lo que debe hacerse de modo especialmente vigilante de no vulnerar con ello los derechos de la parte contraria, lo cual sólo en cierto modo se conjura dándole audiencia antes de resolver al respecto.

Y para cerrar esta fase en la clave elegida, el art 235 referente a la imposición de costas y convenio transaccional, aunque comienza consagrando el principio del vencimiento en esa materia, lo matiza en su n.º 2 al establecer en él que

> "La regla general del vencimiento establecida en el apartado anterior, no se aplicará cuando se trate de proceso sobre conflicto colectivo, en el que cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia. Ello no obstante, la Sala podrá imponer el pago de las costas

> a cualquiera de las partes que en dicho proceso o en el recurso hubiera actuado con temeridad o mala fe".

De manera que en este concreto procedimiento tal imposición es posible a "cualquiera de las partes" cuya conducta hubiera sido contraria a la buena fe a juicio del órgano jurisdiccional, añadiendo acto seguido en su n.º 3 de nuevo con carácter general, que

> "la Sala que resuelva el recurso de suplicación o casación o declare su inadmisibilidad podrá imponer a la parte recurrente que haya obrado con mala fe o temeridad la multa que señalan el apartado 4 del artículo 75 y el apartado 3 del artículo 97, así como cuando entienda que el recurso se interpuso con propósito dilatorio. Igualmente en tales casos, impondrá a dicho litigante, excepto cuando sea trabajador, funcionario, personal estatutario o beneficiario de la Seguridad Social, los honorarios de los abogados y, en su caso, de los graduados sociales colegiados actuantes en el recurso dentro de los límites fijados en el párrafo primero de este artículo. Cuando la Sala pretenda de oficio imponer las anteriores medidas, oirá previamente a las partes personadas en la forma que establezca".

Así pues, se retorna a los repetidos términos conducentes al art 75.4 y 97.3 de la LRJS, añadiendo una previsión que se echa de menos en los anteriores cual es la de que también se adoptará la medida "cuando entienda que el recurso se interpuso con ánimo dilatorio", una manifestación evidente y de otro modo rentable de la mala fe del/de la recurrente, conjugándose, en fin, los efectos de la original buena fe contractual con la buena fe procesal (o su ausencia) cuando se dispone en el cuarto y último número de este artículo 235 que

> "las partes podrán alcanzar, en cualquier momento durante la tramitación del recurso**, convenio transaccional que, de no apreciarse lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho, será homologado por el órgano jurisdiccional que se encuentre tramitando el recurso, mediante auto, poniendo así fin al litigio y asumiendo cada parte las costas causadas a su instancia, con devolución del depósito constituido.** El convenio transaccional, una vez homologado, sustituye el contenido de lo resuelto en la sentencia o sentencias anteriormente dictadas en el proceso y la resolución que homologue el mismo constituye título ejecutivo. **La impugnación de la transacción judicial así alcanzada se efectuará ante el órgano jurisdiccional que haya acordado la homologación, mediante el ejercicio por las partes de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad**, siguiendo los trámites establecidos para la impugnación de la conciliación judicial, sin que contra la sentencia dictada quepa recurso."

X. LA PRESENCIA DE LA BUENA FE EN LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS Y DEMÁS TÍTULOS EJECUTIVOS

Según una doctrina ya clásica[48],

> "el proceso de ejecución es la segunda de las dos grandes especies en que todo proceso puede dividirse. Si un proceso es, genéricamente hablando, aquella institución jurídica por la que se da satisfacción a pretensiones de parte, la figura asume la modalidad ejecutiva cuando lo que la parte pretende es que el órgano jurisdiccional verifique no una declaración de voluntad sino una conducta física, un acto real o material, que puede ser designado con el nombre específico de manifestación de voluntad, para distinguirlo de las declaraciones propiamente dichas.
>
> Mientras que en el proceso de cognición la pretensión procesal se satisface positivamente, es decir, se actúa declarando el juez aquello que el pretendiente solicita, en el proceso de ejecución la pretensión procesal no es satisfecha positivamente, esto es, actuada, si el juez no realiza una conducta física, distinta de la del mero declarar, que provoca no un cambio ideal en la situación existente entre las partes sino un cambio físico, real o material, con relación al que anteriormente existía.
>
> Proceso de ejecución, es, pues, aquel que tiene por objeto una pretensión en que se reclama del órgano jurisdiccional la realización de una manifestación de voluntad. Como esa manifestación de voluntad se conexiona a una declaración de voluntad anterior que la ordena o impone, aparece como el cumplimiento de la misma; y de aquí el nombre de ejecución que las medidas de esa clase reciben: se ejecuta en el proceso en cuanto que se da cumplimiento a lo dispuesto por el acto anterior que opera como título de la ejecución misma".

Confirmando todo ello, el artículo 117.3 de la CE dispone que *"el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos,* ***juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado****, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan."*, lo que reproduce el artículo 2.1 de la LOPJ.

A ello añade el artículo siguiente (118) que *"****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"*.

[48] Guasp Delgado, J., "Derecho Procesal Civil", segunda edición corregida, Instituto de Estudios Políticos, 1961, pág. 803

Y sobre la base de que en el segundo de estos preceptos se consagra como obligación del más alto rango la de colaborar todos, a solicitud de los órganos jurisdiccionales, tanto en el curso del proceso como en la propia ejecución de las resoluciones que le ponen fin, en lo que constituye un deber originariamente moral reproducido en el art 17.1 de la LOPJ y manifestación de la buena fe que ha de concurrir como norma de conducta para la efectividad de la idea de justicia en su vertiente y vehículo procesal, lo que más interesa ahora es poner de relieve la asignación de la competencia global ejecutora a juzgados y tribunales en el matizado sentido de "hacer ejecutar lo juzgado", es decir, impulsando, controlando o revisando las actuaciones de otros órganos a los que la legislación ordinaria pueda otorgar asimismo competencia ejecutora.

En efecto, el vigente artículo 456 de la LOPJ dispone en su n.º 6 que

> "los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias:
>
> a) Ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados…

Incluso en una fase anterior a la de ejecución se confiere también competencias a este Cuerpo más allá del ejercicio en exclusiva de la fe pública judicial (art 453 LOPJ) y de la dación de cuenta del art 455, añadiéndose en el precitado 456 las de los demás apartados de ese mismo número. Y en esos términos ha de interpretarse el contenido del art 237.2 LRJS cuando dice, tras reiterar en su número anterior (1) el carácter subsidiario de la LEC en esta materia, que "*La ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia, incluido el supuesto de resoluciones que aprueben u homologuen transacciones judiciales, acuerdos de mediación y acuerdos logrados en el proceso.*"

Se trata, pues, del órgano judicial en abstracto en cuanto a las competencias funcionales de la materia y en concreto (un determinado órgano judicial) en cuanto a la jurisdicción propiamente dicha. Y a pesar de que el capítulo con el que se abre la normativa en cuestión (I del Título I de Libro Cuarto) se refiere a las disposiciones de carácter general, en el precitado n.º 1 del precepto se comienza hablando de las sentencias "firmes", como también se hace en el artículo 239.1 al referirse a la solicitud de la ejecución, quedando reservado el Título II a la ejecución provisional, en lo que aparentemente constituye una subversión del orden lógico de las cosas puesto que cronológicamente también sería ésta la primera llamada, en su caso, a producirse

(aunque quizás no haya lugar a la misma) hasta tanto la resolución judicial adquiera la debida firmeza y permita la "otra" y definitiva ejecución.

En todo caso, no cabe duda de que no hay mejor ejecución que la que procesalmente no existe, es decir, la que no se solicita al órgano jurisdiccional competente porque no hay necesidad de ello, al darse cumplimiento voluntario a la misma por la parte condenada una vez que aquélla ha causado estado, es decir, ha devenido firme, lo que constituye una auténtica manifestación de buena fe de dicha parte, con mayor valor, si cabe, por tratarse de llevar a cabo y de asumir en su total dimensión la carga de una condena.

La ejecución legal es pues, forzosa y se inicia a instancia de parte salvo las que recaigan en los procedimientos de oficio que se iniciarán de este modo (artículo 239.1 LRJS), con la particularidad en esta jurisdicción social de que su tramitación ulterior es, en todo caso, de oficio (239.3) "dictándose al efecto las resoluciones necesarias" y con la precisión de que si la parte ejecutada se aviene a cumplir en su integridad la obligación exigida (una especie de buena fe sobrevenida) dentro del plazo dado en el precepto, "*no se le impondrán las costas de la ejecución que se hubiere instado*".

El artículo 240, dedicado a las partes y sujetos de la ejecución, dedica su n.º 1 a una previsión claramente tuteladora de derechos de quienes inicialmente no sean estrictamente partes al decir que "*quienes, sin figurar como acreedores o deudores en el título ejecutivo o sin haber sido declarados sucesores de unos u otros, aleguen un* ***derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución*** *que se trate de llevar a cabo, tendrán derecho a intervenir* ***en condiciones de igualdad con las partes en los actos que les afecten***", en lo que constituye una precisa mención de concernidos colaterales que pudieran sufrir las consecuencias indeseadas de su ausencia involuntaria de un litigio donde se deciden cuestiones que tienen que ver con ellos, aunque no sean sus actores principales, pero limitándose su presencia al estricto ámbito de aquellos actos procesales que realmente les atañan, en un claro ejercicio de prudencia legislativa, que se continúa en el n.º 2 respecto de la modificación o cambio de partes en la ejecución cuando medie oposición y sea necesaria prueba.

Todo ello, en definitiva, intenta predeterminar el ámbito del proceso en esta fase en beneficio de cuantos concurren al mismo y del propio proceso, para evitar confusiones en su seno y los retrasos que enlentecen y perjudican, en definitiva, a la administración de justicia.

El artículo 241, que lleva el sugestivo título de "tutela ejecutiva", tras declarar el principio de que la ejecución se llevará a efecto *"en los propios términos establecidos en el título que se ejecuta"*, es decir, sin digresiones ni disquisiciones (en la segunda acepción del término) de ningún tipo, vuelve, una vez más, para sancionarlos, sobre los comportamientos que ahora en esta fase, sean desidiosos o resistentes al cumplimiento de lo ordenado (mala fe) en los siguientes términos:

> "…2. Frente a la parte que, requerida al efecto, dejare transcurrir injustificadamente el plazo concedido sin efectuar lo ordenado, y mientras no cumpla o no acredite la imposibilidad de su cumplimiento específico, el secretario judicial, con el fin de obtener y asegurar el cumplimiento de la obligación que ejecute, podrá, tras audiencia de las partes, imponer apremios pecuniarios cuando ejecute obligaciones de dar, hacer o no hacer o para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial. Para fijar la cuantía de dichos apremios se tendrá en cuenta su finalidad, la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del requerido, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto, atendidas la ulterior conducta y la justificación que sobre aquellos extremos pudiera efectuar el apremiado. La cantidad fijada, que se ingresará en el Tesoro Público, no podrá exceder, por cada día de atraso en el cumplimiento, de la suma de trescientos euros.
>
> 3. De la misma forma y con idénticos trámites, el órgano judicial podrá imponer multas coercitivas a quienes, no siendo parte en la ejecución, incumplan injustificadamente sus requerimientos tendentes a lograr la debida y completa ejecución de lo resuelto o para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial. Todo ello sin perjuicio de la posible responsabilidad derivada de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 75."

Distingue, por tanto, la norma entre el comportamiento de la propia parte ejecutada y el de quienes no siendo parte en la ejecución, de algún modo incumplan los requerimientos judiciales al respecto, lo que trae a colación la referida obligación de prestar la colaboración a jueces y tribunales que, con carácter general, impone también la propia CE en su antedicho art 118 y en el igualmente mencionado artículo 17.1 LOPJ, que habla específicamente de colaborar, además, "en la ejecución de lo resuelto".

Ha de tenerse siempre presente que una resolución que no se ejecute por una u otra vía cuando es susceptible de serlo, constituye, en definitiva, una frustración de todo el ordenamiento procesal y del concreto mecanismo que la justicia se ha dado a sí misma para su realización, de tal manera que finalmente afecta a ésta en cuanto se declaran unos derechos y se efectúa una condena que constituye,

después de todo, un mero "brindis al sol", que muestra asimismo el camino a futuros transgresores de las responsabilidades judicialmente declaradas, que no dudarán así en interponer cuantos obstáculos procesales y materiales tengan a su alcance para impedir tal ejecución.

En el segundo párrafo se da una nueva muestra de lo que constituye una previsión de equilibrio en el proceder judicial en la imposición de los "apremios pecuniarios" que menciona, cuya aplicación se hará con medida y en proporción a la resistencia exhibida al cumplimiento y a la capacidad económica del obligado, que son dos factores de evaluación bien distintos, dejando, en fin, al arbitrio del órgano jurisdiccional la modificación y hasta la supresión de la medida como consecuencia de un posible cambio de orientación del responsable o también de la justificación de su proceder, todo lo cual supone un abanico de amplias posibilidades de actuación que singularizará y relativizará la decisión judicial correspondiente según las condiciones y circunstancias en presencia en un ejercicio normativo de buena fe.

Se añade por ello también, en fin, el tercer párrafo, referente a las "multas coercitivas" no ya a las partes sino a quienes no siendo parte en la ejecución igualmente puedan incurrir en insumisión a los mandatos judiciales recibidos tendentes a lograr que lo resuelto se cumpla y dejando siempre abierta la posibilidad de aplicación del tan reiterado art 75.3 LRJS.

Como concesión al principio de seguridad jurídica —que, en definitiva y siquiera sea remotamente, es también una manifestación de buena fe institucional en cuanto pone límite cronológico a la incertidumbre y combate la indolencia o falta de diligencia o, incluso, quizás designios soterrados contrarios a la transparencia del juego procesal por parte del ejecutante— el art 243 LRJS establece en su n.º 1 la declaración de un plazo de prescripción para solicitar la ejecución sirviendo de contrapeso (a favor esta vez del ejecutante) la posibilidad, contemplada en su n.º 3, de reiniciar la ejecución ya iniciada y posteriormente suspendida o archivada "*mientras no esté cumplida en su integridad la obligación que se ejecute*". De igual modo y en esa línea se halla el "aplazamiento por el tiempo imprescindible" en el caso del art 244, que partiendo (n.º 1) de que la ejecución únicamente podrá ser suspendida en los casos que a modo de excepción prevé acto seguido, prosigue después en sus números 3 y 4, que

> "3. Si el cumplimiento inmediato de la obligación que se ejecuta pudiera ocasionar a trabajadores dependientes del ejecutado perjuicios

> desproporcionados en relación a los que al ejecutante se derivarían del no cumplimiento exacto, por poner en peligro cierto la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora, el secretario judicial, mediante decreto recurrible directamente en revisión, podrá, previa audiencia de los interesados y en las condiciones que establezca, conceder un aplazamiento por el tiempo imprescindible.
>
> 4. El incumplimiento de las condiciones que se establezcan comportará, sin necesidad de declaración expresa ni de previo requerimiento, la pérdida del beneficio concedido".

Todo ello se enmarca en las atribuciones del letrado de la Administración de Justicia (excepto el último párrafo, que es imperativo) y en el contexto de la mesura y prudencia que ha de presidir toda actuación jurisdiccional, teniendo cuidado, por otra parte y fundamentalmente de que, paradójicamente, no se deriven a los trabajadores de la persona (física o jurídica) obligada por la ejecución, "perjuicios desproporcionados" del cumplimiento "inmediato" de la misma por el riesgo que ello conllevase para la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en relación con los que afectarían al propio ejecutante por el "no cumplimiento exacto" de tal obligación, de manera que se establece una previsión ponderativa a realizar por dicho funcionario a quien se atribuye la facultad, según dicha estimación, de aplazar, matizada ("en las condiciones que establezca") y limitadamente ("por el tiempo imprescindible") esa ejecución, en una suerte de equilibrio de los intereses en presencia que requiere de antemano la mejor intención y se ha de seguir del más completo estudio y valoración de las condiciones que se dan en cada caso, todo lo cual tiene su más definitoria expresión en el término griego *ἐπιείκεια* ("epiqueya", equivalente a conveniencia, moderación, benignidad, y en gran manera identificada con la "*equitas*" o ya mencionada equidad, aunque de anterior factura y de la que con bastante exactitud puede considerarse sinónimo) con larga tradición y recorrido filosófico y jurídico desde Platón y, fundamentalmente, Aristóteles, que le da ya un uso técnico partiendo de la idea de que no todo es legalmente previsible y que incluso la ley (su generalidad) es susceptible de ser "corregida", o más bien moderada, matizada o ajustada en la práctica acudiendo al concepto capital de la prudencia y sensibilidad en su aplicación, en una formulación que se desplaza desde la buena fe institucional normativa a la jurisdiccional, siendo obligada la remisión a lo ya expuesto al analizar el concepto de equidad como integrante de la buena fe en general y en el ámbito procesal.

Trasunto del comentario efectuado al precepto anterior es el que puede hacerse al del artículo siguiente de la Ley (245) relativo a las

reglas para la suspensión de la ejecución, que reitera la afirmación de que, como regla general (n.º 1), no cabe la suspensión de las resoluciones en esta fase y sus efectos, porque *"únicamente"* es posible en los casos *"expresamente establecidos en la ley"*, añadiendo sus números 2 y 3 que

> "2. No obstante, el órgano ejecutor podrá durante un mes, excepcionalmente prorrogable por otro, suspender cautelarmente, con o sin exigencia de fianza, la realización de los actos ejecutivos que pudieran producir un perjuicio de imposible o difícil reparación. Igual facultad tendrá la Sala que conozca del recurso interpuesto contra las resoluciones del órgano ejecutor y por el tiempo de tramitación del recurso.
>
> 3. La suspensión o su denegación podrá ser modificada en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron conocerse al tiempo de haberse resuelto sobre la suspensión".

En esta ocasión se habla más laxamente de "órgano ejecutor" para una suspensión "cautelar" cronológicamente limitada —aunque susceptible de prórroga igualmente tasada— en un intento de evitar males mayores o perjuicios "de imposible o difícil reparación", expresión ésta indeterminada, pero no por ello menos significativa, de potencial gravedad manifiesta y dejando siempre la puerta abierta, tanto en caso de la suspensión como de su denegación, a una ulterior reconsideración en función de "circunstancias sobrevenidas", de modo que se permite al órgano acordante volver sobre sus propias decisiones si entiende que, en un determinado momento no se cumple la premisa *"rebus sic stantibus"*, en lo que, una vez más le exige el equilibrio, ponderación y equidistancia de intereses que ha de regular, desde esa buena fe institucional (jurisdiccional), su quehacer en todo momento, supliendo así la imposibilidad de previsión casuística de la norma o incluso las deficiencias o inadecuación de la disposición aplicable al caso en la cronología o coyuntura del mismo.

También en el supuesto de transacción en la ejecución a la que se refiere el artículo 246 LRJS se da una intervención judicial decisiva en su n.º 4 fruto del mismo principio y modalidad de buena fe al preceptuar, tras referirse a la obligada homologación judicial del convenio al efecto mediante auto —aunque siempre *"velando por el* ***necesario equilibrio*** *de las prestaciones y la* ***igualdad entre las partes***" en lo que constituye un ejercicio dinámico y diligente de la posición de dicho órgano— a que cabe excepcionar dicha homologación cuando *"el acuerdo sea constitutivo de* ***lesión grave*** *para alguna de las partes o para terceros, de* ***fraude de ley o de abuso de derecho, o contrario al interés público,*** *o afecte a materias que se encuentren fuera del poder de disposición de las partes. La ejecución continuará*

hasta que no se constate el total cumplimiento del convenio, siendo título ejecutivo la resolución de homologación del acuerdo en sustitución del título ejecutivo inicial", de manera que se impone legalmente un control plural al no centrarse únicamente en el resultado para las partes sino también para terceros y para el interés público, por si se hubiese incurrido en su elaboración en alguno de los comportamientos contrarios a la buena fe: fraude de ley, abuso de derecho, y prolongándose la ejecución, por otra parte, hasta constatarse que el convenio en cuestión, de ser conforme a derecho, se ha cumplido totalmente, de manera que es la propia norma y el órgano jurisdiccional que la aplica los que imponen el respeto y la observancia del principio de buena fe y sus lógicos resultados y los protegen frente a conductas opuestas, tanto si son intencionales, como temerarias, como simplemente excesivas.

Algunas especialidades en la ejecución, como las colectivas (art 247 LRJS), tienen asimismo ciertas particularidades en el tema, cual es la necesidad de que el sindicato accionante acredite la autorización recibida para instar o adherirse al proceso de ejecución respecto de sus afiliados y la especialidad en tal sentido en relación con los no afiliados, de tal manera que se evidencie su legitimación y su buena fe en su participación en tal proceso (apartado b) de ese precepto), añadiéndose el plus de buena fe institucional (legal) al habilitarse una prórroga del plazo de la ejecución pecuniaria sobre la base de la acreditada complejidad del asunto (apartado c).

En este último extremo resulta oportuno recordar lo ya dicho acerca de la improrrogabilidad, por principio, de los plazos conforme a lo preceptuado en el precitado art 134.1 de la LEC, taxativa disposición que resulta, no obstante, dulcificada en el n.º 2 cuando dice que podrán interrumpirse dichos plazos (que no es lo mismo que prorrogarse) y demorarse los términos en casos de fuerza mayor que impida cumplirlos, lo cual, sin embargo, no es del todo coincidente con el precepto de la LRJS referido, que va más allá, porque en él no se trata de interrupción sino de pura prórroga —en principio, como se ha dicho, proscrita con carácter general— y no hace falta la fuerza mayor aludida sino tan solo una "complejidad del asunto" que es un concepto más indeterminado y que otorga mayor libertad al órgano jurisdiccional (Letrado de la Administración de Justicia en este caso) en su apreciación, y todo ello con la sana intención legislativa (buena fe institucional) de flexibilizar y aportar el propio esfuerzo normativo de hallar una vía más efectiva y más rápida (aunque en principio pueda parecer lo contrario) de consumar la ejecución.

Otro tipo de ejecución, la dineraria, fija en uno de los preceptos que la ley le dedica, una precisión respecto de los intereses de demora y costas a abonar en su caso (art 251) diciendo en cuanto a la primera (demora) que (n.º 2)

> "en cuanto a los intereses de la mora procesal se estará a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, transcurridos tres meses del despacho de la ejecución sin que el ejecutado cumpliere en su integridad la obligación, si se apreciase falta de diligencia en el cumplimiento de la ejecutoria, se hubiere incumplido la obligación de manifestar bienes o se hubieren ocultado elementos patrimoniales trascendentes en dicha manifestación, podrá incrementarse el interés legal a abonar en dos puntos."

Es decir, se está describiendo una clara situación de mala fe por parte del ejecutado, porque no se trata de una demora sin más en el cumplimiento de su obligación sino de un retraso injustificado o una omisión en su beneficio y claro perjuicio del ejecutante o incluso una actitud obstructiva y de relevante entidad, todo lo cual lleva aparejada como clara sanción (por entorpecerse la labor jurisdiccional) a la par que compensación de contrario por el perjuicio sufrido con todo ello, la del aumento porcentual del interés correspondiente, si bien se deja al criterio del órgano jurisdiccional, que no sólo deberá apreciar primero la concurrencia de alguna de esas circunstancias sino, además, entender que es procedente adoptar dicha medida, porque es posible que, de todos modos, se considere que no resulta oportuna, lo cual no deberá justificar más que en el caso de que la parte ejecutante haya solicitado expresamente dicha imposición, del mismo modo que habrá de aludir a esa concurrencia en el caso de que la adopte de oficio, lo que es asimismo posible dado que la norma no exige una petición en tal sentido sino tan solo la constatación de alguna de esas condiciones.

Otro ejemplo de mala fe lo contempla el n.º 2 del art 254 LRJS referente a los embargos en la precitada ejecución dineraria, al decir que "*también podrá acordarse la administración judicial, en los términos establecidos en el artículo 256, cuando se comprobare que la entidad pagadora o perceptora no cumple la orden de retención o ingreso, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedieran según lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 241* ***por falta de colaboración con la ejecución y efectividad de lo resuelto***." El mencionado art 241.3 se refiere, según se ha visto ya, a la imposición de multas coercitivas a quienes no siendo parte en la ejecución, incumplan injustificadamente los requerimientos del órgano judicial tendentes a lograr la ejecución de lo resuelto o el cumplimiento de las obligaciones impuestas en una resolución judicial, y, por su parte, el artículo 256 regula la adminis-

tración judicial de los bienes embargados, con nombramiento, en su caso, de administrador o interventor a tal fin, que deberá rendir cuenta final de su gestión, según su n.º 4, aludiendo el precepto siguiente (257) a la figura del depositario de los bienes, que si bien, en principio, habrá de ser el ejecutante o el ejecutado, también podrá ser un tercero si en esa previsión inicial hay oposición justificada de la parte contraria, es decir, si existe algún reparo razonable de adverso que deberá apreciar el letrado de la Administración de Justicia en quien recae la tarea de tal designación, con lo que asimismo planea sobre el precepto la idea de la buena fe o su posible ausencia tanto en quien haya de desempeñar el cometido mencionado contando con la confianza de la parte afectada y del propio órgano jurisdiccional, el cual asimismo habrá de actuar con la sensibilidad necesaria para apreciar la situación.

De ahí es posible pasar a la nueva mención de la obligada colaboración judicial en el n.º 2 del art 268 LRJS, relativo al pago a los acreedores, al precisar que

> "si lo hubiere aprobado previamente el juez, el secretario judicial podrá anticipar al pago del principal el abono de los gastos que necesariamente hubiere requerido la propia ejecución y el de los acreditados por terceros obligados a prestar la colaboración judicialmente requerida."

Se trata, como se ve, de una especial consideración legal hacia quienes han contribuído diligentemente a la ejecución soportando unos gastos por ello que no deben verse perjudicados por tal motivo, lo que será apreciado y decidido por el propio juez y cumplido por el letrado del órgano jurisdiccional, en lo que constituye una manifestación más de esa sensibilidad que se viene reiterando que ha de partir de la propia ley y seguirse en dicho órgano (buena fe institucional).

Por su parte el art 270, referente a la insuficiencia de bienes en ejecuciones acumuladas, habla de aplicar "***soluciones de proporcionalidad**, con respeto, en todo caso, a las preferencias de crédito establecidas en las leyes*" en tal contingencia, en lo que constituye una muestra más de la necesidad de que el proceso se dirija aquilatando las circunstancias concretas en presencia y la soluciona adecuada a las mismas, lo que exige los tan reiterados diligencia, equilibrio y sensibilidad de parte del órgano jurisdiccional.

Esa atención a las circunstancias en presencia aparece de nuevo en el art 281, en el marco de la ejecución de las sentencias firmes de despido del Capítulo III del Título II del Libro Cuarto de la LRJS, precepto relativo al auto de resolución del incidente de no readmisión donde se previene (n.º 2 b) que el/la juez,

> "en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los periodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto".

Contempla dicha norma un caso evidente de incumplimiento del mandato judicial plasmado en la sentencia que ha obligado al trabajador a solicitar el auxilio judicial y lo que de negativo tiene tal estado de cosas, tanto en pérdida económica, como en gasto, como en indebida demora, todo lo cual, en función, una vez más, de las circunstancias en presencia faculta al/ a la juez a fijar una indemnización que se suma a la que inicialmente corresponda por tal motivo, o lo que es lo mismo, a un incremento adicional de la misma que, dentro de los límites que se establecen, intenta paliar el perjuicio ocasionado por una conducta de esa índole, la cual, no obstante, habrá podido ser también involuntaria, por lo que se graduará "en atención" a aquéllas, con lo que la disposición desciende genéricamente al caso concreto desplazando los efectos de la previsión al referido/a dirimente, en lo que supone una conjunción institucional (poder legislativo y poder judicial) cuya efectividad puede lograrse a partir de la solicitud correspondiente de la parte perjudicada especificando el alcance del daño sufrido.

Cabría preguntarse si también —y de modo considerablemente más difícil— es posible acordar tal clase de indemnización de oficio cuando el daño sea notorio, lo que no parece, en principio, dentro del designio normativo, que habla tan solo de indemnización (compensación por daño) y no de multa, por lo que habría, cuanto menos, de extremarse la prudencia de la medida, pues es claro que al tratarse únicamente de paliar o compensar el perjuicio, éste ha de alegarse, acreditarse y pormenorizarse y esto sólo lo puede hacer la parte afectada, insertándose en el contexto del propio daño a la parte, que es quien sufre principalmente el retraso, y a veces ello no es fácil de evaluar sin su planteamiento, a lo que se ha de añadir que la actuación de oficio en esas ocasiones podría entenderse como una manera de otorgar más de lo pedido y, por tanto, que la resolución adoptada incurre en incongruencia, con lo que de ello se sigue.

Y en este mismo capítulo, el artículo 284 enumera las consecuencias del incumplimiento empresarial de la sentencia de readmisión del trabajador que fuere delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical o cuando dicha resolución declare la nulidad del despido (supuestos del art 282), precisando que (aparta-

do c) si tal readmisión no tuviere lugar o se hiciera en condiciones distintas a las que regían antes de producirse el despido habiéndose dictado por ello auto ordenando reponer al trabajador a su puesto dentro de los cinco días siguientes a la fecha de esa resolución sin que así se hiciese, el letrado de la Administración de Justicia se halla obligado, a acordar ("acordará"), como medida, que cuando el trabajador en cuestión sea miembro del comité de empresa o delegado sindical, continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo, *"**advirtiendo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio**, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta de acuerdo con lo que dispone el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto."*, admonición que, una vez más, se puede entender como una manifestación de buena fe institucional (legal) frente a una hipotética mala fe del empresario, quien, de este modo, conoce de antemano las consecuencias sancionatorias de un tal proceder .

El precepto inmediatamente posterior (285 LRJS) aborda una cuestión totalmente diferente cual es el lanzamiento del trabajador de la vivienda que ocupare por razón del trabajo, dándose de nuevo una excepción con la posibilidad de prórroga que establece al decir en su número 1 que "*cuando recaiga resolución firme en que se declare la extinción del contrato de trabajo, si el trabajador ocupare vivienda por razón del mismo deberá abandonarla en el plazo de un mes. **El secretario judicial, si existe motivo fundado, podrá prorrogar dicho plazo por dos meses más**"*. Es otra vez el criterio del órgano jurisdiccional el que ha de determinar "si existe motivo fundado" para prorrogar (y ampliamente, además, al triplicarse el tiempo inicialmente concedido por la norma si se computa también éste). Parece que la oportunidad se reduce a conceder, o no, esa prórroga en dichos concretos términos temporales pero nada se opone a que, razonadamente —como por otra parte es obligado al concederse la prórroga— se pueda establecer un período inferior aludiendo al motivo que haya para ello y el alcance que se le otorga en tal sentido una vez oída la parte que la solicita (el propio trabajador) y los argumentos que pueda oponer la otra parte, de manera que parece posible entender que el tan repetido plazo de prórroga tiene el carácter de máximo pero que cabe uno menor, porque hay que tener en cuenta ante todo el nivel de necesidad que se alega pero asimismo —aunque en segundo lugar— el interés objetivo de la empresa.

En este sentido, en fin y sin embargo, no resulta fácilmente incardinable en la referida previsión que se otorgue el tiempo completo de

la prórroga en dos, es decir, una inicial por un mes y otra posterior de otro tanto a la vista de la situación (o más de dos si se fraccionase aún más dicho período en un ejercicio procesal un tanto kafkiano), porque el precepto da a entender una y no cabe olvidar el referido carácter excepcional de la misma. En todo caso, lo único que interesa destacar aquí es ese nuevo ejercicio de buena fe institucional (poder legislativo y judicial) flexibilizando el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de la sentencia, lo que ha de realizarse en la medida lo más ajustada posible a la realidad y entidad de la coyuntura con el equilibrio exigible para que no se rompa en beneficio injustificado de una parte el estatus de cada una en el proceso de ejecución de la resolución ya firme.

Y ya en el ámbito del Capítulo IV de ese mismo Título y Libro de la LRJS, relativo a la ejecución de sentencias frente a entes públicos, con las que se cierran las disposiciones acerca de la ejecución de sentencias firmes, el art 287.3 y 4 , establece que

> "3. Mientras no conste la total ejecución de la sentencia, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, adoptará cuantas medidas sean adecuadas para promoverla y activarla, siendo con tal fin de aplicación supletoria lo dispuesto para la ejecución de sentencias en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
>
> 4. El órgano jurisdiccional, previo requerimiento de la Administración condenada por un nuevo plazo de un mes y citando, en su caso, de comparecencia a las partes, podrá decidir cuantas cuestiones se planteen en la ejecución, y especialmente las siguientes:
>
> a) Órgano administrativo y funcionarios que han de responsabilizarse de realizar las actuaciones, pudiendo requerir a la Administración a tal efecto para que facilite la identidad de la autoridad o funcionario responsable del cumplimiento de la ejecutoria, al objeto de individualizar oportunamente las responsabilidades derivadas, incluidas las responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar, sin perjuicio de las comprobaciones de oficio que deban llevarse a cabo al respecto…
>
> …d) Medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado, en los términos establecidos en esta Ley, salvo lo previsto en el artículo 241, que no será de aplicación excepto en caso de incumplimiento de lo resuelto por el órgano jurisdiccional en la comparecencia a que se refiere el presente apartado.
>
> e) Cuando la Administración pública fuera condenada al pago de cantidad líquida, el devengo de intereses procederá conforme a lo dispuesto en la legislación presupuestaria, si bien en el supuesto de que hubiera sido necesario el ulterior requerimiento establecido en este apartado, la autoridad judicial, apreciando falta de diligencia en el

incumplimiento, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar".

Todo el precepto contiene una clara referencia a la libertad de actuación del órgano jurisdiccional conferida por el legislador a los fines que señala, facultando a éste a que adopte determinadas decisiones, que habrá que sopesar previamente (y prudentemente) en función de las circunstancias concurrentes y sobre la base de la constancia del incumplimiento o desobediencia imputados a la Administración con ocasión de la ejecución de lo resuelto, incluídos la responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios y el incremento porcentual de intereses por la mala fe exhibida por los mismos.

La Ley cierra su articulado con un nuevo Título (el II) de su Libro Cuarto que hace mérito a la ejecución provisional y que por lo que respecta a la materia objeto de estudio dispone que tal clase de ejecución cabe cuando lo solicite la parte interesada asumiendo solidariamente con el Estado la obligación de reintegro cuando proceda (art 290). A partir de ahí, en caso de revocación de la sentencia recurrida *"y el trabajador resultare deudor en todo o en parte de la cantidad anticipada**, habrá de reintegrar esta cantidad al empresario si se hubiera detraído el anticipo de la consignación**, quedando en este caso el Estado responsable solidario con el trabajador respecto del empresario."* (art 292.1), imponiéndole las exigencias de la buena fe dicho reintegro, pero si éste no se produce, el artículo siguiente (art 293) establece en su n.º 1 que *"**si se incumple la obligación de reintegro, será título bastante para iniciar la ejecución destinada a hacerla efectiva la resolución firme en que se acordaba la ejecución provisional** junto con la certificación, librada por el secretario judicial o por el organismo gestor, en la que se determinaran las cantidades abonadas"*, añadiendo en su número 2 que *"cuando la realización forzosa inmediata de la cantidad adeudada **pudiera causar perjuicio grave al trabajador, el juez podrá conceder aplazamiento hasta por un año de la obligación de pago, adoptando las medidas de aseguramiento oportunas para garantizar** la efectividad de la ejecución"*.

Siguiendo una técnica conocida, se añaden previsiones en orden a sopesar la realización inmediata del reintegro y el daño que ello pueda causar al afectado/a, en cuanto se sobreentiende que es económicamente la parte "más débil", por lo que se le podrá conceder un aplazamiento no de sus obligaciones estrictamente procesales sino de la material o de fondo de restituir lo que es ya un abono indebido, porque fue concedido en su momento en la resolución recurrida y posteriormente revocada por otra de un órgano superior con anticipo mientras se sustanciaba el recurso por evidente razón de necesidad

del interesado/a, de ahí que si esa automática causa un perjuicio grave, el/la juez puede conceder el aplazamiento correspondiente "hasta" por un año, es decir, no más de ese plazo, que se constituye en límite y adoptando las medidas de aseguramiento "oportunas", concepto jurídico indeterminado que permite una flexibilidad de movimientos en función siempre de las circunstancias de toda índole (personales y económicas) y de las propias condiciones del caso, de modo que se reitera la exigencia de diligencia y prudencia del dirimente.

Por otra parte, si mudase la situación o se llegase posteriormente a la conclusión de que tal perjuicio no era real porque los hechos demostrasen otra cosa, no parece que exista obstáculo a dar por finalizado anticipadamente tal aplazamiento —que, evidentemente, no favorece a la parte contraria— razonándolo debidamente, contra lo que cabrá el correspondiente recurso de reposición, de acuerdo con lo que declara, con carácter general, el art 186.2 LRJS y específicamente su artículo 304.3, sin perjuicio, incluso, finalmente y en su caso, de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el solicitante del aplazamiento si se evidenciase que hubiera obrado fraudulentamente (mala fe) con su petición.

Dentro del siguiente Capítulo (II), referente a las sentencias condenatorias en materia de seguridad social, el artículo 296 aborda la ejecución provisional de sentencias condenatorias a obligaciones de hacer o no hacer, estableciendo una nueva facultad judicial al decir que "***a petición*** *del beneficiario favorecido por ellas, el juez o la Sala,* ***ponderando las circunstancias concurrentes****,* ***podrá acordar también la ejecución provisional, sin exigencia de fianza,*** *de las sentencias condenatorias a obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social."*

Se parte de la base de que esa solicitud viene avalada por las aludidas circunstancias en presencia y que la buena fe de quien la presenta le impide desvirtuarlas, lo que, por otra parte, no debería tener ocasión de ser así precisamente porque corresponde al juez o tribunal "ponderarlas" para acordar finalmente esa clase de ejecución sin fianza, incumbiendo en todo caso a la parte contraria (el organismo ejecutado) alegar y acreditar cuanto entienda oportuno en oposición a la medida.

Y es, en fin, en el artículo 299, dentro del Capítulo III dedicado a la ejecución provisional de las sentencias de despido, donde se sitúa —por exclusión— una nueva relación con la buena fe que ha de presidir el comportamiento de cuantos intervienen en el proceso cuando se declara que "*el* ***incumplimiento injustificado por parte del traba-***

jador *del requerimiento empresarial de reanudación de la prestación de servicios acarreará la* ***pérdida definitiva*** *de los salarios a que se refieren los artículos anteriores.*"

Parece lógico entender que si se trata de un incumplimiento no forzado o inevitable sino "injustificado", se debe a la ausencia de buena fe por parte, en este caso, del trabajador, que no atiende al legítimo requerimiento empresarial según los artículos precedentes del mismo capítulo y, por tanto, que si se continuase abonando los salarios, se estaría en un caso de enriquecimiento injusto de aquél, que no trabajaría pero cobraría, rompiendo el sinalagma contractual. Y se añade que la pérdida de tales salarios será "definitiva", esto es, que no cabe la vuelta atrás respecto a los mismos, lo que, por otra parte, resulta redundante porque el trabajo no prestado no es posible recuperarlo, al corresponder a un tiempo ya transcurrido.

La buena fe obliga a que cada uno otorgue y reciba lo suyo: el trabajador el salario por su trabajo y el empresario lo mismo pero al revés, por lo que la consecuencia inexorable de un incumplimiento en los términos que dice la ley ("injustificado") no puede ser otra, mientras persista un comportamiento de tal clase, sin perjuicio de lo que depare el futuro que traerá la confirmación o revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada. Ello no parece dejar lugar a dudas con la expresión final "los salarios a que se refieren los artículos anteriores", de lo que se desprende que es a ellos, exclusivamente, a los que se limita la pérdida mientras se mantenga la actitud del trabajador y no a la ejecución provisional propiamente dicha, de modo que cuando se avenga a razones y dé el cumplimiento debido, se reanudará la misma hasta que se produzca la resolución definitiva.

Como una especie de pequeño "cajón de sastre" se formula un Capítulo IV y penúltimo de este Título y de la propia Ley donde se regula la ejecución provisional de las sentencias condenatorias recaídas en "otros procesos" en un solo precepto, el art 303, cuyos n.º 1 y 2 contienen sendas alusiones tácitas a la prudencia, el equilibrio o equidad y a la diligencia u oportunidad como muestras del buen hacer o buena fe del propio órgano judicial (que venimos considerando particular, especial, "impropia" o *sui generis*) cuando se dice:

> "1. Las sentencias que recaigan en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de los convenios colectivos y en los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas, serán ejecutivas desde que se dicten, según la naturaleza de la pretensión reconocida, no obstante el recurso que contra ellas pudiera interponerse y sin perjuicio de las limitaciones que pudieran acordarse para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación.

> 2. En las sentencias recaídas en procesos seguidos en impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y seguridad social podrá acordarse la ejecución provisional, salvo que la misma sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de difícil reparación. En materia de prestaciones de Seguridad Social se estará a su normativa específica."

En ambas clases de ejecuciones provisionales se tienen en cuenta esos posibles perjuicios de "difícil" o decididamente "imposible" reparación, o conducentes a crear una situación "irreversible", para atenuar los efectos de la misma, debiendo tener en cuenta el juzgador/a que el daño que ha de atisbarse no es uno cualquiera sino irreparable y grave, como sugieren los calificativos que lo acompañan. De llegarse a una conclusión apreciativa, lo que la ley instaura nuevamente, es la facultad judicial al respecto porque entiende que ni se pueden prever todos en la norma ni tampoco la/s medida/s a adoptar en su caso, por lo que traslada la responsabilidad de la oportuna decisión al sujeto dirimente, que habrá de prodigarse en las virtudes que le exige el principio para limitar o incluso no acordar la ejecución provisional, siempre razonadamente y tras haber escuchado a ambas partes, que además de ser una exigencia procesal de primer orden, confiere una perspectiva completa de la situación, como antes de adoptar cualquier decisión exige la buena fe.

XI. EPÍLOGO

La buena fe como ideal de comportamiento del ser humano en sociedad traspuesto al ordenamiento jurídico. Su exigibilidad en todos los órdenes del mismo y su trascendencia en el ámbito procesal a modo de factor regulador. Diversidad del concepto latamente entendido: norma, órgano jurisdiccional, partes y terceros.

De cuanto se ha venido diciendo, pueden resaltarse las siguientes notas:

1) La buena fe es un modo —el mejor— de concebir la vida en sociedad. Constituye su sustrato cultural y se trata de un concepto, tan capital, que alcanza a sostener la propia infraestructura de la misma, sirviendo de base, en el ámbito jurídico, al propio pacto social, y de ahí, al conjunto de relaciones tanto materiales (fundamentalmente contratos pero no sólo ellos o en su ámbito más estricto, sino también en cuanto de ellos derive entre las

propias partes o con terceros[49]) como formales, afectando a los directamente concernidos, a los terceros relacionados con ellos y a los llamados, en su caso, a intervenir en la solución de los posibles conflictos, diversamente encauzados en el proceso, el arbitraje o la mediación, e incluso a los llamados a prevenirlos.

2) La buena fe, en su raíz, pertenece al mundo de lo que Freud[50] integra dentro de su triple calificación ello-yo-superyo como esto último (superyo) o "juez interior" o conciencia moral, que representa, si se suavizare un tanto en la concepción de su autor, el ideal de un comportamiento siempre correcto y con la capacidad de generar sentimientos de culpa cuando no se respeta. Pero más allá de esa perspectiva, se corresponde con la nobleza de espíritu y la natural disposición a dar a cada cosa su valor en un sistema de vida ordenado a la prosecución de un fin por los medios que dicta la conciencia de cada uno, pero, en todo caso, en directa sintonía con la observancia de la ley.

   Podría decirse, en definitiva, que en la buena fe se concitan la ética y la estética, en cuanto que el comportamiento que de ella deriva es, por un lado, el exigible en una sociedad civilizada y en auténtico progreso (no el material —que también, aunque éste sea como consecuencia— sino el de los valores ineludibles para hacerla avanzar en la dirección correcta). Por otro lado, dicha conducta es, además, la que pone de manifiesto al espectador u observador el perfil más atractivo y elegante del ser humano.

3) Lo que la buena fe genera en cualquier plano es confianza, y en el ámbito jurídico, una especial y legítima en que lo pactado o lo litigado se resolverá no ya según interesa en cada caso o momento a un determinado sujeto o colectivo sino conforme a lo acordado o las prescripciones legales, por lo que no puede ser defraudada sin consecuencias para quien no la tiene, la ataca (mala fe), la desprecia o abandona.

   Se trata, en definitiva, de lo que se considera el "buen sentido" que debe anteceder e impregnar cualquier actividad humana[51] para darle a ésta su más genuina expresión como tal.

---

[49] Véase, p.e., el art 55.2 del RDlegislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

[50] VVAA "Sigmund Freud, el fundador del psicoanálisis", Edit. Salvat S.L., 2017, pág.75.

[51] Por eso señala el ficticio detective Bernie Gunther, protagonista de la novela del muy exitoso y lamentablemente malogrado Philip Kerr, "Azul de Prusia" (de su ciclo ambientado en la Alemania nazi), que él no permite en sus investigaciones que "la política vaya por delante del buen sentido"

4) La formulación jurídica del concepto tiene una doble perspectiva en cuanto se contempla tanto la buena fe como fenómeno positivo y la mala fe como su opuesto al que se parigualan el abuso de derecho, la temeridad y el fraude, siendo exigible aquélla en el ámbito procesal a "todos" cuantos intervienen en el proceso, lo que no se reduce, como ya se ha apuntado, a las partes litigantes y a los posibles terceros que intervengan en el mismo, sino que comprende, siquiera sea de un modo muy particular y *sui generis*, al propio legislador y al órgano jurisdiccional competente en cada caso.

5) La buena fe se presupone y presume, no es preciso indagarla, pero puede deducirse lo contrario de claras señales en tal sentido, que si son determinantes, no exigen de más pruebas y si no, requerirán alguna suerte de constatación para deducirse de ésta las consecuencias que la propia ley previene, o las que, en último caso, pueda adoptar el órgano jurisdiccional en uso de sus facultades y atribuciones, sin perjuicio siempre y en último extremo, de posibles responsabilidades de otro ámbito.

6) No es exactamente lo mismo ausencia de buena fe y mala fe, porque lo primero es susceptible de englobar lo segundo e ir también en otra dirección que comprenda un ámbito menos intencional pero también reprochable, siquiera sea desprovisto, en todo o en parte, de la carga dolosa o intencional, que añade un plus de negativa consciencia a esa conducta, de modo que la negligencia, la desidia o la simple falta de respeto a las normas, a su espíritu, a cualquiera de las partes o al interés general cuando lo haya, impide que la presunción de buena fe se mantenga hasta tanto no se imponga o reanude una mejor actitud.

7) Puesto que, como se ha dicho, la buena fe es un concepto ético que fundamenta incluso el pacto social, hay que comenzar por respetarlo y, de consecuencia, cuanta legalidad dimana del mismo, sin perjuicio de tratar de interpretarla del modo más favorable a los intereses de cada uno pero sin desnaturalizarla (fraude de ley), en la seguridad de que los demás habrán de hacer lo mismo voluntaria o coercitivamente.

8) La buena fe es el fenómeno opuesto a la mendacidad. No es posible sostener derecho alguno a ejercer ésta en defensa de unos pretendidos derechos fundamentales, porque entre ellos se cuenta el primordial de la dignidad de la persona y no cabe encontrarla en quien la desnaturaliza atentando contra su propia esencia.

Al no existir con la mentira ni un solo elemento de auténtica justicia, ni justificarse con ella ningún intento de lograrla sino mera apariencia de mejor o peor factura, no es posible elaborar ningún proyecto de sociedad sobre la misma ni tampoco intentar mantener los mejores logros de la que exista, del mismo modo que tampoco cabe una verdadera realización de quien la practica por positivos que sean sus resultados materiales.

9) Factores reguladores de esa buena fe lo constituyen la propia legalidad y los órganos de la heterocomposición, el primero llamado a establecer en interés general las normas acerca de los derechos y las obligaciones, así como de las concretas reglas de conducta en cada materia y las consecuencias de su inobservancia, de manera que la ley esté en sintonía con las necesidades y aspiraciones de la sociedad en este punto y, en nuestro espacio jurídico, en armonía con la Constitución y con la normativa de la Unión Europea. Y los segundos, están convocados a aplicar dichas normas en coherencia con las condiciones y circunstancias concretas del caso, ejercitando sus atribuciones con la libertad que se haya diseñado previamente y en observancia de los principios consustanciales con el desempeño del Derecho: conocimiento de las normas vigentes —con singular intensidad las que conciernen al asunto sometido a su consideración— respeto a las partes que acuden al proceso, audiencia de éstas con carácter general, diligencia, prudencia y transparencia.

10) La LRJS es el instrumento dado por el poder legislativo para formular los principios sobre los que descansa el proceso propio de su ámbito y para regular primero las normas generales y después los diversos procedimientos que contempla. La idea de buena fe se halla presente a lo largo de todo su articulado según se ha visto, bien por relación con la propia Constitución, el título preliminar del Código Civil y sus preceptos más generales en el ámbito contractual, el ET, la LOPJ o la subsidiaria LEC, bien en directa alusión en su texto. Cuando esto último sucede o se mencionan sus contrarios —mala fe, fraude o abuso procesal e incluso temeridad— no hace falta, evidentemente, tratar de reconocerla, pero hay abundantes preceptos que se refieren a ella sin mencionarla y que la exigen, no por tácita menos categóricamente, más allá del componente de buena fe que ha de hallarse en cualquier acto o trámite.

11) En cualquier ámbito y singularmente en el procesal, la buen fe no consiste en una simple declaración de principios sino

que es —o debe ser— una exigencia concreta cuya apreciación o ausencia han de constituir, respectivamente, la conducta tipo o una consecuencia negativa que la parte afectada debe apresurase a denunciar y solicitar proclamando esa exigencia normativa aunque se halle más o menos solapada, al objeto de hacerla visible, en su caso, a los demás, poniendo de manifiesto las consecuencias que se considera que derivan de su observancia o de su inatención en cada situación y circunstancia.

12) Probablemente no baste en ocasiones con tal denuncia genérica sino que se precise, cuando la mención de la buena fe no es explícita en el precepto, la referencia o relación con otra norma que, directa, subsidiariamente o por analogía, determine el comportamiento a seguir y que no se ha observado, para lo cual resulta necesario o cuanto menos muy oportuno, no perder de vista el derecho que se considere negativamente afectado o el perjuicio originado injustificadamente, aun en sus efectos indirectos o menos perceptibles.

13) Las antedichas consecuencias negativas de la vulneración de ese principio o de la ausencia del mismo van desde las que el propio precepto prevea, a las que se deduzcan de la condición y circunstancias del caso y del sujeto infractor, que podrá incurrir en diversas responsabilidades (civil, administrativa, disciplinaria, penal, patrimonial) las cuales, en ocasiones, podrán determinarse de oficio y siempre a instancia de parte perjudicada si hubiere suficiente causa para ello.

14) En un mundo en profunda crisis, la buena fe, paradójicamente, lejos de padecer las consecuencias de vaivenes y comportamientos atrabiliarios de grupos, líderes y/o programas, de fuertes sobre débiles, de rupturas contrarias al más elemental espíritu de convivencia y sentido de la orientación, de increíbles y clamorosas desigualdades tanto a nivel particular como social y, en fin, de intereses propios enfrentados al bien general, se hace presente actualmente con nuevos conceptos e ideas en las relaciones humanas y singularmente sociolaborales que vienen a reverdecerla y nutrirla, tratando de reorientar la dirección de una empresa, de una sociedad e incluso del mismo mundo y de la irreversible globalización, que es consecuencia inevitable de su propio desarrollo o crecimiento por el que a la humanidad se le queda ya pequeño su espacio y dimensión y comienza a abrirse a otros exterio-

res en lo que hasta hoy mismo era patrimonio exclusivo de la ciencia ficción.

15) Ese progreso es, por otra parte, más científico y tecnológico que personal, y en el ámbito humano más general, desigual, con poderosos avances pero también retrocesos significativos, por lo que no está exento de riesgos de todo tipo y precisa como contrapeso, más que nunca, de dichos conceptos o filosofías, como la del diálogo y el consenso, la transparencia, la sostenibilidad, los códigos de ética, la idea de gobernanza, la de *compliance* y el respeto a los demás incluso en el disentimiento más absoluto, en la confrontación de ideas o de intereses entre los propios concernidos o ante un tercero, siempre y cuando, por otra parte, tales aportaciones surjan de una sincera actitud de buena fe, pues, de otro modo, no resultarán más que retórica con que adornar el discurso de turno, aunque de ser lo primero, puede entenderse que anuncian el incipiente intento de un mejor replanteamiento social, por lo que no convendría quebrar su trayectoria sino incrementar y robustecer los medios de proseguirla. De ahí que pueda razonablemente esperarse —pues es cuestión en la que nos va la posibilidad misma de tener un futuro— que a las actuales normas seguirán otras que tanto en el ámbito del derecho material como en el procesal, traten de la buena fe ya desde la educación en ella y, en definitiva, como cultura donde no se la reduzca a su alto nivel y misión como principio sino que se constituya también en instrumento o fórmula de comportamiento general fuera y dentro del proceso, pues si bien éste, en ocasiones, no será posible evitarlo y continuará siendo necesario para resolver los intereses encontrados y el subsiguiente conflicto, tal filosofía automáticamente redundará —sin perjuicio de actuar en él con la firmeza que requieran las propias convicciones— en su progresiva claridad y agilidad, así como en su menor frecuencia en beneficio de todos.

XII. BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, Moral: la Gran Moral-Moral a Eudemo, Espasa Calpe S.A., Colección Austral, quinta edición, 1972 y Moral, a Nicómaco, Espasa Calpe S.A., Colección Austral, sexta edición,1972.

CALDERÓN DE LA BARCA, P. "El alcalde de Zalamea", Espasa Calpe, Colección Austral, 1972.

Cano Martínez de Velasco, J.I., "Importancia, historia y concepto de la equidad", Vlex España, libros-revistas-derecho .vlex.es. 10/08/2019.

Cayro Carl, R., "Antecedentes históricos del principio general de la buena fe contractual" monografias.com

Conde Marín, E., "La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo", La Ley, 1.ª edición, 2007.

Cortina, A. "¿Para qué sirve realmente la ética?". Edit. Paidós, 1.ª edición, mayo 2013.

De Castro y Bravo, F., "Derecho Civil de España", Parte General, Tomo I Libro Preliminar, Introducción al Derecho Civil, 3.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, 1955.

De Cervantes Saavedra, M. "El ingenioso hidalgo D. Quijote de la Mancha". Editorial Aguilar, 2003.

De Foe, D., "Aventuras de Robinson Crusoe", Espasa Calpe S.A., Colección Austral, segunda edición, 1970.

Engels, J., "Los Siete Sabios de Grecia. Vidas, Enseñanzas y Leyendas". Edit. Crítica, 2012.

García Gual, C. "Los siete sabios (y tres más)", Alianza Editorial S.A. 1989 y Alianza, ediciones del Prado (Biblioteca Temática Alianza), abril, 1995.

Herzog, T., "Una breve historia del Derecho Europeo. Los últimos 2.500 años", Alianza Editorial, 2019.

Hobbes, T. "Tratado sobre el Ciudadano", El País, Grandes Obras del Pensamiento, 2010.

Kerr, P., "Bleu de Prusse. Une aventure de Bernie Gunther".'Editions du Seuil, 2017.

Laercio, D., "Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres", Libro I, Editorial Maxtor, 2008 (repr. facsimil de misma obra Editorial Librería Perlado, Páez y Cía, 1914) .

Legaz Lacambra, L., Filosofía del Derecho, 2.ª edición, Bosch, Casa Editorial,1961.

Luelmo Millán, M.A., "Etica y Derecho Social: una introducción", Justicia Laboral, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 4.º trimestre 2013, año XIII.

LUELMO MILLÁN, M.A., "La responsabilidad social corporativa en el ámbito del Derecho Laboral. Un instrumento económico-jurídico para un humanismo del siglo XXI", Netbiblo , 2012.

— "La legitimación de los sindicatos en los procesos ante el orden social", págs 391 y ss, en VVAA, "Los sindicatos". Homenaje al profesor D. Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación. Lex Nova Thomson Euters, 1.ª edición, octubre 2014.

MACHADO, A. "Campos de Castilla", Poesías Escogidas, Edit. Aguilar, Colección Crisol, n.º 221, quinta edición, 1963.

MAQUIAVELO, N., "El Príncipe" (comentado por Napoleón Bonaparte), Espasa Calpe S.A., Colección Austral, duodécima edición, 1970.

MONTOYA Melgar, A., "La buena fe en el Derecho del Trabajo", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Código Civil comentado y con jurisprudencia", 3.ª edición, enero 2003.

ROUSSEAU, J.J. "El Contrato Social. Emilio", El País. Grandes Obras del Pensamiento. 2010.

SHAKESPEARE, W., Obras Completas, Edit. Aguilar, Col. Obras Eternas, décimosexta edición, segunda reimpresión, 1981

VVAA., "Sigmund Freud, el fundador del psicoanálisis", Edit. Salvat S.L., 2017.

TESTAMENTO EN TIEMPOS DE EPIDEMIA. DESDE EL CÓLERA HASTA EL CORONAVIRUS

TESTAMENT IN TIMES OF EPIDEMIC. FROM CHOLERA TO CORONAVIRUS

ADELA DE LA OSA FONDÓN

Licenciada en Derecho en la UNED – Calatayud.
Profesora-Tutora de la UNED de Calatayud

Sumario: I. *Antecedentes normativos, testamento en circunstancias extremas. II. 131 años después del cólera. III. Epidemias en Aragón. IV. Declaración de emergencia de salud pública. V. Testamento especial, sin intervención de notario. VI. Contenido. VII. Fiscalidad. VIII. Bibliografía. A. Legislación. B. Consultas electrónicas. Webgrafía. C. Referencias bibliográficas. D. Artículos de Revista*

Resumen: Las leyes arcaicas del derecho romano reconocen el testamento como un acto jurídico y formal. Se cree que la palabra testamento tiene una base en la voz latina "testis" que significa "testigo". De esta manera, el testamento se convierte no sólo en expresión de las últimas voluntades del legador, sino también en su testigo físico. El testamento abierto notarial es el único instrumento por el cual dejamos documentado, quiénes serán los beneficiarios de nuestro patrimonio una vez que fallezcamos. En el pasado, sin embargo, esto no ocurría así. Es posible hacer testamento válido en pleno confinamiento y sin acudir al notario. No obstante, este testamento deberá cumplir unos requisitos legalmente establecidos, para su eficacia.

Palabras Clave: Epidemia, pandemia, salud pública, testamento, notario y fiscalidad

Abstract: The archaic laws of Roman law recognize the testament as a formal and legal act. The word testament is believed to have a basis in the Latin voice which means "witness". In this way, the testament becomes not only an expression of the testator last wishes, but also his physical witness. The open notarial will is the only instrument by which we leave documented, who will be the beneficiaries of our heritage once we die. In the past, however, this was not the case. It is possible to make a valid will in full confinement and without going to the notary. However, this testament must meet legally established requirements for its effectiveness.

Key words: Epidemic, pandemic, public health, testament, notary and tax

Recepción original: 25/02/2022

Aceptación original: 21/04/2022

I. ANTECEDENTES NORMATIVOS, TESTAMENTO EN CIRCUNSTANCIAS EXTREMAS

La modalidad de testar fue introducida por Diocleciano en su constitución del año 290 D.C, el cuál al igual que el *testamentum rure conditium* reducía las formalidades exigidas.

El ***testamentum pestis tempore***, como su propio nombre indica, se realizaba en lugares infestados por algún tipo de epidemia, la más común en aquella época era la peste.

No era necesario que el testador estuviese infectado al momento de realizar el testamento, simplemente con que en aquella época existiese la epidemia era suficiente. Para evitar el contagio de la enfermedad causante de la epidemia, como medida de precaución, no se requería de la presencia conjunta de los siete testigos, es decir, esta clase de testamento afectaba de manera directa al requisito solemne de la unidad de acto.

El proceso codificador que vivió España en el siglo XIX, no concluye hasta 1889 con el vigente Código Civil, siglo que se caracterizó por los efectos demoledores, en España, causados por el cólera. Consecuencia de aquellos oscuros años se introduce en el derecho común una especialidad de testamento, que trae causa por circunstancias de salubridad y enfermedad, es decir, que se abren las puestas a la posibilidad de otorgar testamento de forma abierto en caso de epidemia.

Debemos recordar que, en aquellos años, regía una ley recta, rígida sin que las ideologías tuvieran entrada en la misma.

Vamos a realizar una brevísima referencia a unos antecedentes normativos que confirmarían la anticipación formal en la regulación de la figura del testamento en tiempos de epidemia.

Ya desde el Proyecto de Código Civil de García Goyena de 1851[1] se puede comprobar, que en su articulado, y, en concreto, el art 572.2, incorpora a la legislación española, la posibilidad de otorgar testamento en unas circunstancias muy extremas, sentando las bases del establecimiento de los requisitos para poder otorgar testamento en los supuestos en los que existiera peligro inminente de muerte (art.572.2) , tampoco debemos olvidar que el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, también lo llegó a prever en su art. 698.

No fue hasta el texto definitivo del Código Civil de 1889[2], cuando tras las diversas modificaciones normativas, que ha sufrido nuestro derecho común, no se recogió el cambio del articulado, hasta llegar a su reconocimiento en el artículo 701, al señalar que: "*En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años, varones o mujeres*". Y, con posterioridad, después de unas décadas más, se procede a la eliminación de la expresión "varones o mujeres" y dejar la actual redacción sin mención al género del testigo, ello se produjo con la reforma del Código por Ley de 24 abril 1958[3].

Podría parecer que la figura del testamento en tiempos de epidemia, fuera exclusiva del derecho español, nada más lejos de la realidad. Esta modalidad de testamento, también es posible encontrarla en otros códigos, entre otros, los códigos civiles italiano y portugués[4] para tiempos, como éste, de enfermedades contagiosas o de calamidad pública (art. 609 y 2220, respectivamente).

Por último, debemos hacer referencia a la circunstancia de que esta figura ha sido, la gran olvidada, por escenarios obvios. Hasta la

---

[1] Conocido como "Proyecto García Goyena", el Proyecto de Código Civil español de 1851 ejerció un considerable influye sobre el vigente Código Civil español, hasta el punto de que la Base 1a de la Ley de Bases del Código civil se remite expresamente a él "en cuanto se haya contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio".

[2] Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil (CC., en adelante).

[3] Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican sus códigos civiles en 1865 y 1867, respectivamente.

[4] Italia y Portugal promulgan sus códigos civiles en 1865 y 1867, respectivamente.

llegada de la pandemia del covid-19, no existen referencias normativas de la utilización de esta modalidad de testamento. Se recurrió a la jurisprudencia del Supremo para intentar extender el supuesto del 701 C.c. a situación de guerra civil española, sin embargo, la STS de 10 de julio de 1944 lo impidió.

Desde entonces y hasta Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que ha declarado el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria, conforme al art. 116.2 CE, no hemos necesitado solicitar esta modalidad de testamento.

II. 131 AÑOS DESPUÉS DEL CÓLERA

La pandemia del coronavirus ha activado un artículo del Código Civil por primera vez en sus 131 años de historia.

Como hemos expuesto anteriormente, el código civil, en su art artículo 701 del Código Civil permite otorgar testamentos sin notario, incluso desde un lugar que no sea el domicilio del testador, es decir, desde el propio hospital, para los enfermos que se encuentren ingresados: "*En caso de epidemia puede igualmente* ***otorgarse el testamento sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años***".

Casualmente, se había barajado la posibilidad de reformar el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil e incluso se llegó a plantear la eliminación de dicho artículo. ¿En qué cabeza cabía la posibilidad de que nuestro país pudiera sufrir una epidemia de estas dimensiones y con las devastadoras consecuencias que está sufriendo? La respuesta a esta cuestión, sería fácil de responder, a muy pocos.

¡Las epidemias son cosa del pasado!, podíamos afirmar con toda rotundidad, si echamos la mirada atrás. Nada más lejos de la realidad, el covid-19 es una realidad, está aquí. Ha afectado a todo el territorio español, y ha hecho que el art 701 C.c. tenga ahora mucho más sentido, que hace unos pocos meses atrás.

Con todas las situaciones que se llegan a vivir ante una epidemia, se levantan nuevos sentimientos, nuevas formas de actuar e incluso de pensar. Lo hasta ahora olvidado recobra todo su sentido, tiene toda fuerza y razón de ser. E incluso resurgen situaciones excepcionales que motivan que en momentos de epidemia se tomen soluciones urgentes, entre ellas, recurrir a nuestro derecho común para poder solucionar cuestiones sucesorias, que de otra forma sería imposible, por exigencias legales.

III. EPIDEMIAS EN ARAGÓN

Los abrumadores datos de afectados y muertos por la pandemia del covid-19 nos llevan a un pasado , que creíamos muy lejano, incluso, cabría afirmar olvidado y nos recuerda a otras épocas conocidas solo a través de la Historia y el cine.

España fue objeto de uno de esos trágicos episodios históricos. Sufrió una de las epidemias más mortales en el XIX, que golpeó especialmente Zaragoza. La historia nos viene a recordar, que en Aragón se produjo, durante los siglos y períodos de las pestes, una especial incidencia negativa sobre la población aragonesa, diezmándola.

El cólera causó 28.000 muertos en 1865 en Aragón, 18.000 en la capital, y en 1885 de nuevo la enfermedad castigó la ciudad con 13.000 víctimas[5].

Las epidemias, preparadas muchas veces por las hambres (derivada de la escasez y carestía de las cosechas), conseguían, doblar o triplicar las tasas de mortalidad habituales, ya elevadas de por sí. Para Aragón fueron los siglos XIV y XVII (como para la mayor parte de la Europa occidental), especialmente nefastos.

La peste negra de 1348, según impresiones de Pedro IV, causaron la muerte de las tres cuartas partes de la población del reino, sin embargo, como no existen datos fiables de tal afirmación, debemos destacar nuestras reservas al dar credibilidad a esta cifra. Dentro de la segunda mitad del mismo siglo XIV hubo nuevos brotes de peste, de menor entidad, en 1362 y 1384.

En el siglo XVII destaca por su especial virulencia la peste de mitad de siglo que, según Maiso, penetró en Aragón en 1648 procedente de Valencia por el Bajo Aragón: Albalate, Alcañiz, Caspe; a Huesca llegó en 1651, provocando la muerte de la cuarta parte de la población; en Zaragoza se desató virulentamente en 1652, muriendo 7.000 personas; en conjunto, Aragón debió de perder de una cuarta a una quinta parte de la población.

En el siglo XVIII las epidemias decrecen, aunque la viruela y la fiebre amarilla siguieron matando aragoneses.

En el siglo XIX las epidemias más temidas fueron las del cólera, que procedente de Asia invadió España en cuatro oleadas sucesivas (1833-34, 1854, 1865 y 1885).

[5] Francisco José Alfaro (historiador de la Universidad de Zaragoza), autor Zaragoza, 1564 "El año de la Peste", pág. 30-70.

Las dos últimas causaron graves perjuicios a la población aragonesa. En la de 1865, Zaragoza y Teruel fueron de las provincias españolas que más muertos tuvieron (18.045 y 10.275, respectivamente). Huesca, por su clima e hidrología menos propicios para la expansión del cólera, y por su posición más excéntrica respecto a la vía de penetración levantina que traía la peste, fue menos atacada.

El cólera se cebó especialmente en las ciudades: Zaragoza registró 3.424 muertos (47,3 %), y Teruel 581 (56,2 %). En la peste de 1885, Zaragoza fue la provincia más castigada de España (13.526 muertos por el cólera), seguida de Valencia y de Teruel (6.960 muertos); mientras que Huesca sólo registró 1.232.

La antepenúltima epidemia mortífera de consideración fue la gripe de 1918, que interrumpió el descenso de las tasas de mortalidad iniciado con el cambio de siglo; se puede estimar que esta gripe costó a Aragón unas 10.000 defunciones.

En el siglo XX, se regularizó el empleo de vacunas coléricas, y se conoce la forma de abordar la enfermedad, a pesar de todo, se produjo un brote epidémico de cólera en pleno franquismo. Se localizaron dos focos en la ribera del Jalón: en 1971[6] y, en 1979[7].

Y, ya en pleno siglo XXI, nos volvemos a enfrentar a una de las pandemias a nivel mundial más mortíferas[8], declarada como tal por la OMS[9] el 11-03-20[10].

---

[6] CARRASCO ASENJO, Miguel; JIMENO MAESTRO, Josefina (2007). "La epidemia de cólera de 1971. Negar la realidad". *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*. Archivado desde el original el 4 de febrero de 2012.

[7] Ángel Rodríguez Cabezas (2000). "Anotaciones descriptivas del último brote epidémico de cólera en España (1979)". *Isla de Arriarán: revista cultural y científica* 15.

[8] Pandemia de COVID-19. Un tipo de coronavirus (SARS-CoV-2) fue detectado en el continente asiático a finales de 2019. El virus, causante de la enfermedad por coronavirus o COVID-19 produjo un brote epidémico de aquella enfermedad en la ciudad de Wuhan, capital de la provincia de Hubei, al oeste de Shanghái, China. El brote se expandió sin control y fue declarado pandemia el 11 de marzo de 2020. Hasta el 9 de abril, ha provocado 622.167 casos confirmados y 97.264 muertos en 209 territorios (184 países).

[9] *"La **OMS** ha evaluado este brote durante los últimos días y estamos profundamente preocupados, tanto por los niveles alarmantes de propagación y gravedad, como por los niveles alarmantes de inacción. **Es por ello que hemos decidido decretar el estado de pandemia**"* **11 de marzo de 2020.**

[10] https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020.

IV. DECLARACIÓN DE EMERGENCIA DE SALUD PÚBLICA

La Organización Mundial de la Salud, **ha dejado de utilizar la clasificación que contemplaba la posibilidad de que una epidemia fuese declarada "pandemia"** cuando había llegado a todos los continentes y descartó una declaración oficial en este sentido con respecto al coronavirus.

El propio portavoz de la OMS, Christian Lindmeier, tras la declaración del director general del organismo, Tedros Adhanom Ghebreyesus, en la que pidiera al mundo prepararse para una "potencial pandemia" explicó que no se utiliza **ya el sistema pandémico en seis fases que se usó en el brote de gripe A en 2009**[11]**,** Lindmeier manifestó que el único término oficial que la OMS reconoce ahora para enfermedades **epidémicas** es el de **"emergencia de salud pública de preocupación internacional"** (PHEIC por sus siglas en inglés), que, en el caso del COVID-19, fue declarada el 30 de enero de 2020. Con todo, el portavoz aseguró que algunos países tienen preparados planes para protegerse ante una potencial pandemia, para lo que **"se basan en sus circunstancias locales e informes de riesgo nacionales".**

El sistema de clasificación de epidemias de la OMS, fue utilizado principalmente para enfermedades similares a la gripe, y, establecía que se trataba de una "pandemia" cuando el brote se había producido en las seis regiones del mundo establecidas por el organismo.

En el caso del COVID-19, enfermedad causada por el coronavirus de Wuhan, la epidemia afectaba todas las regiones de América, Europa, Asia-Pacífico, Oriente Medio y el Sureste Asiático, mas, si bien en un principio no había llegado a la región de África, con posterioridad, comenzaron a producirse casos en la misma. En el caso de España, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, del Gobierno de **Pedro Sánchez,** declaró el estado de alarma, con el propósito de poder gestionar

[11] El origen de la infección es una variante de la cepa H1N1, con material genético proveniente de una cepa aviaria, dos cepas porcinas y una humana que sufrió una mutación y dio un salto entre especies de los cerdos a los humanos, para después permitir el contagio de persona a persona. El 11 de junio de 2009 la Organización Mundial de la Salud (OMS) la clasificó como de nivel de alerta seis; es decir, "pandemia en curso". Para poder clasificar una enfermedad a dicho nivel, debe verse involucrada la aparición de brotes comunitarios (ocasionados localmente sin la presencia de una persona infectada proveniente de la región del brote inicial). Sin embargo, ese nivel de alerta no define la gravedad de la enfermedad producida por el virus, sino su **extensión geográfica**. La pandemia tuvo una mortalidad baja, en contraste con su amplia distribución (11-21 % de la población mundial infectada), dejando tras de sí entre 150 000 y 575 000 víctimas.

una situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 y, por tanto, la declaración del estado de epidemia oficial en nuestro país. Desde aquel momento, vuelve a entrar en escena el artículo 701 del Código Civil para otorgar testamentos sin notario.

V. TESTAMENTO ESPECIAL, SIN INTERVENCIÓN DE NOTARIO

La declaración oficial de pandemia, que afecta a todo el territorio español, ha permitido rescatar a los ciudadanos una forma de testar especial, atípica, sin necesidad de notario, para ello, será preciso que se cumplan una serie de requisitos que se encuentran en la misma norma que otorga esta forma de testar.

Resulta preciso el otorgamiento del testamento ante tres testigos idóneos y que sean mayores de 16 años. Si bien, posteriormente, se procederá a certificar en la Notaría.

En la mayoría de las Comunidades Autónomas, se aprueba otorgar testamento notario, incluso, la propia Ley 193 del Fuero Nuevo de Navarra[12] lo reconoce y reenvía al Código Civil español la materia de testamento en tiempo de epidemia.

Por el contrario, quienes tengan vecindad civil catalana, se les prohíbe expresamente los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos, basándose en su propia normativa, el art. 421-5.3, Libro IV Código Civil de Cataluña[13], así lo determina de forma expresa. A pesar de lo expuesto, la Llei 10/2008 de 10 de julio del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a sucesiones, lo que sí establece es la posibilidad de otorgar un testamento ológrafo[14], sin perjuicio de los requisitos[15]que se determinan como imprescindibles de su cumplimiento.

---

[12] Art 193, Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo:" *Otros testamentos. Sin perjuicio de las especialidades contenidas en la presente Compilación, se aplicarán en Navarra las* ***disposiciones del Código Civil*** *relativas a los siguientes testamentos: el testamento otorgado en tiempo de epidemia, los testamentos militares y marítimos y el testamento hecho en país extranjero*".

[13] Artículo 421-5. Tipo de testamentos:2. Además de la forma que establece el apartado 1, el testamento puede otorgarse en forma hológrafa.3." No son válidos los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos." Ley 10/2008, de 10 de junio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a sucesiones.

[14] El **testamento ológrafo** es el redactado a mano y firmado por el propio testador.

[15] Solo pueden otorgar testamento ológrafo las personas mayores de edad y los menores emancipados- escrito y firmado de manera autógrafa por el testador con la indicación del lugar y la fecha del otorgamiento. Si contiene palabras tachadas,

En este contexto, se entiende que, el vigente Código Civil, de 1889, se redactara un articulado en el que se incluya un tipo de testamento específico *"en caso de epidemia"***.** El artículo 701, es el que recoge esta situación y la posibilidad de otorgar un testamento especial, **"***sin intervención de Notario***"[16] y, además, con la necesidad de que se otorgue "***ante tres testigos mayores de dieciséis años*"[17].

Este tipo de testamento, no permanece invariable en el tiempo, al contrario, sino que

> "En el momento en que cese la epidemia, si en dos meses no se convierte en testamento normal pierde su eficacia"[18]. Se considera ineficaz el testamento, cuando al fallecimiento del testador durante la epidemia ,y transcurridos dos meses de la defunción, los herederos no acuden al notario para que lo eleve a escritura pública[19].Las formalidades en esta modalidad de testamento, también se relajan. Puede ser un documento otorgado por escrito o verbalmente[20], e incluso se admite que hubiese sido escrito a mano, dado que un testamento es el documento más personalísimo que una persona puede hacer.

---

enmendadas, añadidas o entre líneas, el otorgante debe salvarlos con su firma– Que se presente ante el notario competente a fin de que sea adverado y protocolizado– El notario competente para adverar el testamento ológrafo debe comprobar su autenticidad de acuerdo con la ley– El notario, si resulta que el testamento ológrafo es auténtico, debe protocolizarlo. En caso contrario, debe denegarlo– Los testamentos ológrafos caducan si no se presentan ante el notario competente en el plazo de cuatro años contados desde la muerte del testador para que sean adverados y protocolizados.

[16] Literalmente no tiene importancia que las notarías estén o no abiertas, o que no se encuentre al notario, pues el art. 701 C.c. no exige la falta o ausencia de este fedatario para permitirlo. Es suficiente con que el testador que hubiere otorgado el testamento, se halle en un lugar bajo epidemia.

[17] No pueden ser testigos los menores de 16 años. El Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil y la jurisprudencia no exigen que los menores estén emancipados. Es en el único testamento en que se admite esta excepción, para el resto de testamentos se exige la mayoría de edad.

[18] Dámaso Cruz, decano del Colegio Notarial de Aragón.

[19] Artículo 704 *del* Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil: "*Los testamentos otorgados sin autorización del notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la legislación notarial*".

[20] *Artículo 702 del* Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil: "*En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá, aunque los testigos no sepan escribir*".

[A]*rtículo 703 del* Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil: "*El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia. Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente*".

En relación con esta materia, la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado, Revisión vigente desde 15 de octubre de 2015 hasta 29 de junio de 2020, en su art 64.3, párr.2.º [21] *se admite que el testador , en tiempos de epidemia, pueda grabar su testamento no solo* por voz, sino también por vídeo, con audio**, "***siempre que permita su reproducción, y se hubieran tomado al otorgarse el testamento*".

VI. CONTENIDO

En cualquiera de las diversas formas en la que se pueda otorgar un testamento, ya sea de palabra o por escrito, el contenido en la adjudicación de bienes y derechos, debe contener con notoria claridad:

— Lugar, fecha, y hora en que se redacte.

— Nombres de los testigos y,

— En el caso de que sea escrito, la firma del testador.

— Manifestación del testador, debiendo contener los bienes y derechos y el destino de los mismos, para cuando se produzca su fallecimiento.

El testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado. Se puede hacer de una forma genérica o denominada a título de herencia, es decir, nombrando a unas personas que le sucedan a título universal en la totalidad de sus bienes y derechos o, por el contrario, se puede especificar algunos bienes para determinados herederos, pero cumpliendo la normativa vigente.

A pesar de la gran importancia de los datos señalados, es reseñable el carácter revocable de las disposiciones testamentarias. Resultando válida la otorgada en último lugar, en la que se disponga el destino del patrimonio del testador.

---

[21] De la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral. Artículo 64 **3.** *Deberán acreditarse los datos identificativos del causante y, mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, el fallecimiento del otorgante y si ha otorgado otras disposiciones testamentarias. Si fuese extraño a la familia del fallecido, además, deberá expresar en la solicitud la razón por la que crea tener interés en la presentación del testamento. A la solicitud se acompañará la nota, la memoria o el soporte en el que se encuentre grabada la voz o el audio y el vídeo con las últimas disposiciones del testador, siempre que permita su reproducción, y se hubieran tomado al otorgarse el testamento. Igualmente se expresarán los nombres de los testigos que deban ser citados por el Notario para que comparezcan ante él a los efectos de su otorgamiento*.

VII. FISCALIDAD

Cabe señalar, que cuando se procede a otorgar testamento, común o especial, provocará una situación que, para la mayoría de los mortales no es admitida de forma pacífica, aunque sí aceptada, aunque sea a "regañadientes", por tratarse del pago de tributos. Realidad que genera el rechazo general.

El origen del pago de tributos, se encuentra en el Derecho romano, como una manifestación de los que gravaban el patrimonio y la renta. Recibir una herencia, genera la obligación de tributar por el *Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*[22].

Pero una vez modernizadas las estructuras impositivas de los Estados occidentales, la tendencia en toda Europa ha sido la de su progresiva supresión del impuesto sobre sucesiones.

Son muchas las dudas que se plantean sobre el impuesto de sucesiones: hay quien ignora su existencia, o cree que se ha suprimido; algunos piensan que sólo grava las herencias si no hay testamento, o que es diferente según se haya hecho o no testamento; y otros creen que al fallecimiento de una persona no hay que liquidarlo, sino esperar a que la Administración se ponga en contacto con los herederos para su pago. Con el testamento, simplemente, se recoge la voluntad del testador.

Algo que no se suele tener en cuenta por las personas, es la **fiscalidad a la hora de planificar la herencia**. Porque los impuestos se pueden meditar e, incluso, evitar.

Las personas no tienen por qué saber las consecuencias fiscales de su herencia. La fiscalidad de la sucesión puede afectar a la hora de determinar la voluntad testamentaria.

Seguramente, el testador, mirando por el bien de sus herederos, matice esa voluntad si con ello ahorra impuestos a los suyos.

Son muchas las situaciones en que puede convenir modalizar un testamento para desear constituir una alternativa fiscal favorable, así:

- Puede que **interese preferir a los padres antes que, a los hermanos**, si aquellos garantizan la transmisión de la sucesión a favor de los hermanos del testador. Tendrá especial transcendencia en el caso de fallecimientos inesperados.

[22] Art 3, Ley 29/1987, de 18 de diciembre, *del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones:* **Artículo 3.** *Hecho imponible* 1. Constituye el hecho imponible: *a*) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio.

- En aquellos casos en los que se quiere **proteger al viudo de los hijos**; puede que dejar una **cierta alternativa al cónyuge sobreviviente a la hora de aceptar la herencia** le haga ahorrarse impuestos. A veces todas las cautelas que se configuran en los testamentos no son necesarias a la vista de las circunstancias en el momento del fallecimiento.
- Es conveniente **planificar la transmisión del patrimonio en favor del grupo familiar**, antes que mirando sólo individuos concretos. Por eso, se puede dejar el control al heredero natural para que en el momento del fallecimiento decida si el recibe los bienes o si pasan a los hijos de este.
- En el caso de la **transmisión de la empresa familiar.** La situación de relevo generacional que pueda existir al fallecimiento del testador, a lo mejor hace preferir a los nietos, antes que a los hijos y es posible, además, aligerar las consecuencias fiscales.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

A. Referencias bibliográficas

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel: *"El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)"*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Centenario de la Ley del Notariado. Sección: Cuarta: "*Fuentes y Bibliografía*", volumen I. Madrid, 1965. *Díez-Picazo y Ponce de León, Luis*. Pág. 345-530.

FRANCISCO JOSÉ ALFARO, Zaragoza, 1564."*El año de la peste*". Pág 30-78.

CARRASCO ASENJO, MIGUEL; JIMENO MAESTRO, JOSEFINA (2007). "La epidemia de cólera de 1971. Negar la realidad". *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*. ISSN 1696-1641. Vol. 4, n.º 4, págs. 583-597. [Consulta 22 abril 2020]. Disponible en : https://www.elsevier.es/es-revista-revista-administracion-sanitaria-siglo-xxi-261-articulo-la-epidemia-colera-1971-negar-13096554.

ÁNGEL RODRÍGUEZ CABEZAS (2000). "Anotaciones descriptivas del último brote epidémico de cólera en España (1979)". *Isla de Arriarán: revista cultural y científica*. ISSN 1133-6293. N.º15, 2000, págs. 77-94. [Consulta 22 abril 2020]. Disponible en : file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-AnotacionesDescriptivasDelUltimoBroteEpidemicoDeCo-2043345%20(1).pdf

B. Consultas electrónicas. Webgrafía

https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

http://www.enciclopedia-aragonesa.com/voz.asp?voz_id=5005&voz_id_origen=1071

https://web.archive.org/web/20160302230924/http://apps.elsevier.es/watermark/ctl_servlet?_f=10&pident_articulo=13096554&pident_usuario=0&pcontactid=&pident_revista=261&ty=6&accion=L&origen=elsevier&web=www.elsevier.es&lan=es&fichero=261v4n4a13096554pdf001.pdf

ACTOS DE IMITACIÓN CON APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL ESFUERZO AJENO: EL CASO DE LA RETRANSMISIÓN EN LÍNEA DE PARTIDAS DE AJEDREZ

ACTS OF IMITATION WITH UNDUE ADVANTAGE OF THE EFFORT OF OTHERS: THE CASE OF ONLINE RETRANSMISSION OF CHESS GAMES

MIGUEL SENLLE CARIDE

Abogado y Maestro de la Federación Internacional de Ajedrez

Sumario: *I. Introducción. II. Breve análisis del régimen jurídico aplicable a los actos de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. III. El caso de la retransmisión en línea de partidas de ajedrez. IV. Conclusiones.*

Resumen: La protección de la propiedad de las partidas de ajedrez es incierta y objeto de controvertido debate. El presente trabajo aborda esta cuestión desde la óptica del derecho de competencia desleal y como la retransmisión en línea de partidas de ajedrez puede constituir un acto de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Para ello, se realiza un breve análisis del régimen jurídico de este tipo de acto de competencia desleal, perfilando sus características esenciales según la doctrina y la jurisprudencia, para, posteriormente, analizar el caso World Chess y la sentencia del Tribunal Judicial de París de 11 de junio de 2020 que supone un hito jurisprudencial en la materia al considerar dicha conducta como un acto de competencia desleal de naturaleza parasitaria.

Palabras clave: Actos de imitación, Ajedrez, Competencia desleal, Nuevas tecnologías.

Abstract: The protection of the ownership of chess games is uncertain and matter of controversial debate. The present work approaches this question from the unfair competition law point of view and how the online retransmission of chess games could be considered as an act of imitation with undue advantage of the effort of others. In order to do so, a brief analysis of the legal regime of this type of acts of unfair competition is carried out, outlining its essential characteristics in accordance with the doctrine and jurisprudence. Moreover, the World Chess case and its ruling by the Judicial Court of Paris of 11th June 2020 is analysed, which represents a milestone in case law on the matter, by regarding this type of behaviour as an act of unfair competition of parasitic nature.

Key words: Acts of imitation, Chess, Unfair Competition, New technologies.

Recepción original: 19/01/2022

Aceptación original: 22/04/2022

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, se lleva a cabo un análisis de los actos de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno bajo el prisma de su aplicación práctica en el caso de la retransmisión en línea de las partidas de ajedrez.

La retransmisión en línea de las partidas de ajedrez sin autorización por parte de terceros diferentes a los jugadores o, fundamentalmente, los organizadores de los eventos, constituye una de las problemáticas más candentes en el mundo del ajedrez. En este sentido, portales especializados emplean la retransmisión oficial de las partidas ofrecidas por el organizador para ofrecer su propia retransmisión, lo que les permite competir con una propuesta sustancialmente idéntica, sin necesidad de incurrir en los costes necesarios para la organización del evento en el que se producen las partidas de ajedrez.

En el marco de esta tensión, se ha producido un hito jurisprudencial en la materia con la sentencia del Tribunal Judicial de París de 11 de junio de 2020[1], en la que se enfrentaban como demandante la entidad World Chess Events Limited[2] y D. Alexandre Andreichenko

[1] La sentencia íntegra en francés se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://www.chesstech.org/files/paris-judgement-pro-world-chess.pdf?v=6

[2] World Chess Events Limited es una sociedad con domicilio en Reino Unido, quien alcanzó acuerdos con la Federación Internacional de Ajedrez (FIDE) para la

titular del portal de ajedrez francés Artdesechecs.fr. y que resultó en la condena de este último al estimarse que la retransmisión de las partidas sin consentimiento constituye un acto de competencia desleal parasitaria.

Es importante destacar el momento en el que se encuadra esta decisión, dado que el ajedrez en línea disfruta de una explosión de interés sin precedentes. Así, la retransmisión de ajedrez en plataformas como Twitch o Youtube se ha duplicado en el último año, erigiéndose en uno de los contenidos más populares y con mayor crecimiento[3].

En definitiva, este trabajo pretende ofrecer un análisis de los actos de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno en relación al caso de la retransmisión en línea de las partidas de ajedrez, con el objetivo de aportar una síntesis legal clara que pueda servir de orientación en una materia de gran crecimiento e interés económico.

II. BREVE ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS ACTOS DE IMITACIÓN CON APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL ESFUERZO AJENO

Los actos de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno constituyen un singular tipo de acto de competencia desleal que se encuentra tipificado en el artículo 11.2 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD)[4].

El objetivo radica en proteger al competidor que con su esfuerzo concurre en el mercado, realizando una inversión, con sus correspondientes costes, frente a quien la parasita. En definitiva, se parte de la base de que existe un derecho sobre los frutos del propio trabajo y del esfuerzo que no pueden ser expropiados por el imitador[5].

No obstante, este tipo de ilícito competencial se ve muy restringido en su aplicación, dado que nuestro ordenamiento jurídico parte de la regla general de la libre imitación de prestaciones e iniciativas empresariales en el mercado, por lo que para que los actos de imitación puedan ser considerados como ilícitos es necesario que exista un plus

organización y explotación de algunos de los eventos más destacados como el Campeonato del Mundo.

[3] Twitch stats and analysis – Chess. Base de datos SullyGnome.

[4] BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/1991/01/10/3/con

[5] ALBA ISASI, J.; "La imitación como acto de competencia desleal", *Diario La Ley* nº 7915, 2012.

de reprochabilidad, como lo es, entre otros, que la imitación se realice con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

El artículo 11.2 LCD dice: *"No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno."*

Siguiendo a Domínguez Pérez[6], cabe entender que hay imitación cuando *"los elementos caracterizadores o característicos de una determinada prestación hayan sido reproducidos en la prestación fruto de dicha actividad"*.

De esta manera, no es necesario que la imitación abarque la totalidad de la prestación, sino que solamente es preciso que recaiga sobre los elementos definidores de la misma. Ni tampoco que la imitación se tenga que llevar a cabo mediante una reproducción mecánica, como así lo señaló el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 16 de noviembre de 2011.

Por otra parte, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno no basta por sí solo, sino que debe ser indebido, siendo este un elemento clave para apreciar la deslealtad de la conducta[7]. Sin embargo, nos encontramos ante un concepto indeterminado cuya concreción dependerá de las circunstancias concretas del caso. En palabras del Tribunal Supremo, en su sentencia 254/2017, de 26 de abril de 2017: *"La deslealtad se justifica por el modo y la forma en la que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación."* Lo que, a su vez, se ha venido concretando por la jurisprudencia del alto tribunal en que *"concurra un ahorro o reducción significativa de costes de producción o comercialización más allá de lo que se considera admisible para el funcionamiento del mercado, y que no resulte justificada."*. De esta manera, la clave no radica tanto sobre el coste o inversión realizada por el imitado, sino que el foco se pone sobre si el imitador ha desarrollado el proceso productivo tendente a la generación de la prestación o si, por el contrario, se lo ha ahorrado obteniendo con ello una ventaja competitiva injusta[8].

Por tanto, en aquellos casos en los que la imitación de la prestación entrañe un ahorro de costes significativo que va más allá de

[6] DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.; *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal,* Editorial Aranzadi, Pamplona 2011.

[7] SUÑOL LUCEA, A; *"Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)"* Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

[8] Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2007.

una actuación admisible en el mercado, podemos estar ante un ilícito competencial. Asimismo, es importante tener en cuenta que la prestación y la imitación deben de ser en cierta medida coetáneas en el tiempo. Si la imitación se realiza una vez transcurrido un periodo de tiempo razonable, cabe afirmar que el imitado ha tenido tiempo suficiente para poder explotar su prestación en el mercado y los frutos o pérdidas de la misma se deben a su propia actuación y acierto.

Finalmente, cabe reseñar que la cláusula de inevitabilidad de la imitación contenida en el último párrafo del artículo 11.2 LCD por la que se excluiría la deslealtad de la conducta, no es trasladable al caso de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, como así lo ha confirmado reiteradamente la jurisprudencia[9].

III. EL CASO DE LA RETRANSMISIÓN EN LÍNEAS DE PARTIDAS DE AJEDREZ

La búsqueda de exclusividad sobre la retransmisión en línea de partidas de ajedrez se ha consagrado como una de las cuestiones más controvertidas y litigiosas del mundo del ajedrez. En este sentido, los organizadores de los torneos, tanto privados como la propia Federación Internacional de Ajedrez (FIDE), han tratado de reservarse la exclusividad en la retransmisión de las partidas, llegando en algunos casos a entablar acciones judiciales frente a quienes retransmiten las partidas sin su autorización, fundamentalmente, portales web de ajedrez.

En un primer momento la defensa se canalizó a través de los derechos de autor, sin mucho éxito, como muestran las decisiones de la Corte del Distrito Sur de Nueva York de 22 de noviembre de 2016[10] y de la Corte de Comercio de Moscú de 25 de octubre de 2016[11], quienes negaron que las partidas de ajedrez fueran susceptibles de protección bajo los derechos de autor.

Sin embargo, la línea de defensa ha pivotado cara el derecho de competencia desleal y más concretamente respecto de la considera-

[9] Como ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 82/2014 de 10 de marzo de 2014.

[10] Decisión y Orden de la Corte del Distrito Sur de Nueva York de 22 de noviembre de 2016. Disponible en inglés: https://cdn.chess24.com/4B2ctaoyRr2OdkJD15lgqg/original/court-decision.pdf

[11] Decisión de la Corte de Comercio de la ciudad de Moscú de 25 de octubre de 2016. Disponible en ruso: https://cdn.chess24.com/EmZ_b9kaSraL4LJV-kafHw/original/court-decision-russian-original.png

ción de la retransmisión de las partidas por parte de terceros como actos de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

En este sentido, los organizadores defienden que la producción de las partidas requiere una inversión en forma de pagos a los jugadores y árbitros, así como toda la logística involucrada en la organización del evento. Inversión, que no pueden rentabilizar con la retransmisión oficial del evento al encontrarse con competidores que parasitan su inversión sin incurrir en coste y que, además, suelen retransmitir las partidas de forma gratuita a cambio de suscripciones o aumento de tráfico en la plataforma.

Por otro lado, los portales de ajedrez defienden que las partidas están libres de derechos, concurriendo un elemento de interés público en la puesta a disposición de las mismas al público en general. Adicionalmente, existe un debate en el propio seno de la FIDE respecto de cuál es la posición más adecuada cara el objetivo de maximizar la exposición del ajedrez y elevar su popularidad.

En el marco de este debate, surge el caso World Chess que involucró a esta entidad contra D. Alexandre Andreichenko titular del portal de ajedrez francés Artdesechecs.fr, dando lugar a la sentencia del Tribunal Judicial de París de 11 de junio de 2020.

World Chess alcanzó un acuerdo con la FIDE por la que ésta le cedía los derechos de organización y de explotación en exclusiva del match por el campeonato del mundo de ajedrez de 2018[12], para lo que ofrecía la retransmisión oficial del evento junto al análisis en directo de las partidas a través de su página web.

El portal Artdesechecs.fr retransmitió las partidas del campeonato dirigiéndose fundamentalmente al público francés, ofreciendo el análisis de las partidas en el idioma francés.

Ante esta situación, World Chess interpuso demanda en la que solicitaba la condena de la demandada al considerar que ésta había cometido actos de competencia desleal y de parasitación en su perjuicio. Por el contrario, desde un punto de vista procesal, la demandada no compareció en tiempo y forma, siendo declarada en rebeldía.

Finalmente, el órgano judicial francés dictó sentencia favorable a World Chess el 11 de junio de 2020, condenando a la demandada al pago de 50.000.-€ y a las costas procesales.

[12] Cabe destacar que previamente los jugadores ceden a los organizadores sus derechos sobre las partidas, reservándose la organización el derecho a la explotación comercial del evento.

El tribunal, tras considerar como hechos probados que el demandante había realizado esfuerzos relevantes para la organización del evento y que la demandada procedió a la retransmisión de las partidas sin autorización, condenó a esta última al entender que su conducta vulneraba los derechos de propiedad de World Chess sobre las partidas, constituyendo un acto de competencia desleal parasitario en perjuicio de la actora, al suponer una desvalorización de su inversión.

Pese a que esta decisión no prejuzga ni determina el estado de la cuestión de forma general, sí que cabe afirmar que supone un cambio de tendencia crucial en la defensa de la propiedad de las partidas de ajedrez en favor de los organizadores de los torneos de ajedrez. De hecho, ya se puede apreciar cierto cambio de tendencia en las posiciones de la FIDE y de los portales web de ajedrez, en tanto que para la cobertura del reciente match por el campeonato del mundo disputado en Dubái en el invierno de 2021, se han alcanzado acuerdos que oficializaban la retransmisión por parte de estas entidades[13].

IV. CONCLUSIONES

Los actos de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno suponen un tipo de acto de competencia desleal que, pese a restringido en su aplicación, sirve de vehículo útil para la protección de inversiones en el mercado frente a conductas parasitarias de terceros.

En este sentido, cabe considerar que la retransmisión en línea de partidas de ajedrez sin consentimiento del organizador del evento donde se producen, es susceptible de constituir un acto de competencia desleal, al entrañar una conducta parasitaria tomando una indebida ventaja del esfuerzo e inversión realizado por el organizador.

Así lo ha entendido el Tribunal Judicial de París en su sentencia de 11 de junio de 2020 en el denominado como caso World Chess, lo que constituye un hito jurisprudencial en la materia, sirviendo de referente para la defensa de la propiedad de las partidas y como posible guía en la relación entre organizadores, federaciones y portales web de ajedrez en pro de maximizar la popularidad de esta milenaria disciplina de una manera ordenada.

[13] Tanto chess24 como chess.com, los dos portales de ajedrez más importantes con más de 80 millones de usuarios registrados, han adquirido los derechos de retransmisión de los eventos más importantes de la FIDE.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN EN LA REVISTA DE DERECHO UNED *RDUNED*

La Dirección de la *RDUNED* ha considerado conveniente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de manera uniforme.

1. Los textos se presentarán en formato Word, por una sola cara, con letra Times New Roman de 12 puntos e interlineado de un espacio y medio, debidamente revisados y con el V.º B.º del autor para su publicación definitiva (no admitiéndose más de cuatro modificaciones). Los textos deberán entregarse en lengua castellana.
2. Al inicio del trabajo deberá indicarse el título en castellano e inglés, el nombre del autor o autores y su situación académica o profesional (en el caso de doctorandos se mencionará la Universidad a la que está vinculado).
3. Tendrán una extensión máxima de 20 a 30 folios para ser considerados *ESTUDIOS*, de 7 a 15 folios los destinados a la *SECCIÓN ABIERTA*, y de 2 a 6 folios las *RESEÑAS DE LIBROS*.
4. Los trabajos que se remitan para su publicación en la sección de *ESTUDIOS* o *SECCIÓN ABIERTA* deberán:
   4.1. Contar en primer lugar con un resumen de unas 10 o 15 líneas de extensión y con palabras clave (máximo 5) que permitan la identificación del tema u objeto del trabajo, tanto en castellano como en inglés (abstract y key words).

   4.2. Contener un SUMARIO, que seguirá las siguientes pautas:

   I.

   I. 1.

   I. 1. A.

   I. 1. A: a)

   I. 1. A: a) a´)

4.3. Finalizar preferiblemente, con unas breves CONCLUSIONES.

5. Los trabajos que se remitan para su publicación en la sección *de RESEÑAS DE LIBROS* deberán seguir el siguiente ord*en: Título de libro*, APELLIDOS, Autor N., Editorial, lugar de edición año de publicación.

6. En el caso de utilizarse notas a pie de página se seguirá necesariamente el siguiente orden:

6.1. Para libros: APELLIDOS, Autor N., *Título del libro*, Editorial, lugar de edición año de publicación.

6.2. Para revistas: APELLIDOS, Autor N., «Título del trabajo», *Revista en la que se ha publicado*, número de la revista, año de publicación y, en su caso, páginas en las que aparece la cita.

6.3. Para la abreviatura de página se utilizará pág. o págs., dejándose libertad a los autores para utilizar las abreviaturas actuales o clásicas en relación a las referencias (véase o *vid.*, ob. cit. u *op. cit.*, etc.).

7. Los trabajos deberán enviarse, acompañados de una nota con el título del trabajo, el nombre del autor o autores, su situación académica o profesional, NIF, teléfonos de contacto y correo electrónico, a la siguiente dirección electrónica negociadosecretaria2@der.uned.es.

8. El Consejo de Redacción decidirá la publicación o no de los trabajos, previa valoración de los informes emitidos por los evaluadores externos y anónimos.

9. En cualquier caso, los profesores de la Facultad de Derecho de la UNED, así como cualquier otro profesor o investigador de otra Facultad de Derecho de otra Universidad, solo podrá publicar un artículo por número de la Revista. Por otra parte, los profesores de la Facultad solo podrán publicar por número de Revista un artículo de un doctorando suyo que expresamente avalen.

10. La decisión definitivamente adoptada por el Consejo de Redacción se le notificará al autor y, en caso afirmativo, se procederá a informarle el número de la Rev*ista RDUNED* en el que se incluirá su trabajo. La publicación podrá quedar

condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original, en especial a la adaptación a las normas de publicación. Los textos que sean devueltos por no cumplir con las normas de publicación podrán ser reenviados de nuevo una vez hechas las oportunas correcciones.

11. Los textos impresos por la imprenta serán remitidos a sus autores para que cotejen posibles errores formales. Dichos errores, serán corregidos por los autores con el programa Adobe Acrobat 9. El texto modificado se remitirá en el plazo de una semana a la dirección de correo electrónico establecida.

12. El autor o autores ceden *a la RDUNED*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si bien, del contenido de los trabajos responden, exclusivamente, a sus autores.

ANA L. MOHINO MANRIQUE

Directora de *RDUNED*
Decana
Facultad de Derecho (UNED)

JORDI GIMENO BEVIÁ

Coordinador de *RDUNED*
Vicedecano de Investigación
e Internacionalización
Facultad de Derecho (UNED)