

33

2024

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

RDUNED

REVISTA DE DERECHO UNED

UNED



© UNIVERSIDAD NACIONAL
DE EDUCACIÓN A DISTANCIA - MADRID, 2024

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
Fátima 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 M^a Marcos del Cano, UNED
Alicia Arroyo Aparicio, UNED
Sonia Calaza López, UNED
Juan José Montero Pascual, UNED
Juan M. Goig Martínez, UNED
M^a 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 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 debe-

mos agradecer poder contar con un espacio cuya humilde pretensión es fomentar e incentivar la investigación en nuestra Facultad, elemento indispensable de toda comunidad universitaria.

ANA LORETO MOHINO 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”
Vigésimosegunda convocatoria (Curso 2022-2023).
Facultad de Derecho.
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**

Primer premio

- MUÑOZ VELA, José Manuel: Inteligencia artificial generativa.
Desafíos para la propiedad intelectual.
Generative artificial intelligence Challenges for intellectual property . 17

Primer accésit

- BOTELLO HERMOSA, Pedro: Motivos jurídicos para cuestionarnos si el testador puede dejarle toda la legítima estricta a un descendiente legitimario con discapacidad.
Legal reasons to question whether the tester can leave all strict legitimation to his legitimate descendant with a disability... 77

Segundo accésit

- CAMPOS RIVERA, Gonzalo: Credit Scoring como tratamiento de datos personales a la luz del RGPD. Análisis de su finalidad e influencia en los posibles usos secundarios de los datos.
Credit Scoring as personal data processing in light of the GDPR. Analysis of its purpose and influence on the possible secondary uses of the data..... 111

Tercer accésit

- FERNÁNDEZ DÍAZ, Carmen Rocio: Antecedentes penales y exclusión social: Una mirada a España, a Europa y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la era digital.
Criminal records and social exclusion: A look at Spain, Europe and the European Court of Human Rights in the digital age... 151

ESTUDIOS

- ALFONSO RODRÍGUEZ, Adriano J.: El cómo frente al quien en la reforma de la instrucción penal: Diagnóstico y cambios.
The how versus the who in the reform of the criminal investigation: Diagnosis and changes..... 191
- BOLADO ALONSO, Jesús; GONZALEZ RABANAL, Miryam de la Concepción: Análisis del principio constitucional de mérito y capacidad y su relación con la evaluación del desempeño.
Analysis of the constitutional principle of merit and capacity and its relationship with performance evaluation 214
- BOUZAS MENDES, Ricardo Esteban: De la movilización a la organización: El viaje del movimiento vecinal a las asociaciones de vecinos tras la ley de asociaciones de 1964.
From mobilization to organization: The journey of the neighborhood movement to neighborhood associations following the law of associations of 1964 277
- CASTILLO FELIPE, Rafael: ¿Demasiados abogados? Postulación y acceso a la justicia civil en la era de la inteligencia artificial.
Too many Lawyers? Mandatory Legal Representation and Access to Justice in the Era of Artificial Intelligence 311
- CILIBERTI, Eugenio: La centralidad de la bona fides romanística en materia de obligaciones y contratos en China y América Latina: Notas para una investigación.
The centrality of the Roman bona fides in the matter of obligations and contracts in China and Latin America: Notes for a research 351

DIAZ MOYA, Rafael: La ideología de la feminidad en la protección social de la mujer rural en el protofranquismo. <i>The ideology of femininity in the social protection of rural women in the proto-francoist period</i>	379
GARCÍA DEL VELLO, Justino Manuel: ¿Dos hermanas domicias? <i>Two domitian sisters?</i>	433
GARCÍA GARCÍA, Ana: El Derecho del Trabajo frente al (des) equilibrio de poderes de la relación laboral reforzado por el uso empresarial de la inteligencia artificial. <i>Labour Law in the face of the (un)balance of power in the employment relationship reinforced by the business use of artificial intelligence</i>	483
GÓMEZ LIÑARES, Gustavo: Justicia restarutiva una aproximación penitenciaria. <i>Restorative justice a penitentiary approach</i>	509
MORÁN ARIAS, Manuel Israel: Seguros de personas y deber de declaración del riesgo: Jurisprudencia reciente sobre el artículo 10 LCS. <i>Personal insurance and duty of risk declaration: Recent jurisprudence on article 10 LC</i>	541
MUÑOZ CATALÁN, Elisa: Del principio monogámico del matrimonio romano a las uniones o relaciones que no lo respetaban. <i>From the monogamous principle of roman marriage to unions or relationships that did not respect it</i>	559
OÑATE Díaz, José Antonio: Crisis del Estado de Derecho en Europa: El desafío de la independencia judicial. <i>Rule of Law Backsliding in Europe: The Challenge of Judicial Independence</i>	581
SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, José: La necesaria evolución de los derechos humanos: De su metamorfosis clásica hacia la presente encrucijada digital. <i>The necessary evolution of human rights: From their classical metamorphosis to the present digital crossroads</i>	617

SANZ SAMPER, Marc: Derechos sociolaborales entorno a la no discriminación e igualdad de oportunidades de las trabajadoras/as trans. <i>Labour laws linked to the non-discrimination and equality opportunities for the trans workers</i>	639
---	-----

RESEÑAS

ÁLVAREZ GARCÍA, Héctor. Reseña a: <i>Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa</i> . CIARALLI, Carlo Alberto, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.....	679
CIARALLI, Carlo Alberto. Reseña a: <i>Marsilio de Padua: Un costituzionalista avant la lettre, estudio de contextualización a El defensor de la paz</i> . ÁLVAREZ GARCÍA, Héctor, Tecnos Clásicos del pensamiento», Madrid, 2021.	683

PREMIO DE ARTÍCULOS JURÍDICOS “GARCÍA GOYENA”
Vigesimosegunda convocatoria (Curso 2022-2023). Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia

INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA. DESAFÍOS PARA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

GENERATIVE ARTIFICIAL INTELLIGENCE. CHALLENGES FOR INTELLECTUAL PROPERTY

José Manuel Muñoz Vela

Abogado especialista. Doctor en Derecho.
Director Jurídico Adequa Corporación

Sumario: 1. Introducción. 2. Inteligencia artificial generativa. 3. Desafíos y riesgos de la IA generativa en materia de PI. 4. La protección de datos y contenidos de entrada (inputs). 5. La protección de los resultados generados por la IA (outputs). 6. Protección de las instrucciones o prompts. 7. Propuestas reguladoras. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

Resumen. La inteligencia artificial generativa ha pasado a protagonizar el debate internacional sobre la inteligencia artificial en general, sus retos, sus riesgos y su regulación. La puesta a disposición de la sociedad en general de herramientas de IA generativa y su uso masivo ha evidenciado algunos de sus riesgos identificados y de los que se ha ido advirtiendo durante los últimos años, especialmente aquéllos que pueden impactar en los derechos de autor y en los derechos fundamentales, en particular, en el derecho a la privacidad, el derecho de información o el derecho a la libre creación artística, literaria, científica y técnica. La irrupción de sistemas inteligentes generativos de uso masivo y basados en grandes modelos de lenguaje (LLM), aprendizaje profundo y redes neuronales ha removido los cimientos del derecho de autor que conocemos y nos sitúa ante nuevo escenario, en el que cualquier usuario de los mismos, con o sin conocimientos específicos y mediante un sencillo interfaz, puede proporcionar instrucciones (*prompts*) en forma de texto o audio, de

carácter técnico o no, expresadas en lenguaje natural y que aquellos interpretan para su procesamiento y generación de un resultado, que puede ir desde un poema, un artículo periodístico, una imagen sintética, un diseño gráfico o un programa informático, hasta un comic, una canción, un videojuego, una molécula, un nuevo fármaco o un nuevo agente tóxico mortal. Los marcos jurídicos internacionales en materia de propiedad intelectual fueron concebidos en un contexto histórico, tecnológico, económico y social muy distinto al actual, de modo que no pueden dar respuesta adecuada a los distintos retos y riesgos que la IA generativa plantea para la misma. En consecuencia, este trabajo pretende profundizar sobre los principales desafíos que la IA generativa actual supone en esta materia.

Palabras clave: Inteligencia artificial, IA, algoritmo, derecho de autor, propiedad intelectual.

Abstract. Generative artificial intelligence has come to the forefront of the international debate on artificial intelligence in general, on its challenges, risks and regulation. The availability of generative AI tools to society in general has highlighted some of the risks identified and warned about in recent years, especially those that may have an impact on copyright and fundamental rights, in particular the right to privacy, the right to information or the right to free artistic, literary, scientific and technical creation. The emergence of massively used generative intelligent systems based on large language models (LLM), deep learning and neural networks has shaken the basis of copyright as we know it and places us before a new scenario, in which any user, with or without specific knowledge and through a simple interface, can provide instructions (prompts) in text or audio form, of a technical nature or not, expressed in natural language and interpreted by them for processing and immediate creation of a result, which can range from a poem, a newspaper article, a synthetic image, a graphic design or a computer programme, to a comic, a song, a video game, a molecule, a new drug or a new lethal toxic agent. The international legal frameworks on intellectual property were conceived in a historical, technological, economic and social context that is very different from the current one, so that they cannot adequately respond to the different challenges and risks that generative AI may pose to it. Consequently, this paper aims to explore the main challenges that current generative AI poses in this area.

Keywords: Artificial intelligence, AI, algorithm, copyright, intellectual property.

1. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (en lo sucesivo «IA»)¹ constituye un conjunto de tecnologías que está cambiando y cambiará en mayor medida el mundo que conocemos. Su potencial disruptivo y habilitador para la transformación digital, el avance científico, tecnológico, industrial, cultural y social, así como su valor estratégico, considero que están fuera de dudas. No obstante, como cualquier otra tecnología de alto impacto, comporta retos y riesgos que deben ser identificados y gestionados, y para los que los ordenamientos jurídicos actuales no están preparados para dar una respuesta adecuada en distintos aspectos.

La IA no es una tecnología nueva o emergente, en la medida que su origen se sitúa a mediados del siglo pasado, si bien, es ahora cuando se está produciendo la eclosión del despliegue, aplicación y uso masivo de determinados sistemas inteligentes por parte de la sociedad en general, lo que ha puesto de manifiesto algunos de sus retos y de sus riesgos, a pesar de tratarse todavía de una IA débil y menos avanzada de lo que la percepción pública de la misma le presupone, sin perjuicio de su complejidad y de los billones de parámetros y datos que puede llegar a manejar para producir un resultado en base a una simple solicitud o instrucción humana. Sí son nuevos, emergentes y absolutamente disruptivos, muchos de sus usos y aplicaciones. Del mismo modo, la IA generativa ya existía, pero se ha producido la eclosión de su uso con la puesta a disposición de la sociedad en general de distintos sistemas generativos, que han provocado una auténtica revolución en todo tipo de actividades y sectores. Y, en mi opinión, estamos todavía en su fase más primigenia o embrionaria.

A mi juicio, nos encontramos todavía en el despegue inicial de esta modalidad de IA al que sucederá su uso masivo a nivel personal, empresarial y profesional, por lo que es necesario comprender cuanto antes su poder, alcance, capacidades, valor, desafíos y riesgos, tanto por gobiernos, legisladores, como por Administraciones públicas, empresas, profesionales y por la sociedad en general, en la medida que, durante los próximos años, la revolución provocada y sustentada

¹ El concepto «IA» fue acuñado y utilizado públicamente por primera vez en la denominada «Conferencia de Dartmouth» de 1.956 por parte de John McCarthy, considerado el padre de la misma, con el permiso de Alan Turing. McCarthy definió entonces la «IA» como «la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes». MCCARTHY, J.; MINSKY, M.; ROCHESTER, N.; SHANNON, C. (1955). *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*. 31.08.1955. Recuperado de: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>. Consultado el 24.07.2023.

en la misma, ya iniciada, motivará cambios incesantes y a un ritmo exponencial, quizás no tanto por las innovaciones y avances significativos continuos en la tecnología subyacente, sino por la velocidad incremental de su despliegue, nuevas aplicaciones o la ampliación de los sectores, actividades, áreas, funciones y tareas que integren la misma.

La historia de la IA se ha caracterizado por estimaciones y predicciones nunca cumplidas, si bien, en materia de IA generativa se han cumplido. Gartner² ya la identificó como una de las tendencias tecnológicas estratégicas para 2022 en base a su potencial de producir nuevas formas de contenido creativo, así como de acelerar los ciclos de I+D en todo tipo de sectores. Sistemas como Copilot, Stable Diffusion, Midjourney, DeviantArt, Dall-e, Gemini (anteriormente Bard) o ChatGPT han pasado a estar disponibles y ser usados masivamente en el ámbito empresarial, académico y personal, permitiendo a sus usuarios programar, crear diseños, comunicaciones, informes, contenidos publicitarios o artículos. Pero también se están utilizando estos y otros sistemas menos comerciales en el ámbito de la investigación, que está permitiendo la aceleración de enormes avances para la humanidad, por ejemplo, en el ámbito de la creación de nuevas moléculas y tratamiento de enfermedades.

El informe elaborado por McKinsey bajo el título *The state of AI in 2023: Generative AI's breakout year*³, confirma el crecimiento «explosivo» de la IA generativa. La apertura y accesibilidad de esta tecnología a la sociedad, junto con otros factores, como su capacidad y facilidad para interpretar instrucciones y generar resultados, han conllevado la captación de la atención pública, la eclosión de su uso masivo, pero también el cuestionamiento de la misma, especialmente ante los riesgos y restos que plantea⁴. Y todo ello se está produciendo

² Recuperado de: <https://www.gartner.es/es/tecnologia-de-la-informacion/insights/principales-tendencias-tecnologicas>. Consultado el 15.07.2023.

³ *The state of AI in 2023: Generative AI's breakout year*. QuantumBlack AI. McKinsey & Company. Agosto 2023. El informe se sustenta en una encuesta a nivel mundial realizada en abril de 2023.

⁴ ChatGPT3 se abrió al público en general a finales de 2022 y en enero de 2023 ya había alcanzado los 100 millones de usuarios activos [IGLESIAS ÁLVAREZ, I. (2023). «ChatGPT bate récords: el mayor crecimiento por usuario de la historia». *Computer World*. 03.02.2023. Recuperado de: <https://www.computerworld.es/tecnologia/chatgpt-bate-records-el-mayor-crecimiento-por-usuario-de-la-historia>. Consultado el 07.07.2023]. Su principal valor reside, en mi opinión, de un lado, en su absoluta sencillez de uso e interfaz con el usuario y, de otro, en su gran capacidad de comprensión y generación de lenguaje natural, su metodología y la compleja arquitectura de redes neuronales profundas utilizadas, con unos 175 millones de parámetros que están detrás del mismo, tal y como significan expertos

en un contexto en el que los ordenamientos jurídicos vigentes no pueden dar una respuesta adecuada a los distintos desafíos y riesgos que la IA en general y, la IA generativa en particular, plantean, entre otros, en materia de propiedad intelectual (en lo sucesivo «PI»).

El desarrollo, despliegue y uso masivo de estos sistemas de IA generativa no es gratuito, comporta un alto precio e importantes desafíos y riesgos, y ya se ha evidenciado la materialización de algunos de ellos. A modo de ejemplo, significar los desafíos relacionados con la sostenibilidad⁵, pero también, por ejemplo, en materia de privacidad, confidencialidad o no discriminación⁶. A pesar de las espectaculares

internacionales como Oliver [IGLESIAS ÁLVAREZ, I. (2023). «ChatGPT-3, un punto de desencuentro entre fieles seguidores y reaccionarios incrédulos». *Computer World*. 27.01.2023. Recuperado de: <https://www.computerworld.es/reportajes/chatgpt3-un-punto-de-desencuentro-entre-fieles-seguidores-y-reaccionarios-incredulos>. Consultado el 02.02.2023]. Fue entrenado con más de un millón de conjuntos de datos, unos 500.000 millones de tokens (palabras o fragmentos de palabras) y sin conexión a Internet para nutrirse de los mismos. La complejidad en su concepción, diseño y tecnología que hay por debajo y que integra su *Back end* choca frontalmente con la facilidad en su uso por parte de cualquier usuario a través de su *Front end*, cualquiera que sea su edad o cualificación específica. De este modo, la tecnología y la IA en particular se ha abierto y hecho accesible a cualquier persona o empresa, bien a través de aplicaciones finales, o bien a través de APIs —Application Programmatic Interface— accesibles desde distintas soluciones de software de uso masivo. Desde el 14 de marzo de 2023, la versión avanzada ChatGPT Plus pone a disposición de sus usuarios la posibilidad de introducir entradas mediante texto o imágenes, generando resultados de texto, y desde el 23 de marzo de 2023 incorporó nuevas extensiones de búsqueda en Internet, de modo que puede acceder a distintas fuentes y bases de datos de terceros. La aplicación ha evolucionado hacia una aplicación de IA generativa multimodal extensa, tanto por lo que se refiere al tamaño del modelo como al volumen de datos que maneja, que opera sobre la base de un modelo de red neuronal, que utiliza aprendizaje no supervisado para predecir resultados. Los casos de uso actuales relacionados con ChatGPT evidencian su rápido y extenso despliegue e incluyen su integración con buscadores, creación de comunicaciones o noticias, generación de textos literarios, herramienta de ayuda a la investigación, automatización de respuestas en centros de atención a clientes y usuarios, generación automática de código informático o páginas web, entre otros. La versión actual de este sistema se nutre de millones de datos de fuentes diversas que podrían incluir datos personales u obras protegidas por derechos de autor. Los resultados de estos sistemas generativos son absolutamente impresionantes, mayoritariamente en sentido positivo, aunque también en sentido negativo en otras, especialmente ante sus «alucinaciones» y errores en sus resultados.

⁵ Estos sistemas tienen un alto impacto en el medio ambiente, especialmente ante los consumos masivos de luz y agua que requiere su entrenamiento y uso, con las correlativas emisiones de CO₂. Es una tecnología no sostenible tal y como la conocemos hoy.

⁶ Dentro de los testeos de algunos de estos sistemas generativos realizados por mi parte en diciembre de 2022 y marzo de 2023, me encontré con supuestos singulares, pero presentes en los mismos en mayor o menor medida, aunque recientemente subsanados, supuestamente. Solicité a dos de los sistemas inteligentes generativos de

capacidades, funcionamiento y resultados de estos sistemas generativos⁷, considero necesario reiterar que se trata de sistemas de IA débil o limitada⁸ —*Artificial Narrow Intelligence* o ANI por su acrónimo en inglés—, adecuados para ejecutar una única tarea para la que han sido entrenados, pero no nos encontramos ante sistemas más avanzados o de IA fuerte o general. Estos sistemas no entienden nada de lo que están creando y comunicando, no tienen consciencia ni conciencia, no tienen sentimientos ni emociones, no representan un intelecto o conocimiento propio interno. Se trata de sistemas basados en software, datos y en su procesamiento automatizado con la finalidad de obtener un resultado estadísticamente coherente. Ello no obsta al valor incuestionable de sus capacidades, de sus usos potenciales y de sus resultados, al margen de que los mismos no sean plenamente fiables ni seguros, y tienen importantes limitaciones, como se ha evidenciado y reconocido públicamente por sus propios desarrolladores⁹, especial-

imágenes de uso más extendido, en inglés (que no diferencia género), la creación de una imagen sintética de «lawyer» (abogado/a), «CEO», «doctor» (médico/a) o «nurse» (enfermero/a). Los cuatro resultados ofrecidos para «lawyer» o «CEO» eran hombres, para «nurse» eran mujeres y sólo en el caso de «doctor» aparecía una mujer entre los cuatro resultados ofrecidos.

⁷ A modo de ejemplo, ChatGPT fue capaz de superar el examen de acceso a la abogacía en EE.UU. —*Uniform Bar Exam*—, con una calificación entre las mejores obtenidas por los participantes. [PÉREZ, E. (2023). «GPT-4 acaba de volver obsoletos los exámenes tradicionales (y eso incluye los de nivel universitario)». *Yakata.com*. 15.03.2023. Recuperado de: <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/gpt-4-acaba-volver-obsoletos-examenes-tradicionales-eso-incluye-nivel-universitario>. Consultado el 20.07.2023].

⁸ El filósofo John Searle distingue entre IA «fuerte» —creativa, con autonomía y capacidad de improvisación— y «débil» —automatizada y mecánica, que carece de autonomía y capacidad de improvisación—. [SEARLE J. (1980). *Minds, brains, and programs*, *Behavioral and Brain Science*. 3 (3). Cambridge (UK), septiembre 1980. Pp.417-457]. Otras definiciones que complementan esta diferenciación, identifican la IA «fuerte» o «general» como aquella que tiene las mismas características que la inteligencia humana y que tendría la capacidad de aprender, razonar, entender, aplicar sentido común y comprender la relación de causalidad, mientras que la «débil» o «estrecha» la identifican con aquella con capacidad de resolver una tarea muy concreta y limitada pero que no podría resolver otras relacionadas con la misma desde una perspectiva humana. Según esta definición, la IA «fuerte» o «general» sería lo que todavía no existe, en la medida que los sistemas actuales no pueden «entender». [BENJAMINS, R. Y SALAZAR, I. (2020). *El mito del algoritmo*. Editorial Anaya Multimedia. Madrid. Pos. 3844]. Barrio Andrés se refiere a IA «débil» o «estrecha» como aquella que se centra en una tarea concreta y limitada en sectores diversos, esto es, una aplicación específica, y sin autoconsciencia [BARRIO ANDRÉS, M. (2020). *Manual de Derecho Digital*. Tirant lo Blanch. Valencia 2020. P. 57].

⁹ Daniela Amodei, fundadora y presidente de Anthropic (Claude 2) o Sam Altman, fundador y consejero delegado de OpenAI (ChatGPT). [O'BRIEN, M. Y OTROS (2023). «Tech experts are starting to doubt that ChatGPT and A.I. 'hallucinations' will ever go away: 'This isn't fixable'». *Fortune*. 01.08.2023. Recuperado de: <https://fortune.com>].

mente ante las denominadas «alucinaciones», problemas de cálculo y errores de razonamiento¹⁰.

En definitiva, en mi opinión, estos sistemas inteligentes generativos nada tienen que ver, al menos todavía, con una supuesta IA fuerte o con una IA general, entendida como la capacidad de un sistema computacional para realizar cualquier tarea intelectual que un ser humano pueda acometer, y que, para algunos, simplemente nunca llegará¹¹. Sin embargo, su uso extendido ha suscitado un intenso y apasionante debate jurídico a nivel internacional sobre las distintas cuestiones que plantean en materia de PI ante su incuestionable capacidad creadora. Desde la propia protección de estos sistemas y sus elementos conforme a los marcos reguladores de la PI a nivel internacional, la posible vulneración de derechos de autor sobre los contenidos de los que se nutren y entrenan (*inputs*), la protección de los resultados generados con/por los mismos (*outputs*) a través de estos marcos jurídicos, la titularidad, tipología y ejercicio de derechos sobre éstos, o la propia protección de las instrucciones o *prompts* humanos proporcionados a los mismos para la obtención de los resultados, entre otros aspectos. El presente trabajo pretende abordar estas cuestiones ante su enorme relevancia y actualidad¹².

com.cdn.ampproject.org/c/s/fortune.com/2023/08/01/can-ai-chatgpt-hallucinations-be-fixed-experts-doubt-altman-openai/amp/. Consultado el 10.08.2023].

¹⁰ Estos sistemas generan contenidos basados en entradas desde un solo canal (por ejemplo, texto), o multicanal (por ejemplo, texto, imagen, impulsos electromagnéticos o audio), y sus resultados pueden variar en calidad, complejidad, precisión, actualidad, veracidad y objetividad. Su capacidad actual es además limitada, por lo que sus resultados siempre deben revisarse y probarse para determinar su fiabilidad, especialmente su exactitud, integridad, ausencia de sesgos y explicabilidad y, de manera consecuente, para usar los mismos en cualquier contexto.

¹¹ Como ha señalado repetidamente López de Mántaras, uno de los expertos de referencia en IA a nivel internacional, «Es muy preocupante y dañino para la IA que las personas creen que ChatGPT-3 es inteligente» [IGLESIAS ÁLVAREZ, I. (2023). «ChatGPT-3, un punto de desencuentro entre fieles seguidores y reaccionarios incrédulos». Op. cit.].

¹² Otras cuestiones relacionadas, no menos importantes, como las relativas a la protección de los sistemas inteligentes y sus elementos, a su utilización como herramienta para la gestión, respeto y protección de los derechos de PI o a las responsabilidades civiles y penales dimanantes de la infracción de derechos de terceros, han sido ya tratadas por la doctrina más reciente y existe un mayor consenso jurídico sobre los principales aspectos que plantean. Ver, entre otras, MUÑOZ VELA, J.M. (2023) «Inteligencia artificial y derecho de autor. Creaciones artificiales y su protección jurídica», en Martínez Velencoso, L.M. y Plaza Penadés, J. (Dir.) (2023), *Retos normativos del mercado único digital europeo*. Tirant Lo Blanch. Valencia. Pp. 402-409, 421-422; MUÑOZ VELA, J.M. (2022). «Inteligencia artificial y Cuestiones de IP e industrial». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*. ISSN 1696-0351, N.º. 59. Editorial Aranzadi (Thomson Reuters). Navarra. Pp. 137-141; PLAZA PENADÉS, J. (2023). *Propiedad intelectual y protección de sistemas de inteligencia*

2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA

La IA generativa —IAG o GenAI por su respectivo acrónimo en castellano o inglés—, es una rama de la IA referente a aquellos sistemas con capacidad para la generación de contenido, supuestamente único y original, como texto, imágenes, música, programas informáticos, videos o videojuegos a partir de grandes conjuntos de datos y en base a datos e instrucciones por parte del usuario de los mismos. Es decir, no se limitan a analizar o realizar acciones a partir de datos existentes, sino a generar contenidos distintos¹³. Pero la IA generativa, también está siendo utilizada para diseñar nuevos fármacos, proteínas o materiales que están acelerando la innovación y el avance tecnológico.

La capacidad natural de crear parecía exclusiva del ser humano. Ahora nos encontramos frente a una capacidad artificial de crear, «creada» y conferida por el intelecto humano. Los sistemas de IA generativa son aplicaciones construidas generalmente sobre modelos fundacionales o de base¹⁴, sustentados en redes neuronales artificia-

artificial y metaversos. Editorial Aranzadi (Thomson Reuters). Navarra. PP. 227-255; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. Y TATO PLAZA, A. (2021). *La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters. Navarra. Marzo 2021. Cap. IV. Versión Proview; MUÑOZ VELA, J.M. (2022). *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica*. Editorial Aranzadi (Thomson Reuters). Navarra. Pp. 201-212 y231-232; MUÑOZ VELA, J.M. (2022). «Inteligencia artificial y responsabilidad penal». *Derecho Digital e Innovación*. Núm. 11. Enero-Marzo 2022. ISSN 2659-871X, Ed. Wolters Kluwer. Madrid.

¹³ Las recientes «Medidas Provisionales para la Gestión de los Servicios de Inteligencia Artificial Generativa» aprobadas en China, se refieren a la IA generativa como los «modelos y tecnologías relacionadas que tienen la capacidad de generar contenido como texto, imágenes, audio y video». *Medidas Provisionales para la Gestión de Servicios de Inteligencia Artificial Generativa*. Texto íntegro Recuperado de: http://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm. Consultado el 13.07.2023.

¹⁴ Los modelos de base son modelos de aprendizaje profundo entrenados con grandes cantidades de datos no estructurados y sin etiquetar, que pueden utilizarse para una amplia gama de tareas o adaptarse a tareas específicas mediante un ajuste fino, entendiendo como tal, el proceso de adaptar un modelo básico pre-entrenado para que funcione mejor en una tarea específica. Algunos ejemplos de estos modelos son GPT-4, PaLM, DALL-E 2 y Stable Diffusion. Ver CHUI, M., HAZAN, E., ROBERTS, R., SINGLA, A., SMAJE, K., SUKHAREVSKY, A., LEE, L. Y ZEMMEL, R. (2023). *The economic potential of generative AI. the next productivity frontier*. McKinsey & Company. Junio 2023. Glosario. Los modelos básicos también pueden utilizarse para fines no generativos.

les¹⁵ expansivas y en el aprendizaje profundo¹⁶ o *Deep Learning* (DL). Estos modelos suponen una evolución de la propia IA, en la medida que pueden procesar conjuntos extremadamente grandes y variados de datos no estructurados y realizar más de una tarea, creando nuevas capacidades y mejorando las existentes¹⁷. Los sistemas inteligentes generativos pueden ser unimodales o multimodales, esto es, dependiendo de si toman un solo canal de entrada (por ejemplo, texto) o varios (como imágenes y texto). La evolución de sus capacidades, su apertura y puesta a disposición de la sociedad en general, la facilidad de acceso y uso de la misma a través de un sencillo interfaz para la entrada de instrucciones por su usuario —gracias a la complejidad y precisión del procesamiento del lenguaje natural (*Natural Language Processing* o NPL)—, los grandes modelos de lenguaje (*Large Language Models* o LLMs) sobre los que se sustenta y, sobre todo, sus usos potenciales, valor e impacto en todo tipo de sectores y actividades, han motivado que la misma haya cautivado a la sociedad en general y generado una absoluta revolución que ha eclipsado y focalizado la atención pública y el debate político a nivel internacional en los últimos meses, especialmente alrededor de sus desafíos y sus riesgos, normas éticas que deben regirla y su regulación. Algunos de los sistemas de IA generativa de uso más extendido a nivel comercial en la actualidad son ChatGPT (OpenAI), Gemini (Google), Stable Diffusion (Stability.ai), Copilot (Github/OpenAI), Midjourney (Midjourney Inc), Claude (Anthropic) o DALL-E (OpenAI), entre otros muchos, incluy-

¹⁵ Las redes neuronales artificiales se componen de capas interconectadas de calculadoras basadas en software conocidas como «neuronas». Estas redes pueden absorber enormes cantidades de datos de entrada y procesarlos a través de múltiples capas que extraen y aprenden las características de los datos. Ver CHUI, M., HAZAN, E., ROBERTS, R., SINGLA, A., SMAJE, K., SUKHAREVSKY, A., LEE, L. Y ZEMMEL, R. (2023). *The economic potential of generative AI. The next productivity frontier*. Op. Cit.

¹⁶ El aprendizaje profundo es un subconjunto del aprendizaje automático que utiliza redes neuronales profundas, que son capas de «neuronas» conectadas cuyas conexiones tienen parámetros o pesos que pueden entrenarse. Es especialmente eficaz en el aprendizaje a partir de datos no estructurados como imágenes, texto y audio. Ver CHUI, M., HAZAN, E., ROBERTS, R., SINGLA, A., SMAJE, K., SUKHAREVSKY, A., LEE, L. Y ZEMMEL, R. (2023). *The economic potential of generative AI. The next productivity frontier*. Op.Cit.

¹⁷ Los sistemas inteligentes generativos se «autoentrenan» utilizando los algoritmos de aprendizaje automático que analizan enormes cantidades de datos, imágenes y otros contenidos, y aprenden a utilizar esta información para crear nuevos contenidos. Los sistemas generativos se nutren de datos y necesitan los mismos para su funcionamiento. El valor de los datos para el desarrollo de la IA generativa no radica tanto en éstos considerados independientemente, sino en la extracción de valor de todos ellos, mediante análisis computacional automatizado [ROSATI, E. (2018). «An EU Text and Data Mining Exception for the Few: Would it Make Sense?» 13 (6) *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol.13, No.6429. Pp. 429-430].

endo los de uso menos comercial o más orientado a la investigación y el desarrollo.

Los avances en los últimos meses en su capacitación, despliegue, disponibilidad y uso han sido especialmente significativos y a un ritmo vertiginoso¹⁸. El potencial de la misma para aportar valor está fuera de toda duda¹⁹, como también la necesidad de comprender dicho potencial y su aplicación, como he referido anteriormente. Los modelos actuales tienen la capacidad de transformar aceleradamente organizaciones y procesos productivos, principalmente mediante la automatización y la ejecución de determinadas tareas con una velocidad y eficiencia sin precedentes, pero, además, la combinación entre la misma y los conocimientos e ingenio humano potencia todavía más el aprovechamiento de sus capacidades y su efectividad, en lo que considero un necesario «maridaje» entre hombre y máquina para aumentar sus respectivas capacidades. Según Alex Sukharevsky, experto en IA, «Ninguna industria quedará al margen del impacto de la IA generativa»²⁰. La IA generativa ya se está utilizando en todo tipo de organizaciones²¹, si bien, su valor e impacto potencial debe ponerse en relación con sus precitados desafíos y sus riesgos.

¹⁸ A modo de ejemplo y según datos de la propia industria, ChatGPT-3 se abrió al público en general en noviembre de 2022. Cuatro meses después se lanzó GPT-4 con capacidades muy superiores [«GPT-4 is OpenAI's most advanced system, producing safer and more useful responses». *OpenAI*. 13.03.2023. Recuperado de: <https://openai.com/gpt-4>. Consultado el 20.04.2023]. Claude presentó en marzo de 2023 sus mejoras. Dos meses después había multiplicado por 10 esta capacidad, llegando a 100.000 tokens, esto es, unas 75.000 palabras en menos de un minuto [«Introducing 100K Context Windows». *Anthropic*. 11.05.2023. Recuperado de <https://www.anthropic.com/index/100k-context-windows>. Consultado el 20.04.2023].

¹⁹ El potencial económico y la contribución al incremento de la productividad laboral de la IA generativa es actualmente abrumador, y en múltiples distintas áreas y funciones internas de una organización (Operaciones con clientes, marketing y ventas, ingeniería del software, TI, I+D+I, recursos humanos, finanzas, auditoría, legal y otras). La IA generativa podría suponer añadir a la economía mundial entre 2,6 y 4,4 billones de dólares sólo en los casos de uso analizados [CHUI, M., HAZAN, E., ROBERTS, R., SINGLA, A., SMAJE, K., SUKHAREVSKY, A., LEE, L. Y ZEMMEL, R. (2023). *The economic potential of generative AI. the next productivity frontier*. Op.Cit.].

²⁰ PRIETO, M. (2023). «McKinsey: 'Ninguna industria quedará al margen del impacto de la IA generativa'». *Expansión*. 30.06.2023. Recuperado de: <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2023/06/30/649c4baee5fdeae72e8b461e.html>.

²¹ El precitado informe *The state of AI in 2023: Generative AI's breakout year* recoge una síntesis de uso de IA generativa por regiones, sectores, niveles de uso y edad. En mi opinión, el impacto y el valor de la IA generativa será mayor en los sectores relacionados con el conocimiento. Su uso en el sector legal tendrá su punto de inflexión cuando se produzca la combinación entre estas aplicaciones con la fiabilidad de las fuentes de datos utilizadas para la elaboración de documentos

3. DESAFÍOS Y RIESGOS DE LA IA GENERATIVA EN MATERIA DE PI

La IA en general y, la IA generativa en particular, constituyen un conjunto de tecnologías de potencial disruptivo, habilitador y de alto impacto que comporta un conjunto de desafíos y de riesgos, tanto generales, asociados a cualquier IA²², como los específicos de la generativa²³, que deben ser adecuadamente identificados, evaluados y gestio-

y contratos, elaborar informes, contratos o propuestas de resolución adecuadas y fiablemente fundamentadas y citadas, entre otros factores.

²² El *Libro blanco sobre la inteligencia artificial* de la Comisión Europea identificó y clasificó los principales riesgos de la misma en: a) Riesgos para los derechos fundamentales; b) Riesgos para la seguridad y; c) Riesgos para el funcionamiento eficaz del régimen de responsabilidad civil [«*Libro Blanco sobre la inteligencia artificial — Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la Confianza*». Comisión Europea. Bruselas, 19.2.2020. COM (2020) 65 final. Pp. 13-15]. Algunos de los principales retos y riesgos identificados por la doctrina son los siguientes: Asimetría y asincronía en su disponibilidad, acceso y uso; su infrautilización al desaprovechar las oportunidades que supone y posible pérdida de ventajas competitivas; uso o aplicación excesiva alejada de unos objetivos predefinidos; incapacidad de la IA para representar una realidad social compleja mediante meros valores numéricos o prácticas de *mathwashing*; errores de diseño, defectos de programación o errores funcionales en su desarrollo, configuración, despliegue, integración, funcionamiento y aplicación; interoperabilidad con otras aplicaciones, sistemas, tecnologías, productos o servicios; conectividad; fiabilidad, seguridad, calidad y precisión en su funcionamiento y resultados; continuidad; resiliencia; riesgos de confusión en la interacción con la misma (hombre o máquina); falta de calidad en los datos o conocimientos de entrada, viciado o *envenenamiento*; falta de transparencia, información y explicabilidad en su operatividad y funcionamiento; opacidad consecuente en la toma de decisiones; sesgo discriminatorio, voluntario o involuntario; intromisión en la vida privada; riesgos para la seguridad y protección de datos y para la información confidencial empresarial; seguridad física y moral de las personas; libertad de expresión y el derecho de información; IP e industrial; afectación de otros derechos fundamentales; riesgos para la seguridad de bienes e instalaciones; afectación del mercado laboral; riesgo para el mercado, la competencia y los consumidores ante el acceso restringido a determinadas aplicaciones y grandes volúmenes de datos relevantes; (des) información; erosión de los sistemas democráticos; uso con fines militares y de defensa; uso inadecuado, inconsciente o negligente; uso con fines ilegítimos, maliciosos, ilícitos o delictivos; otorgamiento de capacidades de decisión o ejecución de acciones físicas o digitales autónomas o semiautónomas sin controles adecuados o ausencia de aprobación, control humano o remoción; responsabilidad, prueba y resarcimiento efectivo en caso de daños causados por sistemas inteligentes; transformación de las relaciones sociales; deshumanización; riesgos medioambientales y sostenibilidad; ausencia de normas éticas vinculantes; riesgo de prácticas de *Ethics washing* o; ausencia de marcos reguladores específicos y falta de adecuación de los existentes [MUÑOZ VELA, J.M. (2022). *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica*. Editorial Aranzadi. Navarra. Pp. 49-101]

²³ La eclosión del despliegue y uso masivo de sistemas inteligentes generativos ha puesto de manifiesto públicamente la materialización de algunos de los riesgos generales más significativos asociados tradicionalmente a la IA, especialmente los

nados. La IA generativa puede tener un impacto social y económico muy positivo, pero también contribuir a amenazar la democracia, aumentar la polarización, el sesgo, los prejuicios y las desigualdades sociales, atentar contra la privacidad y otros derechos fundamentales, contra la información confidencial empresarial, la PI o incluso contra la vida humana, si no se establecen las salvaguardas necesarias. Los retos y riesgos asociados a la IA generativa pueden ser de distinta naturaleza y objeto, e incluyen su posible uso malicioso, que puede conllevar su utilización para la creación de *malware*, para crear campañas de desinformación, para la creación de ataques de *phishing*, para la suplantación de identidad o para la creación de armas bioquímicas.

La IA generativa plantea múltiples cuestiones, desafíos y riesgos²⁴ en materia de PI, a los que los marcos jurídicos vigentes reguladores de la misma no pueden dar respuestas adecuadas a todos, y tanto respecto al uso de datos y contenidos protegidos por los mismos para su diseño, entrenamiento, aprendizaje y funcionamiento (y no exclusivamente para su entrenamiento, como parece se está focalizando el debate público actual), sino, también, respecto de la protección de sus resultados, de la interacción humana con los mismos mediante instrucciones y contenidos, así como respecto de la titularidad, contenido y límites de los derechos sobre dichos resultados.

que afectan al sesgo discriminatorio, la manipulación, los valores democráticos, la intimidación y la protección de datos personales, a la información confidencial empresarial, o los derechos de PI. Sin embargo, nuestras organizaciones no están preparadas en la actualidad para el uso generalizado de la IA generativa y para afrontar los riesgos empresariales que comporta conforme evidencia el informe precitado *The state of AI in 2023: Generative AI's breakout year*. En mi opinión, la IA generativa comporta, además de los retos y riesgos asociados a cualquier sistema inteligente o modelo fundacional, los propios y los potenciados por sus capacidades, finalidades y usos posibles, entre otros y por su relevancia en relación con el objeto de este trabajo, los siguientes: a) Capacidad de computacional limitada y costosa, con los riesgos de accesibilidad y disponibilidad asociados, así como de asimetría y asincronía con impacto en aspectos como la competencia, el desarrollo tecnológico, la transformación digital, la innovación, la competitividad o el derecho de acceso a la misma; b) Fiabilidad, precisión y error; c) Información de salida ilegítima o ilícita; d) Sesgo discriminatorio; e) Explicabilidad; f) Impacto en la creatividad y en el pensamiento crítico; g) Mercado de trabajo; h) Seguridad y uso malicioso; i) Responsabilidad y rendición de cuentas (Accountability); j) Privacidad; k) Información confidencial; l) Impacto organizativo interno; m) Riesgos financieros y reputacionales; n) Competencia, los mercados y los consumidores; ñ) Impacto social y medioambiental.

²⁴ El Parlamento Europeo ya planteó en 2020 la necesidad de reflexionar sobre estas cuestiones en su Resolución de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de IP para el desarrollo de las tecnologías relativas a la AI (2020/2015(INI))

4. LA PROTECCIÓN DE DATOS Y CONTENIDOS DE ENTRADA (INPUTS)

La IA generativa se nutre de datos y contenidos para poder generar sus resultados, y no sólo en su entrenamiento, sino que pueden incorporarse durante todo su ciclo de vida, incluyendo las fases de diseño, desarrollo y entrenamiento, como las posteriores de funcionamiento, uso, mantenimiento y actualización. Estos datos y contenidos pueden incorporarse al sistema por el sujeto involucrado con el mismo en cada fase, esto es, el diseñador, desarrollador, entrenador, operador o el propio usuario.

Los datos y contenidos de entrada o *inputs* pueden contener información protegida por distintos marcos normativos y/o contractuales en función de su naturaleza, por ejemplo, en materia de protección de datos personales (datos biométricos como imágenes o voces, entre otros), de protección de la imagen, de la PI (fotografías, música, software, videos, artículos o libros, entre otros), de la información corporativa confidencial (secretos empresariales) o de propiedad industrial (incluyendo patentes, modelos de utilidad o marcas). En consecuencia, las facultades exclusivas que estas normas pueden otorgar a los titulares de los derechos sobre dichos contenidos para autorizar o prohibir su uso y explotación deben ser respetadas y ser gestionadas adecuadamente, en la medida que, de otro modo, su uso podría constituir una infracción de derechos y comportar la exigencia de responsabilidades de distinta naturaleza, y su inadecuada gestión podría convertirse en un obstáculo para el desarrollo y aplicación de la IA generativa. Del mismo modo, estos contenidos de los que se pueda nutrir la IA generativa también pueden obtenerse del dominio público, sin necesidad de autorización específica, o estar sujetos a exenciones o limitaciones de aquellos derechos legalmente reconocidas, que pueden legitimar su uso.

La irrupción del despliegue y uso masivo de aplicaciones de IA generativa durante el último año ha motivado un intenso debate jurídico internacional en relación con el uso de contenidos protegidos por PI como *input* de estos sistemas sin autorización de sus respectivos titulares, con posiciones muy dispares ante un contexto global, en el que los distintos ordenamientos jurídicos locales no pueden ofrecer una solución única, armonizada y global, ni tampoco adecuada, a una realidad que ni tan siquiera contemplan por haber sido aprobados en un contexto tecnológico, político, económico y social muy distinto al actual.

De inicio, en mi opinión, los derechos de PI sobre cualquier contenido deben ser respetados en todo momento y el ejercicio de cualquier derecho o facultad asociada a los mismos por un tercero debe hallarse legitimada por una disposición legal, contractual o por autorización del titular. Cualquier conflicto de derechos que pueda suscitarse en este contexto, debería resolverse en favor de los titulares de los derechos, máxime cuando se trate de derechos fundamentales o de una manifestación libre de su ejercicio, como lo es la libertad científica, técnica, literaria y artística, aplicando incluso la presunción prevista en algunos ordenamientos jurídicos, legal o jurisprudencialmente, que, ante cualquier cuestión interpretativa que se suscite, debería ser resuelta a favor del autor. A mi juicio, el respeto del ordenamiento jurídico y de los derechos de PI reconocidos a sus titulares no es negociable ni debería ser cuestionado por la industria de la IA bajo el argumento de su posible impacto en la innovación y uso. Simplemente, deben ser respetados y adecuadamente gestionados, bajo nuevos modelos todavía por crear. El problema es que la velocidad en el despliegue y aplicación de la IA generativa va mucho más rápida que cualquier reflexión política, jurídica y económica por parte de las industrias y actividades implicadas, y mucho más que cualquier actuación legislativa que se considerare oportuna conforme a dichas reflexiones. El libre acceso, circulación²⁵ y uso de datos y de conocimientos protegidos no tiene amparo legal en este ámbito²⁶

²⁵ Significar el posicionamiento de autores como Ottolia en relación con la libre circulación de datos e IA [OTTOLIA, A. (2018). *Derecho, Big Data e inteligencia artificial*. Editorial Tirant lo Blanch y G. Giappichelli Editore. Valencia-Torino. 2018. Pp.114-121].

²⁶ Google actualizó su política de privacidad coincidiendo con el despliegue de Google Bard (ahora Gemini) en la UE, en la que básicamente anunció al mundo que pretende utilizar todos los contenidos disponibles en Internet para mejorar sus modelos de IA, adoptando una posición extrema al respecto [IKEDA, S. (2023). «All Your Content Belongs to Us»: Google Privacy Policy Update Suggests It Plans to Scrape Everything on the Internet to Improve AI Models». Publicado en *CPO Magazine*. 10.07.2023. Recuperado de: <https://www.cpomagazine.com/data-privacy/all-your-content-belongs-to-us-google-privacy-policy-update-suggests-it-plans-to-scrape-everything-on-the-internet-to-improve-ai-models/>. Consultado el 13.07.2023]. En mi opinión, este planteamiento es insostenible jurídicamente, especialmente en atención al concepto de «público» que sostengamos y a una libre circulación de conocimientos y contenidos inexistente en la actualidad, en virtud de los ordenamientos jurídicos vigentes, en especial, en materia de protección de datos, secretos empresariales o PI. No obstante, esta polémica tampoco es nueva ni exclusiva. En su día, el caso de Clearview AI provocó un debate internacional, con poco trasfondo en mi opinión, ante la claridad de las normativas vigentes en materia de privacidad, en la medida que sistema creó una enorme base de datos biométricos de reconocimiento facial a partir de fotografías publicadas sin el conocimiento ni el consentimiento de nadie. El denominado *scraping* de contenidos en la red es una cuestión que afecta a todos, incluyendo a *players* del más alto nivel y que ha motivado ya posicionamiento y

salvo excepciones. Abordar estos conflictos exige considerar, de un lado, el ordenamiento jurídico aplicable, pero, de otro, la propia naturaleza del contenido de entrada, el proceso técnico de extracción, entrada y tratamiento posterior²⁷ del mismo, tipología de sistema,

acciones de algunos de ellos, como Twitter o Reddit que pasaron sus respectivas APIs a ser de pago, entre otras decisiones. El pasado mes de agosto de 2023, The New York Times, entre otras muchas empresas adscritas a todo tipo de sectores, modificó los términos y condiciones de su web para prohibir el *scraping* de sus contenidos para entrenar sistemas de IA.

²⁷ Los modelos generativos de IA funcionan de diversas formas, manejan contenido de distinta naturaleza y generan resultados y creaciones de distinta tipología. A modo de ejemplo y por lo que se refiere a imágenes, en general, estos sistemas identifican, analizan y rasterizan imágenes, pero no las almacenan inicialmente, aunque podrían hacerlo, sino que las serializan, generan y almacenan representaciones matemáticas de patrones recogidos a partir de las mismas, e inicialmente estos sistemas tampoco juntan partes de esas imágenes en forma de *collage*, sino que crean imágenes desde cero basándose en dichas representaciones matemáticas. La cuestión es si estos tratamientos podrían considerarse una reproducción o transformación, aunque sólo sea temporal, de los datos y contenidos de entrada, incluyendo obras protegidas o partes enteras de bases de datos utilizadas, lo que podría colisionar con el derecho exclusivo de reproducción, pero también con el derecho del fabricante de una base de datos a prohibir la extracción o reutilización de toda o una parte sustancial de la misma. La ausencia de autorización del autor de una obra protegida de la que se extraen datos podría constituir una infracción de derechos de autor. En tal caso, el reto asociado lo constituiría la posible supeditación de la actividad de extracción y tratamiento de datos y contenidos a la previa autorización del titular de los derechos de autor implicados, salvo expresa exención legal o contractual, lo que podría suponer plazos incompatibles con el avance tecnológico y el desarrollo de sistemas generativos, así como costes transaccionales. En consecuencia, para abordar estos temas, considero necesario mantener una visión global de la IA generativa y reflexionar sobre otros sistemas de IA generativa que, por ejemplo, en lugar de imágenes, extraen y tratan, por ejemplo, programas informáticos, es decir, *inputs* de software (código) para el entrenamiento de un sistema inteligente generativo. Sobre los procesos de extracción y tratamiento de *inputs*, algunas de las demandas presentadas a nivel internacional a las que aludiré posteriormente, han sido duramente criticadas por contener algunas imprecisiones técnicas, en particular, afirmaciones relativas a que los sistemas de IA generativa implicados «almacenan copias comprimidas de imágenes de entrenamiento protegidas por derechos de autor» y luego las recombinan, operando como «herramientas de collage del siglo xxi». Si ello fuera así, este proceso «creativo» podría encajar con la definición de *pastiche* contemplado en el ordenamiento jurídico español que, como he referido, eximiría de la autorización del autor o titular de derechos la transformación de una obra tomando elementos característicos de la obra de un artista combinándolos para generar una creación diferenciada, esto sí, siempre que «no implique riesgo de confusión con las obras o prestaciones originales ni se infiera un daño a la obra original o a su autor». En mi opinión, a priori y en general no se extraen y almacenan reproducciones, y no cabría inicialmente la aplicación de esta exención de *pastiche* en el ámbito de la IA generativa, en la medida que si se podrían inferir daños a su autor, morales y materiales, derivados de este proceso creativo, en primer lugar, por el riesgo de confusión en su caso y, en segundo lugar, por el daño a la obra original y a su autor, que puede estar viendo como terceros crean obras asociables al mismo, a su estilo y a su esencia mediante sistemas inteligentes generativos, y que pueden

funcionamiento, contexto de uso y resultado, entre otros aspectos. En consecuencia, esta cuestión no tiene una única respuesta en función de las variables comentadas y la discusión se ha trasladado ya a la vía judicial, si bien, no dispondremos de un posicionamiento judicial hasta dentro de varios años, por lo que considero que se debe actuar ya sin más demora para promover la reflexión jurídica y valorar la intervención legislativa, tanto respecto de la regulación específica de la IA generativa, como respecto de la necesaria revisión y actualización de los marcos reguladores actuales de la PI, ante los profundos cambios que la tecnología ha promovido en estas materias.

De inicio, la diligencia debida debería conllevar el aseguramiento por parte del desarrollador/proveedor que su sistema de IA generativa ha sido nutrido y entrenado, directa o indirectamente, con contenidos lícitos y legítimos, recabados del dominio público o al amparo de una licencia o autorización de sus titulares que permitan su uso o, en su caso, bajo una excepción o limitación legal que lo permita en el territorio de explotación (local o mundial)²⁸. Del mismo modo, idéntica diligencia debería exigirse al propio entrenador externo o al usuario profesional o empresarial del sistema que incorpora el dato o contenido al mismo para su tratamiento y generación de un resultado o en el marco de sus instrucciones al mismo, y ante el que el sistema inteligente, salvo que disponga de alguna herramienta para la detección de plagio o contenidos ilícitos, podría no identificarlos como tales. Si el propio usuario proporciona un contenido basado o parecido a una obra preexistente protegida por derechos de autor, el resultado generado por la IA podría incurrir en una infracción de derechos de IP de su titular²⁹.

mermar su reputación y valor en el mercado, tanto del mismo como de su obra. Por otra parte, algunos posicionamientos consideran que la IA generativa transforma obras preexistentes en obra derivadas, de modo que se exigiría nuevamente el consentimiento del autor de la obra originaria (A modo de ejemplo, la transformación de estas obras se halla expresamente reguladas en España, en el artículo 11 de su Ley de PI, el cual exige el consentimiento del autor de la obra originaria —titular del derecho moral a la integridad y el derecho patrimonial de transformación— para realizar la transformación de la misma, al igual que la autorización del autor de la obra para explotar la obra resultante a nivel económico. Únicamente no se precisaría el consentimiento de aquél si la obra pertenece al dominio público o si se trata de una parodia). En caso de que el sistema generativo implicado transforme obras en su funcionamiento, efectivamente quedaría sujeto a autorización del titular.

²⁸ Como ejemplo de ello, la herramienta «Firefly» de Adobe afirma que utiliza un conjunto de datos compuesto por imágenes de Adobe Stock, contenidos con licencia abierta y contenidos de dominio público cuyos derechos de autor han expirado.

²⁹ A modo de ejemplo, si un usuario introduce en una IA generativa de imágenes, una instrucción con el siguiente contenido: «Crear un óleo de la 5ª Avenida de New York siguiendo el estilo distintivo del cuadro de Vincent van Gogh Terraza de café

Los sistemas inteligentes generativos permiten además que, al introducir el *prompt* para generar un resultado, el usuario pueda indicar un estilo pictórico, literario, fotográfico o musical, o incluso un pintor, escritor, fotógrafo, cantante o compositor para generar un resultado conforme a su estilo técnico y personal, es decir, solicitarle que extraiga y emule su impronta personal o personalidad para generar un contenido basado en éste, para posterior uso, disfrute y/o explotación por parte de terceros ajenos a aquéllos. Y también, conforme a los términos y condiciones del sistema específico utilizado por el usuario y aceptados por el mismo, conforme ejemplifico más adelante, estos sistemas podrían comportar legitimar al proveedor de los mismos para conservar los datos y contenidos proporcionados o generados por el propio usuario, utilizarlos en lo sucesivo para el entrenamiento de sus algoritmos e incluso con posibilidad de cederlos a terceros, lo que extiende la posible infracción y podría hacer perenne o continuada la misma, en función de la operativa del propio sistema.

La solución a todas estas cuestiones debería venir de la mano del ordenamiento jurídico, si bien, como he referido, éste no contempla ni, de manera consecuente, puede responder adecuadamente a las distintas cuestiones que se pueden plantear en relación con IA generativa, y mucho menos a nivel transnacional, si bien, contempla algunas excepciones y limitaciones de los derechos de autor que podrían ser aplicables a la IA generativa. En cualquier caso, la IA generativa debería ser ética y justa, al igual que sus proveedores. La UE dispone de un marco jurídico que contempla importantes prohibiciones y limitaciones generales a la libre circulación y uso de información y contenidos, al igual que excepciones y restricciones a determinados derechos sobre los mismos, que no son absolutos, especialmente en materia de PI (incluyendo el derecho *sui generis* sobre bases de datos), sin perjuicio de las prohibiciones, limitaciones o condiciones específicas de origen contractual o incluso corporativo, en virtud de códigos de conducta, éticos y de autorregulación. En EE.UU., la industria de la IA generativa está esgrimiendo el denominado uso legítimo

por la noche», dado que las obras de arte de van Gogh serían de dominio público, la imagen renderizada no se consideraría en ningún caso una obra derivada de una obra protegida por derechos de autor. De modo que el usuario, podría tener derecho a una protección independiente de los derechos de autor de la imagen si reúne los requisitos legalmente exigidos para ello. Si el usuario introduce como imagen una fotografía extraída de Internet del rostro de Bruce Springsteen captada por un periodista gráfico durante su última gira para The Sun y junto a la instrucción «Generar una imagen siguiendo el estilo retratista con serigrafía de Andy Warhol plasmado en el Díptico de Marilyn Monroe», cuando menos se estarían vulnerando los derechos del autor de la fotografía.

o *fair use*, no contemplado en la UE, como excepción legitimadora para la utilización y aprovechamiento de contenidos protegidos como *inputs* para el diseño, entrenamiento y funcionamiento de sistemas generativos³⁰.

Las excepciones a los derechos de autor impuestas por el ordenamiento jurídico aplicable o contractualmente aceptadas, podrían legitimar la utilización de contenidos protegidos por derechos de autor como *input* de los sistemas inteligentes generativos, en los casos expresamente previstos, si bien, en la mayoría de casos, se trata de sistemas comerciales de explotación mundial, que plantean de antemano la cuestión relativa a la propia ley aplicable, dado que dichas excepciones difieren de un ordenamiento a otro. En el ámbito de la UE³¹, la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital³², recientemente transpuesta en España a través del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviem-

³⁰ Otros argumentos a favor de la IA se basan en que los autores expresan su creatividad propia y original en base a aquello de lo que se han enriquecido, aprendido, experimentado, o compartido, y del acervo cultural y conocimientos adquiridos durante su vida, que incluye lo que han visto, oído o sentido en relación con las creaciones a las que hayan podido tener acceso durante su vida. La cuestión es si dicho enriquecimiento personal, limitado y legítimo y los procesos lógico-deductivos asociados al autor humano podría asimilarse al enriquecimiento de un sistema con todos los contenidos a los que tenga acceso o se le suministren durante su ciclo de vida para la generación de contenidos, a gran escala y automatizadamente.

³¹ Adicionalmente a los instrumentos jurídicos que analizaré a continuación, significar el Reglamento para la gobernanza de los datos de la UE [Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos). DOUE 152, 03.06.2022], que complementa la Directiva sobre datos abiertos, de 20 de junio de 2019, y que se acompañará en breve con su Reglamento de Datos —Data Act— [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a normas armonizadas sobre el acceso y el uso equitativos de los datos (Data Act). COM (2022) 68 final], en fase de tramitación y elaborado con la pretensión de facilitar la accesibilidad y utilización de los datos, en particular entre empresas y entre éstas y las Administraciones Públicas, y que pretende complementar el precitado Reglamento de gobernanza de datos y revisar la Directiva 96/9/EC sobre la protección legal de bases de datos. El objeto, alcance y extensión limitadas de este trabajo me impiden abordar el tratamiento de estos nuevos marcos, si bien, suponen un nuevo paradigma para el acceso a datos en el que la exigencia de autorización de sus fines o por parte de entidades distintas a las contempladas en la misma, podría suponer un obstáculo para el desarrollo y aplicación de la IA, para la innovación y para el desarrollo económico y cultural de la UE, en la medida que puede posicionarla en desventaja competitiva frente a otros países.

³² Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. OJ L130, 17.5.2019. Pp. 92-125

bre³³, impuso a los Estados miembros la obligación de introducir un límite legal a los derechos de PI en entornos digitales y transfronterizos para fines de minería de textos y datos en determinados contextos³⁴. La Directiva fue transpuesta a los distintos países miembros, si bien, no de manera idéntica³⁵. La Directiva también contempla otras excepciones en el caso de actividades pedagógicas a efectos ilustrativos, citas, críticas, reseñas, caricatura, parodia o pastiche.

La norma de transposición española citada también incorpora en su artículo 70 el denominado «pastiche», en la actualidad definido por el Diccionario de la Lengua Española como «Imitación o plagio que consiste en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente». Sin embargo, el precepto indicado acota su concepto jurídico, indicando que «no precisa la autorización del autor o del titular de derechos la transformación de una obra divulgada que consista en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente, siempre que no implique riesgo de confusión con las obras o prestaciones originales ni se infiera un daño a la obra original o a su autor». Este límite es también aplicable a usos diferentes de los digitales. El uso potencial de la IA en este campo resulta evidente. Por último, la norma de transposición española también prevé otras excepciones y limitaciones a los derechos de autor contempladas en la Directiva anteriormente indicadas, como la

³³ BOE N° 263. 3.11.2021. Pp. 133204-133364.

³⁴ La norma de transposición incorpora también al ordenamiento jurídico español determinadas medidas para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de PI, en particular, en su artículo 73 regula el uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, cuando ofrezcan al público acceso a obras o prestaciones protegidas por derechos de PI que hayan sido cargadas por sus usuarios. Para ello, la norma exige que los prestadores de estos servicios dispongan de la autorización previa de los titulares de los derechos con delimitación de su alcance.

³⁵ En Italia la traspuso adicionando a su Ley N° 633, de 22 de abril de 1941, sobre la Protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, los nuevos artículos 70.Ter, relativo a la extracción con fines científicos por parte de organizaciones de investigación e instituciones de protección del patrimonio cultural, y 70.Quater que prevé la extracción de texto y datos en general, por cualquier persona, incluso con fines meramente lucrativos. En España se llevó a cabo a través del Real Decreto-ley 24/2021 precitado. Polonia acaba de abordar la transposición de la Directiva con evidente retraso pero con un singular posicionamiento, conforme se desprende del Proyecto de Ley que acaba de someter a consulta pública, en el que analiza expresamente la excepción de minería de textos y de datos previstos en la misma, y concluye que «la reproducción de obras para minería de textos y datos no puede utilizarse para crear modelos generativos de inteligencia artificial».

cita, el análisis, comentario o juicio crítico, la reseña, la ilustración o la parodia.

En otros países, por ejemplo, Reino Unido, se contemplan también excepciones y limitaciones como la investigación no comercial, la copia temporal, el estudio privado, la crítica, la caricatura, la parodia, el pastiche, la minería de textos y de datos o las reseñas y reportajes (noticias), y que conforman la denominada excepción o doctrina del *fair dealing* que, a diferencia del *fair use* estadounidense, es menos flexible y despliega su eficacia exclusivamente respecto de los supuestos expresamente contemplados. La investigación comercial no quedaría incluida dentro de estas excepciones en Reino Unido, a diferencia de lo previsto en la Directiva europea citada y en la norma de transposición española. Asimismo, significar también la excepción de copia temporal contemplada en Reino Unido, como en otras jurisdicciones, respecto de las obras literarias, musicales, audiovisuales o artísticas (no respecto de programas de ordenador o bases de datos), si bien, se exige que la misma sea transitoria o incidental, que sea una parte integral y esencial de un proceso tecnológico, que su único propósito sea permitir el uso lícito de la obra y que no tenga un significado económico independiente³⁶. Esta excepción se introdujo para legitimar actos como la navegación y el almacenamiento en caché que permite a los usuarios visualizar las páginas web. Por analogía a la navegación web, podría ser una excepción invocable por los desarrolladores de sistemas inteligentes generativos, si bien, de uso y alcance limitados, bajo el argumento de que las copias realizadas sean temporales y tengan como fin el entrenamiento del sistema inteligente. No obstante, es más frecuente que los sistemas de IA generativa se entrenen con bases de datos extraídos de la web disponibles *online* y que no se eliminen después del proceso de entrenamiento, lo que la convierte en inaplicable, al perder el atributo de temporalidad³⁷.

De todas estas posibles excepciones y limitaciones precitadas y que podrían resultar aplicables a los sistemas inteligentes generativos, considero de especial relevancia la minería de textos y de datos y su diferente regulación a nivel internacional, lo que complica su aplicación generalizada. La minería de textos y de datos prevista en la UE, se regula principalmente en la precitada Directiva, en particular, en sus artículos 3 y 4, y es definida en su artículo 2.I.2) como toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en

³⁶ Sentencia Tribunal Supremo Reino Unido de 17.04.2013, UKSC 18. Apelación 2011 EWCA Civ. 890.

³⁷ La temporalidad podría concurrir en el caso de acceso para la extracción de parámetros matemáticos sin almacenamiento posterior una vez obtenidos.

formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones³⁸. Esta excepción podría suponer el acceso a datos y contenidos, la extracción y/o reproducción de contenido y la creación de conjuntos de datos que pueden ser posteriormente utilizados para alimentar y entrenar la IA con fines generativos. La cuestión crítica será determinar en qué caso será necesaria o no la autorización de los titulares de los derechos sobre los mismos durante la etapa de extracción y/o copia de contenidos.

El artículo 3 de la Directiva citada prevé una excepción a los derechos de autor y conexos en relación con las reproducciones y extracciones de bases de datos y contenidos que lleven a cabo organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural (condición subjetiva) para realizar minería de textos y datos, siempre que sea con fines de investigación científica y se trate de un acceso lícito. Esta excepción vinculada a fines científicos y de investigación, es elogiada y de razonable aplicación en el ámbito de determinados sistemas generativos empleados con esta finalidad. La excepción incluye reproducciones, extracciones y almacenamiento de obras y siempre que se produzca un acceso lícito por el usuario. Es una excepción también regulada en otros países como Reino Unido, aunque exclusivamente en el ámbito no comercial.

Sin embargo, la cuestión más conflictiva se plantea respecto de la excepción regulada en el artículo 4 de la Directiva, inexistente en países como Reino Unido, que permitiría las reproducciones y extracciones de obras y prestaciones para fines de minería de textos y datos por parte de cualquier persona o entidad (sin exigencia de ninguna condición subjetiva), sin exigencia de una finalidad específica y con ánimo de lucro, eso sí, siempre que se haga de forma legítima y que sus respectivos titulares de derechos sobre los mismos no se hubieran reservado expresamente su uso. Es decir, se trata de una excepción

³⁸ El artículo 66.I.1. de la norma de transposición española citada la define en los mismos términos. Por su parte, la Ley de derechos de autor de Japón —Japanese Copyright Act—, la define en su artículo 30-4(ii) como un análisis de datos, es decir, la extracción, comparación, clasificación u otro análisis estadístico de datos lingüísticos, sonido o imagen, o de otro elemento del que se componga un gran número de obras o un gran número de datos. Técnicamente podría definirse como «la selección y aplicación de algoritmos complejos al conjunto de datos alfanuméricos transformados para recopilar información oculta» [DERMAWAN, A. (2023). «Text and data mining exceptions in the development of generative AI models: What the EU member states could learn from the Japanese «nonenjoyment» purposes?». *The Journal of World Intellectual Property*. 27.05.2023. <https://doi.org/10.1111/jwip.12285>. P.1]. No obstante, quizás, la manera más sencilla de hacerlo sería como el proceso de obtención de información relevante y de valor a partir de cantidades masivas de datos.

general adicional para la minería de textos y de datos para cualquier propósito, siempre que el titular de los derechos no se haya reservado expresamente u optado por excluir de su obra de esta excepción de manera adecuada³⁹.

La Directiva no contempla el uso potencial posterior que los sistemas pudieran hacer de los textos y datos extraídos, incluyendo posibles reproducciones y cualquier otro uso necesario derivado de su análisis. La extracción permitida por la Directiva, podría suponer una reproducción y almacenamiento de obras protegidas, si bien, su conservación se halla expresamente limitada por la misma, tanto respecto de fines de investigación como otros, en particular, establece que las copias y extracciones «podrán conservarse durante el tiempo que sea necesario a efectos de la extracción de textos y datos»⁴⁰, de modo

³⁹ En tal caso, no sería posible su extracción mediante sistemas inteligentes generativos, salvo expresa autorización del titular exclusivo de los derechos sobre el dato o contenido. Por lo que se refiere a la forma de dicha reserva, el artículo 4.3 de la Directiva exige que la reserva se haga de manera adecuada, sin concretar las distintas formas para ello aunque incorporando un ejemplo, «mediante herramientas que permitan la lectura automatizada en el caso de contenidos puestos a disposición del público en línea», de modo que cualquier sistema inteligente debería estar diseñado de cara a la extracción de datos y contenidos para identificar automatizadamente la existencia de dicha reserva cuando el dato o contenido esté a disposición del público en general en Internet. La aplicación de esta exención no exige que el dato o contenido en cuestión esté protegido por medidas específicas que impidan el acceso y extracción no autorizada del mismo o la trazabilidad de ésta, sino que bastará una mera inclusión de dicha reserva en sus términos y condiciones de uso. La reserva podrá consistir en una mera declaración digital en forma de texto. Nunca será considerada como tal, la habilitación y activación de un sistema de gestión de derechos o de medidas técnicas de protección (DMR) si no incluyen dicha declaración de reserva. No obstante, la habilitación y activación de este sistema comportaría la prohibición de extracciones incompatibles con la medida técnica aplicada, en la medida que el ordenamiento jurídico aplicable prohíba eludir las medidas tecnológicas de protección y sin perjuicio de que pudiere incurrirse en responsabilidad penal en función del mismo. En la práctica, esta reserva se incluye generalmente en términos y condiciones de uso del sitio web, pero su ausencia puede legitimar la extracción realizada con finalidad comercial si se reúnen el resto de requisitos. La cuestión adicional se plantea, cuando en el registro de usuario de determinadas plataformas o aplicaciones se incluya, como cláusula general de adhesión, la aceptación de la minería de textos y de datos de sus trabajos puestos a disposición a través o generados mediante el uso de la misma por parte del titular de aquéllos o de terceros, o con finalidad de entrenamiento de algoritmos, salvo que usuario manifieste expresamente su oposición a estos usos, sin indicar el modo y forma en que llevar a cabo la misma. Estas prácticas han generado polémica, como ocurrió, entre otras, con algunas aplicaciones de Adobe, en particular, Adobe Creative Cloud [DANS, E. (2023). «¿Con qué datos educamos a los algoritmos?». *Enrique Dans*. 9.01.2023. Recuperado de: <https://www.enriquedans.com/2023/01/con-que-datos-educamos-a-los-algoritmos.html>. Consultado el 07.09.2023].

⁴⁰ No obstante, las interpretaciones en relación con el plazo de conservación de los datos y contenidos extraídos no pueden ser pacíficas, en la medida que la Directiva

que las reproducciones no deben conservarse para fines ajenos a la misma, lo que podría colisionar con la explicabilidad y responsabilidad exigidas la IA generativa.

La minería de textos y de datos recogida en la precitada Directiva fue objeto de transposición al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-Ley 24/2021 indicado, que recoge igualmente la exención de autorización del titular de los derechos de PI para las reproducciones de obras u otras prestaciones accesibles de forma legítima realizadas con fines de minería de textos y datos. Sin embargo, incorpora distintas particularidades⁴¹, entre otras, no diferencia su régimen en función de la finalidad u organización que lleve a cabo la misma, si bien especifica la seguridad exigible para la conservación de las reproducciones cuando la finalidad sea la investigación científica y las mismas sean llevadas a cabo por organismos de investigación o instituciones responsables de patrimonio cultural. Sinn embargo, como he referido anteriormente, Polonia acaba de someter a consulta pública su Proyecto de Ley para la transposición de la Directiva indicada, en el que analiza expresamente la excepción de minería de textos y de datos previstos en la misma y, aunque todavía se trate de un texto en tramitación sobre el que no se ha producido el consenso político, concluye que «la reproducción de obras para minería de textos y datos no puede utilizarse para crear modelos generativos de inteligencia artificial»⁴², lo que supone un planteamiento legislativo

se limita a indicar que «podrán conservarse durante el tiempo que sea necesario a efectos de la extracción de textos y datos», no pudiendo destinarse a finales ajenos a los, en su caso, legalmente requeridos conforme a cada ordenamiento jurídico. Las interpretaciones pueden ir desde considerar que la copia puede conservarse durante el tiempo que sea necesario para entrenar sistemas de IA, en cuyo caso, si el entrenamiento de la IA forma parte de un proceso de minería de textos y datos legalmente permitido, considero que sería legalmente aceptable su conservación, sin embargo, si el entrenamiento constituye una actividad posterior, la previsión legal de conservación no alcanzaría al mismo, salvo autorización de los titulares de derechos.

⁴¹ La norma contempla un régimen específico para programas de ordenador y establece expresamente en su art. 67.5 que no se necesitará la autorización del autor de una base de datos protegida legalmente y que haya sido divulgada, cuando se trate de reproducciones y extracciones de obras accesibles de forma legítima para fines de minería de textos y datos conforme a dicho precepto. Del mismo modo, contempla en su art. 67.7 que el usuario legítimo de una base de datos puesta a disposición del público, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, cuando se trate de reproducciones y extracciones de obras accesibles de forma legítima para fines de minería de textos y datos conforme al mismo.

⁴² Recuperado de <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12382002> y <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2024/02/20/tdm-poland-challenges-the-rule-of-eu-copyright-law/>. Consultado el 29.02.2024.

en el seno de la UE verdaderamente disruptivo, de mantenerse, y de impacto incuestionable en esta materia.

En EE.UU. la minería de textos y de datos fue construida jurisprudencialmente⁴³ y contemplada como uno de los supuestos que conforman el precitado *fair use*, y es una de las principales causas legitimadoras a las que alude la industria de la IA. En Reino Unido, la excepción de minería de textos y de datos⁴⁴ se introdujo en 2014, constituyendo una excepción a los derechos de autor cuando la copia con esta finalidad la realiza alguien con acceso legal y legítimo a la obra, y para llevar a cabo análisis computacionales con fines de investigación y no comerciales. En consecuencia, la excepción de minería de textos y de datos contemplada en Reino Unido no debería legitimar, tal y como está regulada, prácticas como la reproducción de contenido protegido por derechos de autor de Internet o *web scraping* para su uso en el desarrollo o entrenamiento de un sistema de IA generativa, si la finalidad es comercial. La excepción además se aplica a reproducciones, pero no a comunicaciones de la obra. Otros países como Japón, contemplan una excepción mucho más amplia, en particular, el país nipón regula la más amplia del mundo, incorporada en 2009 y modificada en 2018⁴⁵, lo que supone una habilitación legal para el entrenamiento de la IA generativa en base a esta excepción sin los condicionantes analizados que contemplan la normativa europea, británica o española. Otros países como Belice o Barbados⁴⁶ carecen de disposiciones específicas para limitar el uso de la minería de textos y de datos.

Los riesgos legales asociados a estas cuestiones han motivado que algunas organizaciones diseñen planes de ingeniería de entrenamiento de estos sistemas complejos, en los que se ha detectado la externalización tanto del entrenamiento de los sistemas como de la creación de las bases de datos para su uso posterior por parte de los sistemas

⁴³ Sentencias Authors Guild, Inc. c. Google, Inc. (2015) y Authors Guild, Inc. c. Hathi Trust (2014). [ANDRÉS IZQUIERDO, H. (2021). «Minería de textos y de datos e inteligencia artificial: Nuevas excepciones al derecho de autor». *Themis-Revista de Derecho*. 79. Enero-junio 2021. Pp. 328 y 331].

⁴⁴ Art. 29A Copyright, Designs and Patents Act.

⁴⁵ La Ley de derechos de autor japonesa permite acciones como la extracción, comparación, clasificación y otro análisis estadístico de datos de lenguaje, sonido o imagen, u otros elementos de los que se componga una gran cantidad de obras o un gran volumen de datos, sin los condicionantes o restricciones indicadas (Act 48 de 1970, 2018, Art. 20-4(ii)). [ANDRÉS IZQUIERDO, H. (2021). «Minería de textos y de datos e inteligencia artificial: Nuevas excepciones al derecho de autor». Op.Cit. P. 334].

⁴⁶ ANDRÉS IZQUIERDO, H. (2021). «Minería de textos y de datos e inteligencia artificial: Nuevas excepciones al derecho de autor». Op.Cit. P. 331.

generativos, por parte de entidades de investigación y en jurisdicciones más flexibles para minimizar aquéllos, lo que podría constituir un artificio y fraude de ley, en función del contexto⁴⁷. Del mismo modo, todas estas cuestiones mencionadas han motivado ya distintos procedimientos judiciales a nivel internacional, si bien, desde 2022, su incoación, especialmente en EE.UU., ha sido incesante⁴⁸, entre otros,

⁴⁷ Actualmente, algunas de las grandes empresas que comercializan IA generativa, han optado porque sean entidades educativas y de investigación las que desarrollen y/o entrenen los sistemas generativos que posteriormente explotan, al supuesto amparo de la excepción expuesta. Conforme se ha evidenciado en algunos de los procedimientos judiciales en tramitación referenciados, significar que Stable Diffusion se entrenó con un conjunto de datos denominado LAION, creado por una organización de investigación sin ánimo de lucro con sede en Alemania. Como he referido, este tipo de organizaciones pueden tener un régimen más favorable para el tratamiento legítimo de datos y contenidos protegidos en el marco de sus actividades, en función del ordenamiento jurídico al que estén sometidas. La cuestión ética y jurídica a valorar será el uso posterior de las bases de datos de entrenamiento generadas, desnaturalizando la finalidad investigadora que pudiera exigirse por parte del ordenamiento jurídico aplicable y la ausencia de lucro.

⁴⁸ El 6.05.2020, Thomson Reuters Enterprise Centre GmbH y otros, interpusieron demanda contra ROSS Intelligence Inc, en lo que constituyó uno de los primeros casos judiciales centrados en la IA generativa. Thomson Reuters alegó que ROSS copió la totalidad de su base de datos Westlaw, tras haberle sido denegada una licencia, para utilizarla como datos de entrenamiento para su plataforma de investigación jurídica impulsada por IA generativa competidora. ROSS basó su argumento de defensa, entre otros aspectos, en que el uso/copia no autorizada de la base de datos Westlaw era uso justo (*Fair Use*). ROSS alegó que sólo tomó «ideas y hechos no protegidos sobre el texto» para entrenar su modelo y que su «finalidad» al hacerlo era «escribir un código totalmente original y nuevo» para su herramienta de búsqueda generativa impulsada por IA. En enero de 2023, Getty Images presentó una demanda por contra Stability AI en UK por infracción de derechos de autor, ante la supuesta utilización de millones de imágenes protegidas para el entrenamiento de su IA generativa denominada Stable Diffusion sin su permiso. El 13.01.2023, un trío de artistas (Andersen y otros) interpusieron una demanda contra Stability AI, Inc, (Stable Diffusion), Midjourney Inc (Midjourney) y contra DeviantArt (DreamUp) alegando, entre otros aspectos, infracción de derechos de autor y competencia desleal, en particular, ante la vulneración por parte de las mismas de millones de artistas al entrenar sus herramientas de IA con más de cinco mil millones de imágenes extraídas de Internet sin el consentimiento de aquéllos. En sus argumentos, los demandantes consideran que estos sistemas generativos crean lo que califican de imágenes «nuevas», cuando en realidad y según los mismos son «obras derivadas» infractoras de derechos de autor. La demandada Stability AI argumentó en su defensa que Stable Diffusion fue entrenada con miles de millones de imágenes que estaban disponibles públicamente en Internet y que entrenar un modelo no significa copiar o memorizar imágenes para su posterior distribución. Asimismo, argumentó que no almacena ninguna imagen. Por su parte, la también demandada DeviantArt argumentó que el potencial de su sistema generativo DreamUp para crear arte, lo que entra perfectamente dentro de los límites de la libertad de expresión y que no debe verse afectado. [VINCENT, J. (2023). «AI art tools Stable Diffusion and Midjourney targeted with copyright lawsuit». The Verge. 16.01.2023. Recuperado de: <https://www.theverge.com/2023/1/16/23557098/generative-ai-art-copyright-legal-lawsuit->

stable-diffusion-midjourney-deviantart. Consultado el 2.07.2023]. Como última novedad de este procedimiento, el 19.07.2023, el juez que tramita el procedimiento escuchó los argumentos de las demandadas sobre su petición de desestimación que, principal y sucintamente, se basaron en que los demandantes no alegaron un solo acto de infracción directa, tampoco identificaron qué obras o colecciones fueron infringidas y en la inexistencia de similitud sustancial entre las obras originales y las obras supuestamente infractoras. Además, el juez parece haberse posicionado del lado de la industria de IA al manifestar que no cree que la demanda relativa a las imágenes de salida (*outputs*) sea plausible en este momento, porque no hay similitud sustancial (entre las imágenes de los artistas y las imágenes creadas por los generadores de imágenes de IA), sin entrar en los procesos previos de tratamiento de sus *inputs* [ESCALANTE-DE MATTEI, S. (2023). «Judge Appears Likely to Dismiss AI Class Action Lawsuit by Artists». *Art News*. 21.07.2023. Recuperado de: <https://www.artnews.com/art-news/news/ai-class-action-lawsuit-dismissal-hearing-stabilityai-midjourney-deviantart-1234675071/>. Consultado el 07.08.2023]. El 3 de febrero de 2023, Getty Images (US) Inc presentó una nueva demanda contra Stability AI en EE.UU. por vulneración de sus derechos de IP a escala mundial, argumentando que la demandada había copiado millones de fotografías de su colección sin autorización ni compensación alguna, como parte de su estrategia y esfuerzos en crear un negocio competidor. Asimismo, alegó que la demanda había facilitado información falsa en relación con la gestión de los derechos de autor y/o eliminado o alterado la información relativa a los mismos. Y adicionalmente, alegó también infracción de marca, considerando que la demandada generaba frecuentemente resultados que llevan una versión modificada de la marca de agua de Getty Images, lo que genera confusión en cuanto a la fuente de las imágenes o puede implicar una asociación errónea con Getty Images. El 5.05.2023 se presentó una nueva demanda contra OpenAI por un particular, Mark Walters, en esta ocasión por difamación ante la falta de veracidad y error en sus resultados, al aparecer encausado por fraude y malversación según los mismos. El 28.06.2023, los escritores Paul Tremblay y Mona Awad presentaron una nueva demanda contra OpenAI en California (EE.UU.), argumentando el uso de grandes cantidades de datos, incluido el texto de libros de su autoría sin su autorización, para el entrenamiento de ChatGPT, lo que constituye una vulneración de los derechos de autor e infracción de la Digital Millennium Copyright Act y de la legislación en materia de competencia desleal. Los demandantes consideraron que OpenAI diseñó a sabiendas ChatGPT para publicar partes o resúmenes de obras protegidas por derechos de autor sin atribución, propias y de terceros, beneficiándose injustamente con ello y atribuyéndose el mérito de desarrollar un producto comercial basado en reproducciones sin atribución de esos escritos e ideas sustraídos a sus autores. En la misma línea, el 7.07.2023, la actriz estadounidense Sarah Silverman, Christopher Golden y Richard Kadrey presentaron una demanda también contra OpenAI. La demanda se fundamenta principalmente, entre otros aspectos, en la infracción de sus derechos de autor en el entrenamiento de ChatGPT por parte de su desarrollador, OpenAI, llevado a cabo sin contar con su consentimiento. Los demandantes imputan una infracción directa e indirecta de los derechos de autor, violación de la sección 1202 (b) de la Digital Millennium Copyright Act, enriquecimiento injusto, negligencia, violación de las leyes de competencia desleal de California y del *common law*. El mismo 7.07.2023, estos mismos actores —Sarah Silverman, Christopher Golden y Richard Kadrey— presentaron una demanda contra Meta Platforms en California, acusando a la misma de infringir la legislación de derechos de autor por medio de su sistema LLaMA. Los demandantes afirmaron que muchos libros protegidos por derechos de autor, propios y de terceros, estaban incluidos en el conjunto de datos reunido por una organización de investigación llamada EleutherAI, que fue copiado

los articulados por distintos autores contra Open AI o el incoado contra Microsoft, Github y OpenAI en relación con el modelo inteligente de programación CoPilot, supuestamente entrenado con líneas de código recopiladas de internet⁴⁹. Estos procedimientos se hallan en tramitación actualmente y se espera que sienten unas primeras bases sobre las que construir soluciones a estas cuestiones, si bien, previsiblemente pasarán años hasta su finalización mediante sentencia firme, y no podemos esperar. En el ámbito de los medios de comunicación y especialmente de la prensa escrita, los conflictos y las negociaciones están siendo intensas entre OpenAI y distintos medios como el Wall Street Journal o la CNN en relación con la compensación por el uso de contenidos⁵⁰. No obstante, algunas de ellas no han fructificado, lo

e ingerido como parte del entrenamiento de LLaMA. Del mismo modo, el 11.07.2023 se presentó una demanda colectiva en EE.UU. (J.L., C.B., KS., P.M., N.G., R.F., J.D. Y G.R.) contra Alphabet Inc, de la que es filial Google, por el uso no informado ni consentido de todo lo creado y compartido en Internet para entrenar sus sistemas de IA, entre otros Bard, que fue lanzado finalmente en la UE el pasado mes de julio, varios meses después de su lanzamiento en EE.UU. con el objetivo de adecuarlo al marco regulador de la Unión.

⁴⁹ Microsoft acaba de anunciar en la fecha de cierre de este trabajo que asumirá a responsabilidad legal si cualquiera de sus usuarios es demandado por infracción de derechos de autor por la utilización de su asistente Copilot. Conforme ha publicado la compañía en su blog el 10.09.2023, si un tercero demanda a un cliente comercial por infracción de derechos de autor por el uso de Copilot o el resultado que genere, Microsoft defenderá al cliente y pagará el monto de cualquier sentencia o acuerdo adverso que resulte de la demanda, siempre que el cliente haya utilizado las barreras de seguridad y los filtros de contenido que hayan incorporado en sus productos. Según recoge la publicación, esta medida pretende potenciar el uso de la IA generativa. Recuperado de: <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2023/09/07/copilot-copyright-commitment-ai-legal-concerns/>. Consultado el 10.09.2023.

⁵⁰ Recientemente, la Associated Press (AP) norteamericana ha firmado un acuerdo de dos años con OpenAI para compartir el acceso a contenido de noticias y tecnología seleccionados. [FISCHER, S. (2023). «Exclusive: AP strikes news-sharing and tech deal with OpenAI». *Axios*. 13.07.2023. Recuperado de <https://www.axios.com/2023/07/13/ap-openai-news-sharing-tech-deal>. Consultado el 17.07.2023]. En España, la Asociación de Medios de Información (AMI) ha denunciado públicamente que Google está llevando a cabo un uso masivo de los contenidos de los medios españoles sin citar sus fuentes, considerando que pone en riesgo el derecho fundamental a la información recogido en el artículo 20 de la Constitución Española. Y hace extensiva la misma a otros sistemas como ChatGPT. Entre sus peticiones, se encuentra la exigencia de transparencia de los sistemas generativos frente al público y editores de información, y que las informaciones periodísticas sólo puedan ser utilizadas para nutrir los sistemas inteligentes generativos bajo consentimiento expreso, respetando así el esfuerzo inversor y la responsabilidad asumida por los editores de información [JIMÉNEZ, M. (2023). «La patronal de la prensa denuncia que Google «vampiriza» los contenidos de los medios con su inteligencia artificial». *Cinco Días*. 14.07.2023. Recuperado de <https://cincodias.elpais.com/companias/2023-07-14/la-patronal-de-la-prensa-denuncia-que-google-vampiriza-los-contenidos-de-los-medios-con-su-inteligencia-artificial.html>. Consultado el 17.07.2023].

que ha motivado la incoación de nuevos procedimientos judiciales, como la reciente demanda interpuesta por el New York Times frente a OpenAI y Microsoft⁵¹. Es más, otros medios como el New York Times, CNN, Reuters y la Australian Broadcasting Corporation, han restringido el acceso del rastreador web GPTBot de OpenAI a su contenido en línea, el cual escanea todo Internet para reforzar las capacidades de su chatbot, ChatGPT⁵².

Los procedimientos judiciales en tramitación han evidenciado ya cuestiones críticas a las que he aludido repetidamente en conferencias y publicaciones previas, en particular, de un lado, la dificultad de prueba del uso efectivo, ilegítimo e ilegal de estos contenidos en el diseño, desarrollo, entrenamiento y funcionamiento de estos sistemas, y, de otro, si el uso de estos contenidos es o no ilegítimo e ilegal en función de la legislación aplicable, o de su amparo y legitimación bajo determinadas excepciones o limitaciones de estos derechos contemplados en aquella, como, por ejemplo, el *fair use* en EE.UU. o la minería de textos y de datos en la UE, UK o Japón. Las cuestiones jurídicas suscitadas deberán ser resueltas a la vista de la valoración de las distintas variables a las que he aludido anteriormente, y de la normativa reguladora de PI aplicable a cada contexto que, sin duda, actualmente no contempla ni la IA y, ni mucho menos, la IA generativa⁵³.

⁵¹ Recuperado de https://nytco-assets.nytimes.com/2023/12/NYT_Complaint_Dec2023.pdf. Consultado el 27.12.2023.

⁵² Recuperado de: <https://www.theguardian.com/technology/2023/sep/01/the-guardian-blocks-chatgpt-owner-openai-from-trawling-its-content>. Consultado el 01.09.2023.

⁵³ En este sentido, como abordaré posteriormente, el Reglamento IA de la UE en tramitación dió un primer paso en relación con ésta y otras cuestiones, incorporando en su última versión los sistemas inteligentes generativos, en particular, en su nuevo artículo 28.b), con sujeción de los mismos a determinadas obligaciones, entre otras, las de documentar y poner a disposición del público un resumen suficientemente detallado del uso para entrenamiento de los «datos» protegidos por la legislación de derechos de autor, es decir, de las obras utilizadas en su entrenamiento. Sin duda una inclusión encomiable alineada con las peticiones de las entidades de gestión respecto de la obligación de cita de las fuentes utilizadas por una IA para su entrenamiento, pero de compleja aplicación en la práctica ante los cientos de miles o de millones de fuentes y «datos» de los que podría llegar a nutrirse un sistema inteligente generativo. No obstante, considero que la posible cita de fuentes, en determinados ámbitos y obras, puede contribuir no sólo a la protección de los derechos de autor sino a la transparencia y explicabilidad de la IA, de modo que proporcionaría valor al sistema inteligente. La última versión de la propuesta de Reglamento IA de la UE aprobada por el COREPER el 2 de febrero de 2024, incorpora nuevas modificaciones en estos aspectos, en particular, en su actual artículo 52 quáter, que regula las obligaciones para los proveedores de modelos de IA de uso general —entre los que se hallan los de IA generativa—, y establece, entre otras, la obligación de disponer una política de respeto de la legislación de la UE en materia de derechos de autor, incluyendo el respeto a la reserva de derechos expresadas en materia minería de textos y de datos,

No obstante, dejando a un lado estos aspectos estrictamente jurídicos, tal y como he anticipado, me parece fundamental identificar las variables concurrentes a las que he aludido anteriormente y, de entre todas ellas, la más relevante desde mi punto de vista es la relativa al proceso y tratamiento técnico de los contenidos de entrada en el sistema (*inputs*) y si ello comporta una infracción de derechos. Una cuestión subyacente esencial para determinar su legitimidad y licitud conforme a los distintos marcos jurídicos vigentes reguladores de PI, y sobre lo que no existen un consenso ni técnico-científico ni jurídico.

Las soluciones adicionales que actualmente se están proponiendo a nivel internacional a todas estas cuestiones desde las distintas industrias afectadas son variadas, desde ir a un modelo de gestión colectiva de derechos similar al de la industria musical a otros sistemas menos complejos⁵⁴. Otra de las propuestas es la creación de listas de exclusión alineada con la minería de textos y de datos en la UE, de modo que los autores pueden adscribirse para prohibir el uso de sus obras, si bien, ante el problema de prueba, algunas voces plantean es establecimiento de un canon a las empresas que exploten estas herramientas.

En mi opinión, la industria de la IA debe operar de manera respetuosa con la propiedad intelectual e industrial, y garantizar los derechos de los autores, por lo que debemos ir hacia un modelo de gestión donde todas las partes involucradas ganen, esto es, las empresas de IA, editores y autores.

y la de elaborar y poner a disposición del público un resumen lo suficientemente detallado sobre el contenido utilizado para el entrenamiento del modelo, conforme a la plantilla que elabore la Oficina de IA creada en el seno de la UE.

⁵⁴ El Financial Times publicaba el pasado 8 de agosto de 2023 las negociaciones que se acaban de iniciar y se están manteniendo en la actualidad entre Google y compañías como Universal Music y Warner Music, para propiciar soluciones a los retos que plantea la IA generativa respecto de la utilización de la voz de los artistas, letras o música de canciones para generar otras nuevas mediante la misma, a través de un sistema de licencias y la correspondiente remuneración de derechos. Según el medio citado, Google ha lanzado su nueva IA generativa MusicLM en colaboración durante su desarrollo con la industria musical [NICOLAOU, A. Y MURGIA, M. (2023). «Google and Universal Music negotiate deal over AI ‘deepfakes’». Financial Times. 8.08.2023. Recuperado de: <https://www.ft.com/content/6f022306-2f83-4da7-8066-51386e8fe63b>. Consultado el 9.08.2023]. De hecho, ya se han surgido conflictos previos resueltos satisfactoriamente para todas las partes implicadas, por ejemplo, en relación con YouTube (Google) ante la publicación de los usuarios de sus videos integrando música protegida. Tras varios años de conflicto y negociación, las partes implicadas establecieron un sistema que supone para la industria musical unos 2.000 millones de dólares anuales.

5. LA PROTECCIÓN DE LOS RESULTADOS GENERADOS POR LA IA (*OUTPUTS*)

Los resultados generados por los sistemas inteligentes generativos o *outputs* plantean también distintas cuestiones en materia de PI, en especial, sobre la posible calificación y protección de los contenidos generados por aquellos a través de la misma, la atribución de su autoría, la titularidad de los derechos y su posible calificación como obra intelectual.

Las obras generadas a través de un sistema generativo en el que éste sea un medio o herramienta utilizado por el ser humano para su creación, esto es, creaciones con IA, no deberían plantear conflicto alguno en relación con su protección por los marcos de PI, siempre que reúnan los requisitos legales para ello exigidos por el ordenamiento jurídico aplicable, en especial, su autoría humana, mediata o inmediata, y su originalidad. Sin embargo, si para la obtención del resultado no existe intervención humana o esta es irrelevante, es decir, creaciones por IA sin concurrir dicha intervención, el resultado no sería protegible a través de dichos marcos, por cuanto no concurrirían los requisitos precitados, esto es, ni la autoría humana ni la originalidad (que integre la personalidad o impronta del autor humano). Los requisitos esenciales para la protección como PI de una obra conforme a la normativa española son, de un lado, que la obra sea el resultado de un acto creativo de una persona natural, esto es, autoría humana⁵⁵

⁵⁵ Respecto de la condición de autor, el artículo 5 de la LPI española [Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE N. 97. 22.04.1996] establece que, únicamente puede considerarse «autor» de una creación a la persona natural —no artificial—, sin perjuicio de que las personas jurídicas puedan beneficiarse del régimen de protección previsto en la misma en los casos expresamente previstos en esta norma. Esta exigencia impide, de inicio, considerar autor a una persona o sistema artificial conforme a los marcos reguladores actuales de la IP, en la medida que no es una persona física ni jurídica. Por su parte, el Código Civil español establece en su artículo 429 que es la LPI la que determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En los casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en el Código Civil sobre la propiedad. Del mismo modo, el concepto de autoría humana también se contempla expresamente en las directivas que regulan los programas de ordenador y las bases de datos, en particular, en el artículo 2 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador y 4.1 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. La doctrina mayoritaria considera que sólo una persona física puede crear una obra intelectual. Bercovitz afirma que sería absurdo tan siquiera especular con la posibilidad de una obra de ingenio cuya autoría no correspondiera a un ser

y, de otro, que ese resultado sea original⁵⁶, conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 10 de la LPI española. Estos requisitos no son exclusivos del ordenamiento jurídico español sino exigidos a nivel internacional por los distintos ordenamientos jurídicos. La mayoría de los países europeos, como Francia, Alemania, Italia o Portugal, regulan los derechos de autor en términos similares al español. Del mismo modo, las distintas legislaciones nacionales sustentadas en el sistema del *common law* o *copyright* también exigen el origen humano de las obras susceptibles de protección por el mismo. En EE.UU., a pesar de no contemplarse expresamente en la *United States Code — Copyright o USCC* —por sus siglas en inglés—, su *Copyright Office Compendium*⁵⁷

humano [BERCOVITZ, R. (2017). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 4.^a Ed. Editorial Tecnos, 2017. P. 113].

⁵⁶ El concepto de originalidad no está definido legalmente y constituye un concepto evolutivo no armonizado, ni a nivel internacional ni de la UE como destaca Saiz García [SAIZ, C. (2018). «Las obras creadas por Sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor». InDret. Barcelona. P. 18]. La originalidad como criterio exigido en una obra protegible bajo el derecho de autor se ha consolidado a nivel de la UE y ha sido perfilado en múltiples pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Sentencias TJUE de 16.06.20009 (Infopaq C-5/08), 4.10.2011 (FAPL C-403/08) y 1.12.2011 (Painer C-145/100)], que construye un concepto de originalidad sustentada en criterios subjetivos, considerando originales aquellas obras expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible —actualmente conocido o que se invente en el futuro—, que sean fruto de la creación intelectual propia de su autor; obras que sean «manifestación de la actividad creativa», «expresión creativa», «impronta» o «toque personal» de su autor y no una mera copia de obras anteriores. La doctrina y jurisprudencia españolas [Sentencia del Tribunal Supremo español de 26.04.2017 (Sala Primera). F.J. 9.3], sin embargo, han ido estableciendo los criterios para determinar la concurrencia de la originalidad, principalmente de carácter objetivo, asociándolo a su carácter novedoso [BERCOVITZ, R. (2017). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 4.^a Ed. Editorial Tecnos, 2017. Pp. 162 y siguientes], esto es, asociando el concepto de «obra original» al de obra «obra novedosa» y exigiendo únicamente que esa novedad objetiva tenga una relevancia mínima, sin necesidad de que sea sustancial. Otros ordenamientos europeos como el francés o el alemán exigen en relación con dicha originalidad que la obra integre la impronta o toque personal de su autor. En Reino Unido la originalidad se fundamenta principalmente en que la obra haya sido creada por el autor como resultado de su criterio, habilidad, trabajo y esfuerzo (la doctrina de «sudar la frente» —*sweat of the brown principle*—). En otros ordenamientos, como el estadounidense, se exige un mínimo grado de creatividad.

⁵⁷ U.S. Copyright Office, *Compendium of U.S. Copyright Office Practices*. Chapter 313.2. 3^a Edición 2021: As discussed in Section 306, the Copyright Act protects «original works of authorship» 17 U.S.C. § 102(a) (emphasis added). To qualify as a work of «authorship» a work must be created by a human being. See *Burrow-Giles Lithographic Co.*, 111 U.S. at 58. Works that do not satisfy this requirement are not copyrightable. (...) Similarly, the Office will not register works produced by a machine or mere mechanical process that operates randomly or automatically without any creative input or intervention from a human author. The crucial question is «whether the ‘work’ is basically one of human authorship, with the computer [or other device] merely being an assisting instrument, or whether the

recoge expresamente que para que una obra sea protegible, la autoría sólo puede ser humana, por lo que niega la protección y registro a obras sin autoría humana⁵⁸, así como a las producidas por máquinas o procesos meramente mecánicos que operan aleatoria o automáticamente sin ninguna aportación creativa o intervención de un autor humano, lo que excluye las obras artificiales o algorítmicas sin intervención humana. Otros ordenamientos internacionales, a pesar de no recoger expresamente esta exigencia de autoría humana, contienen referencias indirectas como, por ejemplo, en el Derecho alemán o libanés, que se refiere a las obras protegibles como «creaciones personales del espíritu».

Los conceptos obra y autor en la normativa de PI española se presentan inicialmente como indisociables, no hay obra sin autor, ni autor sin obra⁵⁹, y se vincula la originalidad de la obra con la persona del autor. No obstante, algunos ordenamientos jurídicos contemplan supuestos donde se produce igualmente una cierta disociación entre «creador» y «autor» y su protección, incluso reconociendo la protección de las obras creadas por ordenador. En particular, la legislación de derechos de autor en Reino Unido, esto es, la *Copyright, Design and Patents Acts 1988* —CDPA por sus siglas en inglés— regula en su Section 9 (3) que, sin perjuicio del principio general relativo a que deba considerarse autor de una obra a la persona que la haya creado, respecto de las «obras creadas por ordenador» —*computer generated works*—, establece que se considerará autor de las mismas a la per-

traditional elements of authorship in the work (literary, artistic, or musical expression or elements of selection, arrangement, etc.) were actually conceived and executed not by man but by a machine». Este compendio de prácticas de la Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos constituye el manual administrativo del Registro de Derechos de Autor estadounidense, de conformidad con lo previsto en el Título 17 del United States Code y en el Capítulo 37 del *Code of Federal Regulations*.

⁵⁸ Conforme destacan expertos como Nerea Sanjuán, el derecho de autor estadounidense solo protege los frutos de la labor intelectual que están basados en los poderes creativos de la mente, citando en este sentido los casos *Trade-Mark Cases*, 100 U. S. 82 (1879) y *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 58 (1884) del Tribunal Supremo de EE. UU. El criterio determinante sobre el que se sustenta este compendio estadounidense es si la «obra» es básicamente de autoría humana, siendo el sistema un mero instrumento auxiliar o medio, o si fue concebida y ejecutada no por el hombre sino por una máquina, en cuyo caso quedaría fuera de su ámbito de registro y protección. SANJUÁN, N. (2019). «Inteligencia artificial y IP». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Nº 52-2019. Pp. 82-94.

⁵⁹ XALABARDER, R. (2020). «Inteligencia artificial y Propiedad Intelectual», en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. Y PEQUERA POCH, M. (Coord). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Aranzadi S.A.U. (Thomson Reuters). Navarra 2020. P. 209.

sona que hubiere realizado «los arreglos» necesarios para la creación de dichas obras⁶⁰. Otros países contemplan disposiciones similares⁶¹.

⁶⁰ Recuperado de: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>. Consultada el 15.08.2023. Su artículo 178 reconoce la creación no humana y su protección por los derechos de autor aunque de manera disociada a la máquina, de manera que la autoría no se otorgaría al sistema inteligente sino a la persona o personas que realizaron los arreglos para obtener ese resultado creativo, es decir, a diseñadores y programadores que hubieran participado en su programación, sin perjuicio de considerar otros sujetos en función del contexto, que podrían incluir entrenadores del sistema, pero sobre todo, el propio usuario, conforme consideran autores como Denicola [DENICOLA, R.C. «Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works». *Rutgers University Law Review*. N^o 69. 2016. Pp. 286-287] o Samuelson [SAMUELSON, P. «Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works». *University of Pittsburgh Law Review*. N^o 47. 1986. P. 1192]. La norma me parece de especial relevancia ante la protección del resultado del *software* como creativo y susceptible de protección por derechos de autor, confiriendo a éste la condición de «creador» aunque la condición de «autor» se le confiera a la persona detrás de la misma y de sus tareas de procesamiento para obtener el resultado creativo, que será quien ostente todos los derechos de autor (patrimoniales) sobre el mismo, y no al sistema inteligente, carente de personalidad jurídica y capacidad para ser titular de los mismos. Ortego Ruiz plantea incluso extrapolar la posibilidad de dotar de personalidad jurídica a los sistemas inteligentes a los derechos de autor, algo con lo que discrepo absolutamente, para poder así reconocerles la autoría de sus creaciones y la consecuente protección jurídica de las mismas, si bien, actualmente estos sistemas carecen de personalidad jurídica y parece que su reconocimiento ha salido, por el momento, de la agenda del legislador europeo, por lo que no considero jurídicamente viable este planteamiento en la actualidad, en base al estado de la propia tecnología, el grado de desarrollo de la IA aplicable y los marcos jurídicos vigentes, dejando a un lado los argumentos éticos y sociales. [ORTEGO RUIZ, M. (2018). «El concepto de autor en la era de los robots». *Anuario de Propiedad Intelectual* 2017. Editorial Reus. 2018. Pp. 431 y 432].

⁶¹ Irlanda (Section 2 (1) de la *Irish Copyright and Related Rights Act 2000*), Nueva Zelanda (*New Zealand Copyright Act 1994*), Hong Kong (*Hong Kong Copyright Ordinance 1997*), Sudáfrica (*South Africa Copyright Act 98 of 1978*) o India (*Indian Copyright Act 1957*). La legislación española prevé algunos supuestos donde se produce una cierta disociación entre los conceptos precitados y se protegen obras y la titularidad de derechos sobre las mismas a personas distintas al autor o no intervinientes directamente en la creatividad o aportación intelectual —siempre asociada al ser humano— como consecuencia, principalmente, de la existencia de una inversión de recursos o aportación organizativa o empresarial. El sistema de IP español, al igual que el francés o el italiano integran en su marco vigente la obra colectiva, en particular, en el artículo 8 de la LPI española, el artículo 113.2 y 5 del Code de la propriété intellectuelle francés —CPI— y el artículo 7 de la LDA italiana. El artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual española, establece que, salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona física o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre, que no la condición de «autor». Sin embargo, cuando la obra sea un programa de ordenador, la norma española regula un tratamiento distinto. Respecto de programas de ordenador, el artículo 97.1 de la LPI española considera «autor» del programa de ordenador la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta norma. El precepto citado prevé en su apartado 2^o que la condición de autor

En mi opinión, cabría reflexionar incluso sobre la posible construcción de una teoría de autoría mediata o intelecto derivado de origen humano en determinados supuestos y sistemas generativos de forma más autónoma, que pudiera permitir cumplir el requisito de autoría, junto al requisito ineludible de originalidad. De este modo, si se pudiera considerar un determinado resultado o *output* fruto de un intelecto artificial creado y derivado del intelecto humano, considerando de manera consecuente que pudiera existir una cierta intervención humana desde el momento del diseño y concepción de estos concretos sistemas generativos con finalidades determinadas, aunque no concretas, incluso en su funcionamiento, aunque fuera considerada de menor relevancia, todo ello podría llevarnos a no excluir de antemano la calificación y protección del resultado conforme a los marcos reguladores de la PI, máxime ante la inexistencia actual de sistemas inteligentes verdaderamente autónomos y con capacidad creativa propia. No obstante, faltaría el segundo requisito relativo a su «originalidad», si bien, de sostener un criterio objetivo de este último basándolo principalmente en su novedad —y no subjetivo, basado en la personalidad o impronta personal del autor—, junto con

se atribuirá a la persona física o jurídica que edite o divulgue un programa como obra colectiva bajo su nombre, es decir, no sólo será meramente titular originario de los derechos de autor, sino que el precepto le atribuye la propia condición de «autor» —a diferencia del régimen general precitado de la obra colectiva—, en una nueva ficción jurídica para acomodar y dar solución a una cuestión económica y social. Asimismo, el apartado 4º de este precepto establece que, cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador —en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario—, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario —ya sea persona física o jurídica, salvo pacto en contrario y sin perjuicio de los derechos morales que correspondan sobre el programa a los trabajadores. El apartado 5º de dicho precepto determina que la protección se concederá a todas las personas naturales y jurídicas que cumplan los requisitos establecidos en esta ley para la protección de los derechos de autor. La norma italiana refiere esta titularidad y autoría a la persona que «organiza y dirige» la creación de una obra colectiva. No obstante, otros ordenamientos como Alemania, se rigen por el principio de autoría *stricto sensu*. Estas excepciones no son exclusivas de la legislación española y de los regímenes sustentados en el denominado «derecho de autor». Por ejemplo, EE.UU. regula las obras creadas por encargo —*works made for hire*— reguladas en el artículo 201 (b) de su *United States Code — Copyright* —USCC por sus siglas en inglés—, de las que se considera «autor» al comitente de dichas obras, sea una persona física o jurídica, sin perjuicio de la exigencia de que el creador —que no ostentará la condición de autor a efectos jurídicos— debe ser una persona física, generando una nueva ficción jurídica para atribuir dicha condición al comitente. Se trata de ficciones jurídicas creadas por el legislador para atribuir los beneficios de la protección jurídica a través del derecho de autor de este tipo de obras a un tercero distinto de sus creadores o «autores» materiales, pero partiendo siempre de que detrás exista una creación o intelecto humano.

la construcción de una autoría humana mediata en la construcción del sistema generador, en función del contexto, una creación del mismo sin intervención humana en el proceso generativo o no relevante, podría considerarse protegible a través de la PI. En defecto de esta construcción y exclusivamente respecto de determinados sistemas inteligentes generativos, los marcos reguladores vigentes de la PI impiden reconocer como obra, su autoría y su protección a las obras estrictamente artificiales creadas por sistemas inteligentes (*outputs*) sin intervención humana o con intervención humana pero irrelevante⁶² o no determinante del resultado, por exigirse una autoría humana y originalidad, sin perjuicio de que puedan ser asociadas a las personas físicas que intervengan en el proceso de creación del sistema y/o generación del resultado. En mi opinión, dicha intervención debería considerarse significativa en la medida que determine el resultado, y ese en particular y no otro, y que integre una autoría humana, cuanto menos mediata, y originalidad, tanto por su novedad y diferenciación como por la adición del conocimiento específico, personalidad, ingenio, esencia o impronta del autor humano detrás de la creación. Actualmente, los sistemas de IA generativa ni tan siquiera pueden garantizar la creación de un resultado original y único como recogen algunos de sus términos y condiciones, por ejemplo, Dall-e⁶³.

En congruencia con este posicionamiento, deberá analizarse en cada supuesto la intervención humana, el proceso creador y propio el funcionamiento técnico del sistema inteligente, al objeto de determinar si el contenido generado por la IA es el resultado de una mera reproducción mecánica y proceso automatizado, o de una concepción mental original propia del autor creada mediante IA. De este modo, considero que no se puede mantener una solución universal para los todos los *outputs* generados por IA generativa, sino que dependerá

⁶² Saiz García considera que, ni aun produciéndose una perfecta emulación del cerebro humano por un sistema de IA, el resultado producido exclusivamente por la máquina podría calificarse como obra del ingenio ni daría lugar al nacimiento del derecho de autor [SAIZ, C. (2018). «Las obras creadas por Sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor». Op. cit. P. 15]. Según esta autora, la intervención humana en la generación de una obra creada mediante un sistema de IA no debe limitarse a realizar actividades meramente técnicas, mecánicas, de acompañamiento, en definitiva, irrelevantes desde un punto de vista creativo e intelectual para la obtención del resultado, dado que en tal caso no podría considerarse original. [SAIZ, C. (2018). «Las obras creadas por Sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor». Op.cit. P. 20]. Xalabarder considera que en estos supuestos «no hay ‘autor’ porque no hay obra» [XALABARDER, R. (2020). «Inteligencia artificial y Propiedad Intelectual» en Cerrillo i Martínez, A. y Pequera Poch, M. (Coord). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Op. Cit. P. 215].

⁶³ Recuperado de: <https://openai.com/dall-e-2>. Consultado el 10.08.2023.

del análisis de estas cuestiones. Esa intervención humana relevante podría considerarse, por ejemplo, en el caso de determinadas instrucciones cualificadas impartidas al sistema por el usuario (*prompts*) determinantes para el resultado, conforme analizaré en el siguiente apartado, así como en el caso de edición por parte del mismo del resultado obtenido (*output*). No obstante, se han producido algunos casos judiciales aislados⁶⁴, en los que se ha reconocido la protección de los resultados creados por sistemas inteligentes, aún sin reconocer la condición de autor a los mismos. En cualquier caso, todo ello no obsta a que, en la práctica actual, se estén registrando creaciones artificiales como creaciones humanas, en las que no se hace mención a su generación por un sistema inteligente, sino meramente a la persona o equipo humano creador.

Para finalizar el tratamiento de estas cuestiones, dejando de nuevo a un lado las cuestiones estrictamente jurídicas, desde el punto de vista técnico, en mi opinión, la IA actual crea, pero no expresa una creatividad por sí misma, no tiene personalidad, ni conciencia ni consciencia, ni sentimientos, ni emociones, ni ingenio propio, no tiene libertad, independencia o voluntad. Sólo la intervención humana que utilice la IA generativa como medio o herramienta creadora puede adicionar a un resultado o creación personalidad, esencia, libertad creativa, voluntad, verdadera impredecibilidad, sentimientos y emociones propias del ser humano, nunca de una máquina. La IA generativa aplica *automatizadamente* técnicas artísticas y creadoras que «aprende» y «procesa», lo que no es diferencial en sí mismo ni novedoso, y puede permitir prescindir de tareas manuales u otras tareas humanas en el proceso generativo, pero no posee ni originalidad

⁶⁴ El Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen (China), en la provincia de Guangdong, determinó en una disruptiva sentencia de enero de 2020 que un artículo escrito por un sistema de IA desarrollado por la compañía Tencent —Dreamwriter— debe recibir la misma protección a nivel de derechos de autor o copyright que los textos creados por seres humanos, al reproducirse y difundirse en la página web de Shanghai Yingxun Technology Company sin autorización, imponiendo a ésta una multa de 1.500 yuanes por la infracción de derechos y por las pérdidas económicas derivadas. Ello no significa, que se le esté reconociendo al sistema o algoritmo la condición de «autor». [«Court rules AI-written article has copyright». Publicado en *ECNS*. 09.01.2020. Recuperado de <http://www.ecns.cn/news/2020-01-09/detail-1fzsqcrm6562963.shtml>. Consultado el 28.07.2023]. El Tribunal de Internet de Beijing (China) dictó una nueva sentencia en noviembre 2023 en esta materia de indudable valor disruptivo en esta materia, que consideró que una imagen generada por IA (Stable Diffusion) debe considerarse como una obra de arte protegida por el derecho de autor, valorando la originalidad y el aporte intelectual del creador humano en su intervención, en especial de los *prompts* mediante «ajustes continuos y las elecciones estéticas». Disponible en <https://www.bjinternetcourt.gov.cn/>. Consultado el 20.12.2023.

ni creatividad propia⁶⁵. En mi opinión, creatividad conlleva libertad y voluntad, de la que carece la IA de hoy⁶⁶.

⁶⁵ Respecto de la capacidad creativa de la IA generativa y otros conceptos asociados como creatividad algorítmica, artificial, sintética, computacional, mecánica, informática o computación creativa, sería apasionante poder abordarlos con detenimiento, si bien, el objeto y alcance específicos y extensión limitada de este trabajo, me impiden entrar en su análisis científico, ético y jurídico. Algunas de las teorías más extendidas afirman que un ordenador no puede ser creativo ya que todo lo que produce tiene que haber estado ya presente en los datos de entrada o en los algoritmos, lo cual incluso se ha argumentado desde las matemáticas, considerando que la creatividad computacional es útil y puede parecer creatividad real, pero no lo es realmente, en la medida no se crea nada nuevo, sino que sólo se transforma mediante algoritmos [CHAITIN, G. J. (1987). «Algorithmic information theory. Cambridge Tracts in Theoretical Computer Science». *Cambridge University Press*]. Desde el punto de vista científico, los sistemas GAN —Generative Adversarial Networks—, que tradicionalmente han constituido una de las técnicas más avanzadas en el desarrollo de la «creatividad» de los sistemas inteligentes tanto cualitativa como cuantitativamente, están siendo superados por los sistemas CAN —Creative Adversarial Network—, que no pretenden generar obras de arte basadas en obras preexistentes sino desarrollar un proceso creativo que dé lugar a obras de carácter único y distinto a todo lo anterior. En mi opinión, los sistemas CAN comportan una mayor autonomía en el proceso generativo, si bien, sigue tratándose de una autonomía relativa, determinada y determinante del resultado, alejada de una manifestación artística libre, independiente y creativa de la IA. No se puede negar la capacidad creadora de algunos sistemas inteligentes, si bien, en mi opinión, no fruto de un intelecto propio, sino del creado, derivado y dependiente del intelecto humano, es decir, fruto de un «intelecto» artificial, emulado y creado por el intelecto humano y que opera *automatizadamente*.

⁶⁶ En el ámbito científico, López de Mántaras, experto internacional en IA, significa que la creatividad computacional consistiría en desarrollar *software*, basado en técnicas de IA, capaz de exhibir un comportamiento que podríamos considerarlo «creativo», lo que podría servir para componer música o producir artes plásticas. Sin embargo, este experto considera que alcanzar un alto nivel de creatividad esta fuera del alcance de la IA en la actualidad, en la medida que requeriría no solamente generar combinaciones novedosas y de ideas conocidas, sino que requeriría inventar conceptos e ideas radicalmente diferentes, lo que supondría ser disruptivo y esto es algo que un sistema inteligente no puede hacer actualmente [LÓPEZ DE MÁNTARAS, R. (2021). «¿Pueden las máquinas ser creativas?». *La Vanguardia*. 31.05.2021. Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/ciencia/20210531/7484405/maquinas-creativas.html>. Consultado el 31.07.2023]. Algunos expertos, como Margaret Ann Boden, especialista en ciencia cognitiva e IA, considera que los sistemas informáticos tienen comportamientos creativos y que la creatividad no es exclusiva de la inteligencia humana. [BODEN, M. A. (2009). *La mente creativa: Mitos y mecanismos*. Gedisa. Barcelona 2009]. Del mismo modo, los artistas e investigadores que integran plataformas como Obvious Art, conforme refleja su «Manifiesto», consideran que los algoritmos de aprendizaje automático pueden potenciar su creatividad natural y que la noción de creatividad es extremadamente difícil de encapsular como proceso que implica una serie de factores no definidos todavía adecuadamente [Recuperado de: <http://obvious-art.com/wp-content/uploads/2020/04/MANIFESTO-V2.pdf>. Consultado el 09.07.2023].

Del mismo modo, desde el punto de vista artístico, el propio valor artístico o creativo de un contenido creado por una IA generativa sin intervención humana o con intervención no significativa, al margen de su consideración o no como obra intelectual, puede ser igualmente cuestionable en función del concepto de arte desde el que se examine, al margen del esfuerzo personal y económico que pueda haber detrás de los *outputs* de un sistema inteligente generativo, de su valor económico, de su calidad y de las emociones y sentimientos que puedan provocaren forma de obra literaria, poética, pictórica, gráfica, musical o audiovisual. Podría llegar a considerarse una nueva forma de «arte».

Por último, al margen de las anteriores cuestiones, significar que la IA generativa también está siendo utilizada en la actualidad para generar *outputs* en forma de nuevas creaciones inspiradas en la personalidad, estilo e impronta de determinados autores, en ocasiones, con intervención humana significativa mediante IA, o sin intervención humana o no significativa supuestamente, y en ambos casos y en ocasiones, vulnerando derechos de terceros⁶⁷. En mi opinión, pueden constituir prácticas, cuanto menos, éticamente inaceptables y no susceptibles de amparo bajo excepciones como el *pastiche*. Del mismo modo, también se está utilizando para crear y comercializar «obras» falsas⁶⁸.

⁶⁷ Por ejemplo, para la creación de una nueva canción con las voces de Drake y The Weeknd Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20230420/8909403/cancion-creada-ia-imitaba-drake-the-weeknd-retirada-spotify-apple-music.html>. Consultado el 12.08.2023. La canción fue retirada de las plataformas de streaming a instancias de Universal Music por infracción de derechos de autor.

⁶⁸ A modo de ejemplo, recientemente la escritora Jane Friedman comprobó la comercialización de nuevos títulos de su supuesta autoría en plataformas como Amazon y Goodreads, creados mediante ChatGPT según la misma y con afectación de su nombre, reputación, derechos y demás intereses [Recuperado de: <https://janefriedman.com/i-would-rather-see-my-books-pirated/>. Consultado el 10.08.2023]. Algunas de estas creaciones artificiales han sido presentadas a certámenes, festivales y premios, e incluso han sido reconocidas y galardonadas. En agosto de 2022, una imagen creada mediante el sistema de IA generativa Midjourney, fue presentada al concurso de bellas artes de la Feria Estatal de Colorado por Jason Allen bajo el título «Théâtre D'opéra Spatial», y ganó el primer premio. Según su «autor», utilizó unas 80 horas para su generación mediante instrucciones o *prompts* [NUÑEZ-TORRÓN, A. (2022). Una obra de arte generada por IA gana un concurso de pintura y desata la ira de ilustradores y artistas: «Es la muerte del arte». *Business Insider*. 1.09.2022. Recuperado de: <https://www.businessinsider.es/obra-creada-ia-gana-concurso-pintura-muerte-arte-1117665>. Consultado el 20.07.2023]. Una fotografía creada por IA fue galardonada en la última edición de los premios Sony World Photography Award 2023 [BUET, E. (2023) «Una imagen creada con IA gana un premio internacional de fotografía, que su creador rechaza». *El Mundo*. 18.04.2023].

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, el debate sobre la protección o no de estos resultados sigue abierto y elevando su intensidad, pero también sobre si deberían ser protegidos o no a través de la PI, generando, en caso afirmativo, nuevas categorías de creaciones y derechos asociados con revisión, deseable armonización y reestructuración de los pilares sobre los que sustenta la regulación de la PI a nivel internacional o, en caso negativo, valorar otros marcos de protección, por ejemplo, en el marco del derecho de propiedad al amparo del artículo 429 del Código Civil español, o directamente considerar una solución de dominio público⁶⁹ como apuntan distintos autores, considerando que son obras «huérfanas» ante la imposibilidad de identificar al autor⁷⁰.

Todo ello ha reavivado el debate alrededor de todas estas cuestiones y ha motivado la prohibición o condicionamiento de participación de creaciones artificiales. Por ejemplo, los prestigiosos premios Grammy han introducido nuevas condiciones en sus bases en relación con la IA. Conforme recoge, sólo los creadores humanos son elegibles para ser considerados, nominados o ganadores de un premio Grammy [GUERRERO, P. (2023). Los Grammys introducen reglas relacionadas a la Inteligencia Artificial. *Rolling Stone*. 20.06.2023. Recuperado de: <https://es.rollingstone.com/los-grammys-introducen-reglas-relacionadas-a-la-inteligencia-artificial/>. Consultado el 20.07.2023]. Las bases permiten que los artistas puedan utilizar IA en sus canciones siempre que exista participación humana y sea relevante. Si esta no existe o no es significativa o «de minimis», no puede optar a los premios.

⁶⁹ Autores como Ramalho, proponen una solución de dominio público que integre un derecho exclusivo de divulgación [RAMALHO, A. (2017). «Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems». *Journal of Internet Law*. Julio 2017. Pp. 16-20].

⁷⁰ Algunos autores proponen otras opciones a reflexionar como derechos afines o conexos, si bien, su inclusión en estas categorías requeriría la necesaria revisión previa de los marcos reguladores existentes, de modo que no constituyen una opción viable actualmente. Xalabarder planteó algunas reflexiones constructivas sobre posibles soluciones a esta cuestión, en particular, si los resultados podrían beneficiarse de la posible protección como derechos conexos mediante una interpretación flexible de la norma [XALABARDER, R. (2020). «Inteligencia artificial y Propiedad Intelectual» en Cerrillo i Martínez, A. y Pequera Poch, M. (Coord). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Op. Cit. P. 215]. Otros autores han planteado la posibilidad de otorgar un derecho afín, conexo o *sui generis* nuevo como solución a la protección mediante la PI de las obras creadas por sistemas inteligentes «autónomos», entre otros, Sanjuán Rodríguez [SANJUÁN, N. (2019). «Inteligencia artificial y IP». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Op. Cit. Pp. 90-91]. Por su parte, Saiz García también significa la conveniencia de la protección de estas obras bajo otras categorías dentro de la PI, en particular, como derecho conexo o afín al derecho de autor o incluso como el antedicho derecho *sui generis* [SAIZ, C. (2018). «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor». Op.cit. Pp. 15 y 31.]. En mi opinión, considero que todas estas opciones no resultan viables conforme al marco jurídico vigente, especialmente en la medida que, en estos supuestos, se requiere algún tipo de intervención humana a nivel intelectual para su protección, por lo que ambos planteamientos exigirían inicialmente una revisión del marco regulador y una redefinición del concepto de autor.

En mi opinión, las soluciones deben venir, de un lado, desde la revisión y actualización de los marcos reguladores actuales de la IP, junto con la construcción de los marcos reguladores de la IA. Y de otro, desde la ética, pero acompañada por el Derecho para garantizar su cumplimiento y eficacia. En cualquier caso, de un lado, considero necesario profundizar en las reflexiones adicionales sobre si el régimen más adecuado para la protección de los *outputs* de la IA generativa, en caso de no intervención o intervención humana no significativa, debe ser el propio de los derechos de autor u otras categorías de derechos de PI o de otra naturaleza. De otro, cualquier iniciativa reguladora debe ser adecuada y prudente para no incurrir en un exceso de regulación que pueda provocar efectos contrarios a los pretendidos, como ocurrió con la regulación de los derechos *sui generis* sobre bases de datos en la UE en comparación con otros sistemas más flexibles⁷¹.

6. PROTECCIÓN DE LAS INSTRUCCIONES O *PROMPTS*

Las instrucciones a una IA generativa pueden ser tan sencillas como dos palabras hasta conformar un conjunto cualificado de complejas y extensas instrucciones fruto de un conocimiento, creatividad y capacidad previos del usuario del sistema inteligente que podrían ser incluso únicos. La complejidad de las mismas ha hecho surgir el concepto de «ingeniería de instrucciones»⁷².

Los *prompts* plantean también cuestiones en materia de IP que igualmente integran el debate actual. En primer lugar, como conjunto de instrucciones, se plantea si el mismo podría ser susceptible de protección a través de los marcos jurídicos vigentes en materia de IP. En segundo lugar, si la generación e inserción de instrucciones a los sistemas inteligentes generativos podría considerarse una intervención humana relevante o determinante del resultado, o incluso adicionar al resultado la originalidad subjetiva requerida asociada la personalidad humana, de modo que éste pueda considerarse protegible conjuntamente como obra intelectual. En cualquier caso, se consideren o no relevantes, la necesidad de instrucciones humanas hace que el resultado de una IA generativa no sea plenamente definido y determinado por la misma.

⁷¹ *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*. UE. 2018.

⁷² La ingeniería de instrucciones se refiere al proceso de diseñar, refinar y optimizar las instrucciones de entrada para guiar un modelo generativo de IA hacia la producción de resultados deseados.

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, en mi opinión, los *prompts* o instrucciones, aisladamente o en su conjunto, en la medida que respondan a meras ideas y no tanto a secuencias de lo que pretende generarse, inicialmente quedarían fuera de su consideración de obra intelectual y consecuente de protección mediante estos marcos. El usuario puede usar estos sistemas a modo de *framework* mediante un sencillo interfaz con el mismo basado en instrucciones y, en su caso, contenidos. En mi opinión, unas instrucciones básicas y generales, *per se*, no determinarían la relevancia de la intervención humana, ni una autoría, ni una originalidad asociada, de modo que ni éstas ni el resultado así generado por el sistema inteligente serían protegibles a través de los marcos reguladores de la PI, al no existir una intervención humana relevante, si bien, en el caso de instrucciones técnicas detalladas, concretas y complejas, basadas incluso en específicos conocimientos técnicos del usuario y su personalidad, que vayan moldeando, puliendo y ajustando el resultado a lo ideado en la mente del usuario instructor, a mi juicio, podrían comportar una aportación intelectual y humana relevante y, de manera consecuente, podrían comportar la protección de las mismas a través de los marcos reguladores de la IP, siempre que éstas reúnan el resto de requisitos legalmente exigidos para ello, en función de ordenamiento jurídico aplicable. Si en su conjunto responden a una complejidad cualitativa y cuantitativa, conocimiento técnico y secuenciación dirigida a la obtención de un resultado preconcebido concreto, con su documentación y fijación en un soporte, considero que los *prompts* podrían ser incluso protegidos, cuanto menos, bajo la categoría de obra literaria, sin perjuicio de que pudieran quedar protegidos por otros marcos, como los reguladores del secreto de empresa.

Respecto de la segunda cuestión planteada y en congruencia con este último argumento, la concurrencia de estas instrucciones complejas, basadas en un conocimiento previo, orientadas hacia un resultado preconcebido y concreto, debidamente serializadas con este propósito, comportaría un intelecto e intervención humana cualificada, relevante y determinante del resultado (autoría) y de su originalidad, a mi juicio, objetiva (novedad y diferenciación) y subjetiva (personalidad, impronta personal, libertad y voluntad del autor), por lo que el resultado debería considerarse dirigido por una persona y debería ser considerado una obra intelectual, protegida por los marcos reguladores de la PI, máxime si puede acreditarse este proceso creativo instruccional mediante la trazabilidad y registro del mismo mediante herramientas del propio sistema inteligente.

7. PROPUESTAS REGULADORAS

No existe una regulación nacional, europea ni internacional de la IA en general, ni de la IA generativa en particular. A nivel de la UE, la cuestión fue objeto de análisis e informes preliminares⁷³. La actual Propuesta de Reglamento IA de la UE⁷⁴ incluyó expresamente la IA generativa en la última versión del Parlamento de 14 de junio de 2023, englobada dentro de la IA de propósito general y formando parte de la subcategoría de los modelos fundacionales. Ninguno de estos sistemas estaba contemplados en la versión inicial de la propuesta presentada el 21 de abril de 2021 que, a pesar de pretender regular la IA de forma horizontal y desde un enfoque de riesgos, únicamente regulaba los sistemas considerados de alto riesgo conforme a la misma, prohibiendo determinados sistemas por considerarlos de riesgo inadmisibles y dejando el resto de sistemas, esto es, los de riesgos limitado y riesgo mínimo a la posible autorregulación, salvo concretas obligaciones de transparencia e información para determinados sistemas de riesgo limitado⁷⁵. Esta cuestión fue criticada por mi parte desde la publicación de aquella primera versión en conferencias y publicaciones previas, y ello, principalmente, por considerarlo de inicio incongruente con el enfoque horizontal y de riesgos desde el que supuestamente se había concebido la propuesta normativa. De este modo, los sistemas

⁷³ El informe de la UE dando respuesta al *Draft Issues Paper on Intellectual Property and Artificial Intelligence* de la WIPO, de 13 de diciembre de 2019, propuso expresamente que los debates comiencen con cuestiones fundamentales sobre la posible concesión de derechos de autor o derechos afines tanto a los productos generados por la IA como a los producidos con la ayuda de la misma. Significar con posterioridad el *Informe sobre los derechos de IP para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial* de 2 de octubre de 2020, la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de IP para el desarrollo de las tecnologías relativas a la IA (2020/2017(INI)) y la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2021, sobre la IA en los sectores educativo, cultural y audiovisual (2020/2017(INI)).

⁷⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) COM/2021/206. Constituye la primera propuesta de regulación global de la IA a nivel internacional.

⁷⁵ Esta decisión respondía a la opción elegida por la Comisión de no regular toda la IA, como oportunamente se valoró y consta en la Evaluación de Impacto previa a la propuesta, en la que rechazó la opción de regular el resto de sistemas, si bien, tras las múltiples enmiendas y modificaciones introducidas en la propuesta en tramitación, lo cierto es que el texto propuesto es cada vez más congruente con aquella opción que la Comisión expresamente rechazó y que en mi opinión, sigo pensando que era y es la más adecuada, habiendo incluido los sistemas de IA de propósito general, los modelos fundacionales y, dentro de estos, los sistemas inteligentes generativos..

inteligentes generativos en general, incluidos los chatbots conversacionales como ChatGPT, quedaban fuera de la misma⁷⁶.

La versión precitada de la propuesta en tramitación adicionaba un nuevo artículo 28 b) que regulaba las obligaciones de los proveedores de modelos «básicos» o «fundacionales», entre otras: Llevar cabo una gestión de riesgos y gobernanza de los datos adecuada, diseñar y desarrollar sus modelos de manera sostenible, reduciendo el consumo de energía, el uso de recursos y los residuos, evaluar y mitigar los posibles riesgos la salud, la seguridad, los derechos fundamentales, el medio ambiente, la democracia y el Estado de Derecho, y registrar sus modelos en la base de datos de la UE antes de ser comercializados en el mercado. Adicionalmente, el apartado cuarto del precitado artículo incorporaba un conjunto de requisitos adicionales de transparencia y específicos para los sistemas generativos, en particular, establecía que los proveedores de modelos básicos (o ‘modelos fundacionales’) utilizados en sistemas de IA destinados específicamente a generar, con diferentes niveles de autonomía, contenido complejo como textos, imágenes, audios o videos (IA generativa) y los proveedores que especializan un modelo básico en un sistema de IA generativa, deberán además: a) cumplir con las obligaciones de transparencia descritas en el Artículo 52 (contenido generado por una IA y no por un ser humano); b) entrenar y, en su caso, diseñar y desarrollar el modelo básico de manera que se aseguren las garantías adecuadas contra la generación de contenidos que infrinjan el Derecho de la Unión de conformidad con el estado de la técnica generalmente reconocido y sin perjuicio de los derechos fundamentales, incluida la libertad de expresión, c) documentar y poner a disposición del público un resumen suficientemente detallado del uso para entrenamiento de los ‘datos’ protegidos por la legislación de derechos de autor, sin perjuicio de la legislación nacional o de la Unión sobre derechos de autor⁷⁷.

⁷⁶ No obstante, la primera versión del Reglamento IA de la UE citada contemplaba en su art. 1, relativo a su objeto, el establecimiento de normas armonizadas de transparencia aplicables, entre otros, a los sistemas de IA usados para generar o manipular imágenes, archivos de audio o videos, sin alusión específica a textos. En su artículo 52 definía las obligaciones de transparencia.

⁷⁷ De este modo, el precepto exige a los proveedores de estos sistemas la identificación del contenido que ha sido generado por IA, sin excepciones, establecer garantías contra la generación de contenidos ilegales y publicar resúmenes detallados de los datos (obras) utilizados para entrenar el modelo protegidos por derechos de autor. Sin embargo, en mi opinión, las previsiones contempladas en el precepto y requerimientos expuestos se vislumbran como difícilmente desplegables y aplicables en la práctica: ¿Cómo establecer garantías adecuadas y efectivas contra la generación de contenidos ilegales en el marco del ejercicio de la libertad de expresión, creativa, artística, literaria, técnica y científica? ¿Cómo documentar y publicar un resumen

La última versión de la propuesta de Reglamento IA de la UE aprobada por el COREPER el 2 de febrero de 2024, incorpora nuevas modificaciones en esta materia, en concreto, su actual artículo 52 *quater* regula las obligaciones para los proveedores de modelos de IA de uso general —entre los que se hallan los modelos de IA generativa—, y establece, entre otras obligaciones, la de disponer una política de respeto de la legislación de la UE en materia de derechos de autor, incluyendo el respeto a la reserva de derechos expresadas en materia minería de textos y de datos, y la de elaborar y poner a disposición del público un resumen lo suficientemente detallado sobre el contenido utilizado para el entrenamiento del modelo, conforme a la plantilla que elabore la Oficina de IA creada en el seno de la UE.

La utilización de «datos» protegidos por derechos de autor para el diseño, entrenamiento y funcionamiento de sistemas inteligentes, generativos o no, debería restringirse en general, salvo que se cuente con la autorización expresa del autor o titular de los derechos sobre los «datos» mediante actos inequívocos y no tácitos⁷⁸ o se disponga de una habilitación legal para ello conforme al ordenamiento jurídico aplicable, por ejemplo, mediante la utilización de algún mecanismo de excepción o limitación de los derechos legalmente prevista, máxime ante su uso lucrativo, directa o indirectamente. Y ello en aras de salvaguardar todos los derechos e intereses en juego y el difícil equilibrio en constante tensión entre los mismos, como el acceso a la cultura y la tecnología, la libre circulación de conocimientos, la libertad artística, literaria, técnica y científica, la creatividad, la innovación, el desarrollo tecnológico o la competitividad. No obstante, la revisión de los marcos vigentes de IP debería incluir el análisis de nuevos sis-

detallado de todos los «datos» protegidos por derechos de autor en su entrenamiento? ¿Sólo en su entrenamiento? ¿Debemos entender incluidos los que pueda utilizar en su diseño y desarrollo como en su funcionamiento posterior; o simplemente no se contemplan? En cualquier caso, considero que todo ello puede resultar verdaderamente complejo, por no decir que imposible, en el caso de determinados sistemas, ante los miles de millones de datos que puede llegar a manejar. En mi opinión, la inclusión de estos sistemas en el debate parlamentario europeo para su regulación me parece un primer paso importante y de agradecer; si bien, considero que quizás ni la forma ni el fondo (su objeto y alcance) son los más adecuados a la vista de los retos y riesgos que la IA generativa ha puesto encima de la mesa y que, como he referido, exigen una reflexión más profunda y no improvisada, que incluya, de un lado, la posible revisión de los regímenes obsoletos y no plenamente armonizados reguladores de la IP vigentes y, de otro, la paralela regulación sustantiva de la IA y de estos modelos, especialmente respecto de sus requisitos y obligaciones durante su ciclo de vida.

⁷⁸ Como ocurrió con las nuevas políticas de Adobe para la utilización de los datos de los usuarios de sus productos para el entrenamiento de sus algoritmos.

temas de gestión colectiva de derechos que considere y, en su caso, remunerar a autores y creadores.

A nivel internacional, al margen de las estrategias, debates y propuestas en relación a la regulación de la IA, distintos países están llevando a cabo distintas iniciativas con el objetivo de abordar específicamente la regulación de la IA generativa, especialmente ante el protagonismo público que ha acaparado y la evidencia de sus desafíos y sus riesgos.

En EE.UU., la legislación federal vigente sobre IA en EE.UU. no regula globalmente la IA ni tampoco la generativa. Durante los últimos meses se ha iniciado un intenso y continuo diálogo con la industria de la IA, que se ha materializado en un acuerdo con las principales desarrolladoras para realizar una evaluación pública de los sistemas generativos actuales. Durante este período, se han sucedido distintas iniciativas internas⁷⁹. El pasado 30 de agosto de 2023, la Ofi-

⁷⁹ El 16 de marzo de 2023, el gobierno de EE.UU. publicó una declaración política sobre la IA generativa y los derechos de autor al que prosiguió una hoja de ruta con medidas ejecutivas relativas a la IA generativa. Simultáneamente su Oficina de Ciencia y Tecnología (OSTP) emitió una solicitud de información sobre la supervisión de los sistemas de IA generativa, y el NIST (The National Institute of Standards and Technology) publicó el *AI Risk Management Framework*, un marco de uso voluntario con la finalidad de promover la fiabilidad en su diseño, desarrollo, uso y evaluación de productos y servicios de IA generativa, promoviendo la autorregulación corporativa de las organizaciones [CUNNINGHAM, L.A., MASKIN, A. Y CARLSON, J.B. (2023). «Generative Artificial Intelligence and Corporate Boards: Cautions and Considerations». *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. 21.06.2023. Recuperado de: [Fuente https://corpgov.law.harvard.edu/2023/06/21/generative-artificial-intelligence-and-corporate-boards-cautions-and-considerations/](https://corpgov.law.harvard.edu/2023/06/21/generative-artificial-intelligence-and-corporate-boards-cautions-and-considerations/). Consultado el 01.07.2023]. La Federal Trade Commission (FTC), la División de Derechos Civiles (DOJ) del Departamento de Justicia y la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC) y la Oficina de Protección Financiera del Consumidor emitieron el 25 de abril una declaración conjunta centrada en los riesgos de sesgo de la IA generativa [Recuperado de: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/EEOC-CRT-FTC-CFPB-AI-Joint-Statement%28final%29.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/EEOC-CRT-FTC-CFPB-AI-Joint-Statement%28final%29.pdf). Consultado el 01.07.2023]. En mayo de 2023, el Consejo Presidencial de Asesores sobre Ciencia y Tecnología —PCAST por sus siglas en inglés—, puso en marcha un grupo de trabajo sobre IA generativa para ayudar a evaluar sus principales oportunidades y sus riesgos. [Recuperado de: <https://www.whitehouse.gov/pcast/briefing-room/2023/05/13/pcast-working-group-on-generative-ai-invites-public-input/?s=09>. Consultado el 24.07.2023]. Dentro de sus iniciativas, ha invitado al público en general a presentar sus propuestas sobre cómo identificar y promover el despliegue beneficioso de la IA generativa y como mitigar sus riesgos. Se han celebrado distintas audiencias sobre IA generativa, en este caso, ante el Comité Judicial del Senado y el Subcomité Judicial de la Cámara de Representantes sobre Tribunales, Propiedad Intelectual e Internet y el Subcomité sobre Ciberseguridad, Tecnología de la Información e Innovación, en los que se han debatido tendencias, implicaciones y retos asociados a la IA generativa, y los posibles marcos reguladores y de supervisión. En julio de 2023, la

cina de Derechos de Autor estadounidense abrió una nueva consulta pública⁸⁰, que finalizará el 18 de octubre de 2023, para abordar el uso de datos protegidos en el entrenamiento de modelos de IA, la posibilidad de otorgar derechos de autor a contenido generado por IA y el marco de responsabilidad en esta materia. Actualmente se están tramitando distintas iniciativas de gobiernos estatales y locales en todo el país, como California, Illinois, Alabama, Washington, Nueva York, Vermont o Colorado.

Por lo que se refiere a China, a las iniciativas aprobadas en 2022 a nivel nacional y local, en especial, las *Internet Information Service Algorithmic Recommendation Management Provisions*, el *Shenzhen AI Regulation aims to promote the AI industry* y las *Shanghai Regulations on Promoting the Development of the AI Industry*, se suman sus «Medidas Provisionales para la Gestión de los Servicios de Inteligencia Artificial Generativa»⁸¹.

Administración Biden convocó a representantes de la industria de la IA y anunció compromisos voluntarios de cada una de ellas «para ayudar a avanzar hacia un desarrollo seguro y transparente de la tecnología de IA» [Sala de reuniones de la Casa Blanca, «Fact Sheet: Biden-Harris Administration Secures Voluntary Commitments from Leading Artificial Intelligence Companies to Manage the Risks Posed by AI», 21 de julio de 2023. Recuperado de: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/07/21/fact-sheet-biden-harris-administration-secures-voluntary-commitments-from-leading-artificial-intelligence-companies-to-manage-the-risks-posed-by-ai/>. Consultado el 08.08.2023].

⁸⁰ Recuperado de: <https://www.regulations.gov/document/COLC-2023-0006-0001>. Consultado el 31.08.2023

⁸¹ Texto íntegro Recuperado de: http://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm. Consultado el 13.07.2023. Conforme expresamente recoge en su artículo 3, el Estado se adhiere al principio de otorgar igual importancia al desarrollo, la innovación, la seguridad y la gobernanza basada en el Derecho. No obstante, las medidas son de aplicación parcial, en la medida que, si el Estado cuenta con otras normas sobre el uso de servicios de IA generativa para realizar actividades tales como la edición de noticias, la producción cinematográfica y televisiva, y la creación literaria y artística, prevalecerán dichas normas. Tampoco se aplicarán a las organizaciones industriales, las empresas, las instituciones educativas y de investigación científica, las instituciones culturales públicas y las «instituciones profesionales relevantes» que desarrollen y apliquen tecnología de IA generativa, pero que no brinden servicios de IA generativa al público nacional. No obstante, las medidas propuestas van más allá y regulan en su artículo 7 un conjunto de medidas específicas de los proveedores de servicios de IA generativa para el entrenamiento y capacitación del sistema, en particular, las siguientes: a) Usar datos y modelos básicos con fuentes legítimas; b) Cuando se trate de derechos de IP, no se infringirán los derechos de IP de otros; c) Cuando se trate de información personal, se deberá obtener el consentimiento del individuo u otras circunstancias de conformidad con lo exigido por las leyes y reglamentos administrativos; d) Tomar medidas efectivas para mejorar la calidad de los datos de entrenamiento y mejorar la autenticidad, precisión, objetividad y diversidad de los datos de entrenamiento; e) Las requeridas por las disposiciones aplicables previstas en leyes y reglamentos administrativos

El instrumento dedica su artículo 4 a regular las obligaciones para la prestación y uso de los servicios de IA generativa con respecto de leyes y reglamentos, la moral y la ética social y, en particular y entre otras, respetar los derechos de PI, la ética comercial, guardar secretos comerciales y no utilizar algoritmos, datos, plataformas y otras ventajas para implementar monopolios y competencia desleal, así como tomar medidas efectivas para mejorar la transparencia de los servicios de IA generativa y mejorar la precisión y confiabilidad del contenido generado, en función de las características del tipo de servicio.

Por su parte, Reino Unido ha definido su hoja de ruta regulatoria de la IA, en la que aborda, con notables diferencias respecto de la propuesta UE, algunos aspectos de especial relevancia, como su gobernanza y el papel de la autorregulación, de manera similar a como lo han propuesto otros países como Israel. Dicha hoja de ruta se plasmó en el documento *Establishing a pro-innovation approach to regulating AI. An overview of the UK's emerging approach*⁸², de 18 de julio de 2022. Actualmente está tramitando el Proyecto de *Data Protection*

internos, y los requisitos de supervisión pertinentes de las autoridades competentes correspondientes. Del mismo modo, incorpora distintas obligaciones adicionales en los artículos siguientes de especial relevancia respecto del enfoque de su regulación en la Propuesta de Reglamento IA de la UE. En su artículo 12 establece la obligación de los proveedores de identificar el contenido generado conforme a su normativa nacional («Reglamento sobre la administración de síntesis profunda de los servicios de información de Internet»). En su artículo 14 exige medidas de eliminación de contenidos ilegales en cuando el proveedor tenga conocimiento del mismo, incluyendo la adopción de medidas en el entrenamiento y optimización del modelo para la rectificación e informar a la autoridad competente. El proveedor también deberá tomar medidas en el caso de que descubra que el usuario está utilizando el servicio de IA generativa para realizar actividades ilícitas, como advertir, restringir funciones, suspender o terminar la prestación de servicios al mismo de conformidad con la ley, llevar los registros pertinentes, e informar a la autoridad competente. El instrumento también regula la responsabilidad de los proveedores en su artículo 10, exigiendo la suscripción de contratos de servicios con los usuarios de los servicios de IA generativa, que definan con claridad los derechos y obligaciones de ambas partes. Asimismo, incorpora la exigencia a los proveedores de información, divulgación y guía a los usuarios para permitirles su comprensión y utilización racional y conforme a Derecho (Artículo 10) y la creación y mantenimiento de canales de denuncia (Artículo 15). Por último, en sus artículos 16 a 21 regula los instrumentos de supervisión e inspección, con obligación de realizar evaluaciones de seguridad por parte de determinados proveedores y de procedimientos de archivo, modificación y cancelación de algoritmos, con remisión a su posible sanción en caso de incumplimiento de sus disposiciones, e incluso la exigencia de responsabilidad penal en caso de que suponga una violación de la seguridad nacional.

⁸² Recuperado de: <https://www.gov.uk/government/publications/establishing-a-pro-innovation-approach-to-regulating-ai>. Consultado el 14.08.2023.

and Digital Information Act⁸³. Del mismo modo, dentro de su estrategia legislativa digital, sustentada en el apoyo de la innovación y el desarrollo tecnológico evitando una hiperregulación, el Gobierno británico se comprometió a crear un código de buenas prácticas para las empresas de IA generativa con el fin de facilitar su acceso a contenidos protegidos por derechos de autor, mediante un acuerdo entre las empresas de la IA y los sectores creativos⁸⁴. Sin embargo, el pasado 6 de febrero de 2024, en respuesta a la consulta del Libro Blanco de IA, el gobierno del Reino Unido parece dejar relegada la elaboración del precitado código de prácticas sobre derechos de autor e inteligencia artificial⁸⁵.

España, al margen de su estrategia nacional y la Carta de Derechos Digitales publicada en diciembre de 2021, tampoco regula específicamente la IA generativa, si bien, dispone de distintas normas nacionales, autonómicas y locales que regulan determinados aspectos de la IA en ámbitos muy concretos. España ha sido el primer país europeo en crear una agencia de supervisión de la IA mediante la Ley 28/2022, de 21 de diciembre⁸⁶, cuyo estatuto ha sido recientemente aprobado

⁸³ Recuperado de: <https://bills.parliament.uk/bills/3322>. Consultado el 14.08.2023.

⁸⁴ El informe *Pro-innovation Regulation of Technologies Review*, elaborado por Sir Patrick Vallance, asesor científico jefe del Gobierno, en el marco de la revisión de la regulación digital en favor de la innovación, de marzo de 2023, ya se evidenciaba esta estrategia. Según el mismo, permitir a las empresas de IA generativa de Reino Unido extraer datos, texto e imágenes atraería inversiones, apoyaría la creación y el crecimiento de empresa y mostraría liderazgo internacional. Es decir, propone una legitimación estratégica de acceso y uso de los *inputs* de la IA generativa protegidos mediante derechos de autor, pero va más allá, manifestando su posicionamiento a incardinar la protección de los *outputs* de la IA generativa en los marcos jurídicos vigentes en materia de IP. Entre sus conclusiones y sugerencias, propuso que la Intellectual Property Office británica (IPO), proporcione orientaciones claras a las empresas de IA respecto de sus responsabilidades legales y que fomente el desarrollo de herramientas de IA para ayudar a cumplir los derechos de PI, incluida la revisión y ampliación de la minería de textos y datos como excepción a los derechos de autor. La IPO ha propuesto elaborar un código de prácticas al objeto de proporcionar «orientación para apoyar a las empresas de IA para acceder a trabajos protegidos por derechos de autor como *inputs* de sus modelos, garantizando al mismo tiempo que haya protecciones (por ejemplo, etiquetado) en la producción generada para apoyar a los titulares de derechos de autor».

⁸⁵ Recuperado de <https://www.gov.uk/government/consultations/ai-regulation-a-pro-innovation-approach-policy-proposals/outcome/a-pro-innovation-approach-to-ai-regulation-government-response> y <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2024/02/28/uks-short-lived-dream-for-a-code-of-practice-on-genai-and-copyright-law/>. Consultado el 6 de febrero de 2024.

⁸⁶ Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. BOE N. 306 22.12.2022

mediante Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto,⁸⁷. Actualmente, está trabajando en la creación del *sandbox* regulatorio sobre IA.

8. CONCLUSIONES

La IA generativa constituye un conjunto de tecnologías de enorme impacto, valor y potencial disruptivo en todo tipo de organizaciones, sectores y actividades. La era de la IA generativa acaba de empezar y considero que estamos todavía en su fase embrionaria y al igual que el derecho que debe regularla.

La capacidad creadora de los sistemas inteligentes generativos, con mayor o menor intervención humana, cuando menos, mediante instrucciones o *prompts*, es una cuestión, a mi juicio, indiscutible, si bien, otra cosa es atribuirle capacidad creativa.

La capacidad creativa asociada al intelecto humano, a la personalidad y al libre albedrío, en mi opinión, no sería atribuible en la IA generativa actual, en la medida que carece de creatividad propia, independiente y autónoma, carece de personalidad y capacidad jurídica, de conciencia y consciencia, de criterio, de entendimiento, de autonomía, de voluntad, de libertad plena, de libertad creativa y expresiva, de emociones y de sentimientos. Crea de manera lógica, procesando información y sin una aportación intelectual significativa y propia del sistema distinta a la que el ser humano haya integrado en su diseño, entrenamiento y funcionamiento, así como en sus instrucciones o arreglos.

La IA actual carece de autonomía efectiva y se halla sujeta en su funcionamiento a reglas, instrucciones y restricciones predefinidas en su código, quedando sujeta durante todo su ciclo de vida al control y supervisión humana, o así debería serlo conforme a los marcos éticos objeto de mayor consenso a nivel internacional y los marcos jurídicos que se aprobarán en el futuro y que se hallan sustentados en aquellos.

Los sistemas inteligentes generativos no pueden garantizar en la actualidad una originalidad y singularidad en sus resultados, ni objetiva en cuanto a la absoluta novedad y diferenciación de los mismos, ni subjetiva en cuanto a incorporar una impronta o personalidad propia y concreta inexistentes en los mismos, basándose en estimaciones probabilísticas y estadísticas.

⁸⁷ Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. BOE N. 210. 2.09.2023.

Los marcos jurídicos vigentes en materia de PI fueron concebidos en un contexto histórico, tecnológico, jurídico, económico y social distinto al actual, en los que generalmente, con alguna excepción como en Reino Unido y otros países, no se concebía la posible existencia de sistemas informáticos creadores de contenidos de manera automatizada con una intervención humana mínima en su funcionamiento.

Los marcos regulados de la PI actuales requieren la autoría humana y la originalidad del resultado para su protección mediante los mismos, de modo que las creaciones absolutamente artificiales, sin intervención humana o con intervención no relevante, no pueden ser objeto de protección como obras intelectuales.

El derecho de autor y los derechos conexos están concebidos en la actualidad para la protección de contenidos creativos y originales, generados directa o indirectamente por personas físicas, con otorgamiento de un conjunto de derechos de carácter moral y patrimonial. De manera consecuente, tampoco se le podría reconocer la condición de autor a una IA ni atribuirle los derechos asociados al resultado por las razones precitadas, máxime careciendo de personalidad y capacidad jurídica. Los marcos jurídicos actuales reguladores de la PI no pueden dar una respuesta adecuada a los distintos desafíos que plantea la IA generativa en esta materia.

Las reflexiones y debates actuales deben ir más allá del derecho de autor y considerar si los resultados generados por sistemas inteligentes, sin intervención humana o con intervención no relevante, deberían ser objeto de cierta protección a través del derecho de autor o determinar su posible protección dentro del derecho de propiedad u otros.

La UE dio un primer paso para su regulación, incorporando en la Propuesta de Reglamento IA de la EU un marco mínimo orientado a proporcionar una cierta seguridad jurídica a todos los sujetos implicados. No obstante, considero la regulación propuesta insuficiente y puede resultar ineficaz en la práctica ante los millones o, más bien, billones de datos, contenidos y parámetros que podría manejar una IA. China se ha anticipado y aprobado ya un conjunto de medidas más amplias sobre IA generativa.

Los datos y contenidos de los que se nutren los sistemas inteligentes generativos (*inputs*) para su diseño, desarrollo, entrenamiento y funcionamiento pueden estar protegidos legal y/o contractualmente, especialmente si se tratan de datos personales, secretos empresariales, obras protegidas por PI, invenciones protegidas por propiedad industrial, u otras, de modo que únicamente deberían ser utilizadas

por los sistemas inteligentes cuando exista expresa autorización del titular, o se halle expresamente excepcionado de la misma y, consecuentemente legitimado, en virtud de una exención o limitación prevista por el ordenamiento jurídico que resulte de aplicación en virtud de normas de Derecho internacional o nacional aplicable.

Las creaciones obtenidas como resultado de estos sistemas inteligentes generativos (*outputs*) quedarán protegidos por los marcos jurídicos vigentes reguladores de la PI cuando reúnan los requisitos para ello. Si el sistema generativo constituye una mera herramienta o medio para la creación por parte del autor humano, quedarán protegidas bajo los mismos como creación de éste (o la persona o entidad que encomendó su creación de tratarse, por ejemplo, de una obra colectiva). Sin embargo, si por las características del sistema y, supuesta autonomía, las creaciones son llevadas a cabo por el propio sistema inteligente generativo sin intervención humana o con su intervención, pero no siendo ésta significativa o no relevante para el resultado específico, las mismas no podrían ser protegidas como obra intelectual conforme a los marcos jurídicos vigentes, reguladores del derecho de autor, por no concurrir los requisitos de autoría humana y originalidad.

La posible protección a través del derecho de autor de las propias secuencias de instrucciones o *prompts* suministradas al sistema inteligente generativo por el usuario para crear el resultado (*output*) constituye una cuestión controvertida. Las ideas no son susceptibles de protección por derechos de autor. Sin embargo, si la secuencia de instrucciones evidencia un esfuerzo y complejidad cualitativa y cuantitativa que pueda determinar un resultado único y a las que se pueda asociar la autoría humana y la originalidad, considero que podrían resultar protegibles como PI, incluso como obra literaria/técnica desde su creación.

La IA generativa supone, entre otros, estos desafíos apasionantes en materia de PI, para los que el derecho vigente no puede ofrecer respuestas adecuadas, de modo que, en mi opinión, es urgente su revisión, especialmente en los aspectos analizados, junto a la regulación sustantiva de la IA. El objeto y alcance de dicha revisión debería contemplar esta nueva capacidad creadora y establecer un marco que contemple aspectos como la protección de los derechos de autor ante el uso de contenidos protegidos por el mismo para el diseño, entrenamiento y funcionamiento de sistemas inteligentes, la posible protección de creaciones artificiales en las que no exista intervención humana directa relevante o significativa para el resultado, el posible

reconocimiento de los «creadores artificiales o algorítmicos» concebidos como sistemas inteligentes o entes sin personalidad jurídica, la titularidad de derechos en los contextos de uso de estos sistemas generativos, su contenido y su ejercicio (morales y económicos), o la armonización de excepciones y limitaciones de los derechos de autor, cuanto menos para el entrenamiento de estos sistemas, que de un lado, proporcionen seguridad jurídica a todos los agentes implicados en un mercado global e internacional y, de otro, faciliten o, cuanto menos, no obstaculicen el acceso, avance y el desarrollo cultural y científico de la sociedades, que se garantice el acceso al conocimiento, la competitividad y la inversión, pero que también garanticen, protejan y promuevan la creatividad humana, el arte y la cultura, los derechos de autor, la libre creación artística, literaria, científica y técnica, y los demás derechos fundamentales.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Abbott, R. (2019). «The Artificial Inventor Project». *WIPO Magazine*. Diciembre 2019. Recuperado de: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html. Consultado el 10.07.2023.
- Andrés Izquierdo, H. (2021). «Minería de textos y de datos e inteligencia artificial: Nuevas excepciones al derecho de autor». *Themis-Revista de Derecho*. 79. Enero-junio 2021.
- Andrew, J. W. (1997). «From Video Games to Artificial Intelligence: Assigning Copyright to Works generated by increasingly sophisticated Computer Programs». *AIPLA Quarterly Journal*. Vol. 25, nº1.
- Barrio Andrés, M. (2018). *Derecho de los Robots*. Wolters Kluwer España, S.A. Madrid. (Edición Kindle).
- , (2020). *Manual de Derecho Digital*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Bellman, R. (1978). *An Introduction to Artificial Intelligence: Can Computers Think?*. Boyd & Fraser Publishing Company.
- Benjamins, R. y Salazar, I. (2020) *El mito del algoritmo*. Editorial Anaya Multimedia. Madrid.
- Bercovitz, R. (2017). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 4.^a Ed. Editorial Tecnos.
- Boden, M. A. (2009). *La mente creativa: Mitos y mecanismos*. Gedisa. Barcelona.

- Bond, T. y Blair, S. (2019). «Artificial Intelligence & copyright: Section 9 (3) or authorship without an author». *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. Vol. 14. N° 6. Oxford University Press. 2019.
- Buet, E. (2023) «Una imagen creada con inteligencia artificial gana un premio internacional de fotografía, que su creador rechaza». *El Mundo*. 18.04.2023
- Calo, R. (2016). «La robótica y las lecciones del derecho cibernético». *Revista de privacidad y derecho digital*. N.º 2.
- Camacho Clavijo, S. (2017). «La subjetividad «cyborg»». En Navas Navarro, S. (Dir.). *Inteligencia artificial, tecnología, derecho*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia
- Cerrillo i Martínez, A. y Pequera Poch, M. (Coord). (2020). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Aranzadi S.A.U. (Thomson Reuters). Navarra.
- Chaitin, G. J. (1987). «Algorithmic information theory. Cambridge Tracts in Theoretical Computer Science». *Cambridge University Press*
- Chui, M., Hazan, E., Roberts, R., Singla, A., Smaje, K., Sukharevsky, A., Lee, L. y Zemel, R. (2023). *The economic potential of generative AI. the next productivity frontier*. McKinsey & Company.
- Dans, E. (2023). «¿Con qué datos educamos a los algoritmos?». *Enrique Dans*. 9.01.2023. Recuperado de: <https://www.enriquedans.com/2023/01/con-que-datos-educamos-a-los-algoritmos.html>. Consultado el 07.09.2023
- Delcker, J. (2018). «Europe divided over robot ‘personhood’». *Politico.eu*, 11.04.2018. Recuperado de: <https://www.politico.eu/article/europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood/>. Consultado el 21.08.2023.
- Denicola, R. (2016). «Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works». *Rutgers University Law Review*. Vol. 69.
- Dermawan, A. (2023). «Text and data mining exceptions in the development of generative AI models: What the EU member states could learn from the Japanese «nonenjoyment» purposes?». *The Journal of World Intellectual Property*. 27.05.2023. <https://doi.org/10.1111/jwip.12285>
- Drexler, J.; Hilty, R.; Kim, D. y Slowinski, P.R. (2021). *Artificial Intelligence Systems as Inventors? A Position Statement of 7 September*

- 2021 in View of the Evolving Case-Law Worldwide. Max Planck Institute for Innovation & Competition. Research Paper No. 21-20.
- Díaz-Limón, J.A. (2016). «Daddy's car: La inteligencia artificial como herramienta facilitadora de derechos de autor». *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 22. Universidad Externado de Colombia. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/16571959.n22.06>.
- Elgammal, A., Bingchen, L., Elhoseiny, M., y Mazzone, M. (2017). «CAN: Creative Adversarial Networks, Generating `Art` by Learning About Styles and Deviating from Style Norms». 21.06.2017. P.1. <https://arxiv.org/abs/1706.07068>
- Encabo Vera, M.A. (2012). *Derechos de la personalidad*. Marcial Pons. Madrid.
- Ercilla García, J. (2018). «Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*. N.º 47.
- Escalante-De Mattei, S. (2023). «Judge Appears Likely to Dismiss AI Class Action Lawsuit by Artists». *Art News*. 21.07.2023. Recuperado de: <https://www.artnews.com/art-news/news/ai-class-action-lawsuit-dismissal-hearing-stabilityai-midjourney-deviantart-1234675071/>. Consultado el 07.08.2023
- Fernández Carballo-Calero, P. y Tato Plaza, A. (2021). *La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters. Navarra. Marzo 2021. Cap.IV. Versión *Proview*.
- Fernández Hernández, C. (2021). «La Oficina Europea de Patentes deniega que un sistema de Inteligencia Artificial pueda ser considerado inventor». *Diario La Ley*. Publicado el 02.12.2021. Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A. Las Rozas. Madrid.
- Fischer, S. (2023). «Exclusive: AP strikes news-sharing and tech deal with OpenAI». *Axios*. 13.07.2023. Recuperado de <https://www.axios.com/2023/07/13/ap-openai-news-sharing-tech-deal>. Consultado el 17.07.2023
- Gallego Sánchez, E. (2019). «La patentabilidad de la inteligencia artificial. La compatibilidad con otros sistemas de protección». *La Ley Mercantil*, n.º 59. Wolters Kluwer.
- García Sánchez, M. D. (2020). «Inteligencia artificial y oportunidad de creación de una personalidad electrónica». *Ius et Scientiam*:

Revista Electrónica de Derecho y Ciencia, vol. 6, n.º 2. ISSN 2444-8478. Editorial Universidad de Sevilla.

- Gervais, D.J. (2020). «The machine as author». *Iowa Law Review*, 105 Rev.2053. Disponible: <https://ilr.law.uiowa.edu/assets/Uploads/ILR-105-5-Gervais.pdf>. Consultado el 10.08.2023
- Geiger, C. y Penin, J. (Eds). (2018). «Intellectual Property and Digital Trade in the Age of Artificial Intelligence and Big data». *CEIPI-ICTSD*. Issue Number 5.
- Ginsburg, J. C. (2003). «The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law». *Depaul Law Review*. Vol. 52. N.º 3, Issue 4, Summer 2003.
- Ginsburg, J. y Treppoz, E. (2015). *International Copyright Law, U.S. and E.U. Perspectives*. Elgar. Cheltenham-Northampton.
- Guerrero, P. (2023). Los Grammys introducen reglas relacionadas a la Inteligencia Artificial. *Rolling Stone*. 20.06.2023. Recuperado de: <https://es.rollingstone.com/los-grammys-introducen-reglas-relacionadas-a-la-inteligencia-artificial/>. Consultado el 20.07.2023
- Hern, A. (2019). «New AI fake text generator may be too dangerous to release, say creators». *The Guardian*, 14.02.2019. Recuperado de: <https://www.theguardian.com/technology/2019/feb/14/elon-musk-backed-ai-writes-convincing-news-fiction>. Consultado el 23.06.2023.
- Iglesias Álvarez, I. (2023). «ChatGPT bate récords: el mayor crecimiento por usuario de la historia». *Computer World*. 03.02.2023. Recuperado de: <https://www.computerworld.es/tecnologia/chat-gpt-bate-records-el-mayor-crecimiento-por-usuario-de-la-historia>. Consultado el 07.07.2023.
- , (2023). «ChatGPT-3, un punto de desencuentro entre fieles seguidores y reaccionarios incrédulos». *Computer World*. 27.01.2023. Recuperado de: <https://www.computerworld.es/reportajes/chat-gpt3-un-punto-de-desencuentro-entre-fieles-seguidores-y-reaccionarios-incredulos>. Consultado el 02.07.2023.
- Ikeda, S. (2023). «'All Your Content Belongs to Us': Google Privacy Policy Update Suggests It Plans to Scrape Everything on the Internet to Improve AI Models». Publicado en *CPO Magazine*. 10.07.2023. Recuperado de: <https://www.cpomagazine.com/data-privacy/all-your-content-belongs-to-us-google-privacy-policy-update-suggests-it-plans-to-scrape-everything-on-the-internet-to-improve-ai-models/>. Consultado el 13.07.2023

- Jiménez, M. (2023). «La patronal de la prensa denuncia que Google «vampiriza» los contenidos de los medios con su inteligencia artificial». *Cinco Días*. 14.07.2023. Recuperado de <https://cincodias.elpais.com/companias/2023-07-14/la-patronal-de-la-prensa-denuncia-que-google-vampiriza-los-contenidos-de-los-medios-con-su-inteligencia-artificial.html>. Consultado el 17.07.2023
- Keisner, A.; Raffo, J. y Wunsch-Vincent, S. (2015). «Breakthrough technologies— Robotics, innovation and intellectual property». Economic Research. Working Paper. *WIPO*. N.º 30.
- Khalil, R. y Moustafa, A.A. (2022). «A neurocomputational model of creative processes». *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*. Vol. 137. <https://doi.org/10.1016/j.neubiorev.2022.104656>.
- Kur, A. y Dreier, T. (2013). *European Intellectual Property Law*. EE, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA.
- López de Mántaras, R. y Meseguer, P. (2017). *Inteligencia artificial*. Madrid, CSIC.
- López de Mántaras, R. (2021). «¿Pueden las máquinas ser creativas?». *La Vanguardia*. 31.05.2021. Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/ciencia/20210531/7484405/maquinas-creativas.html>. Consultado el 31.07.2023
- McCarthy, J.; Minsky, M.; Rochester, N.; Shannon, C. (1955). *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*. 31.08.1955. Recuperado de: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>. Consultado el 24.07.2023
- Martínez, C. (2018). «Expanding Patents in the Digital World: The exemple of Patents in Software», en Seuba, X.; Geiger, C. y Penin, J. (Eds). *Intellectual Property and Digital Trade in the Age of Artificial Intelligence and Big data*. CEIPI-ICTSD. Issue n.º 5.
- Martínez Rey, M.A. y Pazos Sierra, J. (2019). «La inteligencia artificial y el derecho: Pasado, presente y futuro», en Monterroso Casado, E. (Dir.), *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos. Responsabilidades y aseguramiento*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz Villarreal, A. y Gallego Corchero, V. (2019). «Inteligencia artificial e irrupción de una nueva personalidad en nuestro ordenamiento jurídico ante la imputación de responsabilidad a los robots». En Monterroso Casado, E. (Dir.). *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos. Responsabilidades y aseguramiento*. Tirant lo Blanch.

- Muñoz Vela, J.M. (2021). *Cuestiones éticas de la Inteligencia Artificial y repercusiones jurídicas. De lo dispositivo a lo imperativo*. Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Navarra.
- , (2022). «Inteligencia artificial y responsabilidad penal». *Derecho Digital e Innovación*. Núm. 11. Enero-Marzo 2022. ISSN 2659-871X, Ed. Wolters Kluwer.
- , (2022). *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica*. Editorial Aranzadi (Thomson Reuters). Navarra
- , (2022). «Inteligencia artificial y Cuestiones de propiedad intelectual e industrial». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*. ISSN 1696-0351, N°. 59. Editorial Aranzadi (Thomson Reuters).
- , (2023) «Inteligencia artificial y derecho de autor. Creaciones artificiales y su protección jurídica», en Martínez Velencoso, L.M. y Plaza Penadés, J. (Dir.) (2023), *Retos normativos del mercado único digital europeo*. Tirant Lo Blanch.
- Navas Navarro, S. (2017). «Derecho e inteligencia artificial desde el diseño. Aproximaciones», en Navas Navarro, S. (Dir.). *Inteligencia artificial, tecnología, derecho*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.
- Nicolaou, A. y Murgia, M. (2023). «Google and Universal Music negotiate deal over AI ‘deepfakes’». *Financial Times*. 8.08.2023. Recuperado de: <https://www.ft.com/content/6f022306-2f83-4da7-8066-51386e8fe63b>. Consultado el 9.08.2023
- Núñez-Torrón, A. (2022). Una obra de arte generada por IA gana un concurso de pintura y desata la ira de ilustradores y artistas: «Es la muerte del arte». *Business Insider*. 1.09.2022. Recuperado de: <https://www.businessinsider.es/obra-creada-ia-gana-concurso-pintura-muerte-arte-1117665>. Consultado el 20.07.2023
- O’Brien, M. y otros (2023). «Tech experts are starting to doubt that ChatGPT and A.I. ‘hallucinations’ will ever go away: ‘This isn’t fixable’». *Fortune*. 01.08.2023. Recuperado de: <https://fortune-com.cdn.ampproject.org/c/s/fortune.com/2023/08/01/can-ai-chatgpt-hallucinations-be-fixed-experts-doubt-altman-openai/amp/>. Consultado el 10.08.2023
- Ortego Ruiz, M. (2018). «El concepto de autor en la era de los robots». *Anuario de Propiedad Intelectual 2017*. Editorial Reus.
- Ottolia, A. (2018). *Derecho, Big Data e inteligencia artificial*. Editorial Tirant lo Blanch y G. Giappichelli Editore. Valencia-Torino. 2018

- Pallante, M. (2017), «From monkey selfies to open source: The essential interplay of creative culture, technology, copyright office practice, and the law». *Washington Journal of Law, Technology & Arts*. Vol. 12, Issue 2. Recuperado de: <http://digital.law.washington.edu/dspace-law/handle/1773.1/1703>. Consultado el 09.07.2023.
- Pérez, E. (2023). «GPT-4 acaba de volver obsoletos los exámenes tradicionales (y eso incluye los de nivel universitario)». *Yakata.com*. 15.03.2023. Recuperado de: <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/gpt-4-acaba-volver-obsoletos-examenes-tradicionales-eso-incluye-nivel-universitario>. Consultado el 20.07.2023.
- Plaza Penadés, J. (2018). «Primeras reflexiones desde el Derecho sobre la inteligencia artificial». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. N. 47, Editorial Aranzadi Thomson Reuters.
- , (2022). «El nuevo Reglamento europeo sobre ‘gobernanza de los datos’ o ‘DGA’ y la futura ‘Ley de datos’». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*. ISSN 1696-0351.Nº. 59.
- , (2023). *Propiedad intelectual y protección de sistemas de inteligencia artificial y metaversos*. Editorial Aranzadi (Thomson Reuters). Navarra
- Prieto, M. (2023). «McKinsey: ‘Ninguna industria quedará al margen del impacto de la IA generativa’». *Expansión*. 30.06.2023. Recuperado de: <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2023/06/30/649c4baee5fdeae72e8b461e.html>. Consultado el 18.07.2023
- Ramalho, A. (2017). «Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems». *Journal of Internet Law*.
- , (2018). «Ex Machina, Ex Auctore? Machines that create and how EU copyright law views them». *Wolters Kluwer*. Recuperado de: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/11/12/ex-machina-ex-auctore-machines-that-create-and-how-eu-copyright-law-views-them/>
- Ríos López, Y. (2020). «Inteligencia artificial y Patentes: ¿Hacia un ‘Inventor Artificial’?», en Cerrillo i Martínez, A. y Pequera Poch, M. (Coord). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Aranzadi S.A.U. (Thomson Reuters). Navarra.
- Robert Guillén, S. (2017). «Impresoras 3D y 4D», en Navas Navarro, S. (Dir.). *Inteligencia artificial, tecnología, derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch.

- Rosati, E. (2018). «An EU Text and Data Mining Exception for the Few: Would it Make Sense?» 13 (6) *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol.13, No.6429.
- Roth, E. (2023). «The nine biggest announcements from Google I/O 2023». *The Verge*. 10.05.2023. Recuperado de: <https://www.theverge.com/23718158/google-io-2023-biggest-announcements-ai-pixel-fold-tablet-android-14>. 26.06.2023
- Saiz, C. (2018). «Las obras creadas por Sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor». *InDret*. Barcelona.
- Samuelson, P. (1986). «Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works». *University of Pittsburgh Law Review*. N° 47.
- Sanjuán, N. (2019). «Inteligencia artificial y propiedad intelectual». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 52-2019.
- Schlackman, S. (2018). «Who owns the copyright of the Next Rembrandt?». *Art Law Review*. Recuperado de: <https://alj.orangenius.com/the-next-rembrandt-who-holds-the-copyright-in-computer-generated-art>
- Searle J. (1980). *Minds, brains, and programs*, *Behavioral and Brain Science*. 3 (3). Cambridge (UK), septiembre 1980.
- Strowel, A. y Utku, S. (2016). «The trends and current practices in the area of patentability of computer implemented inventions within the EU and the U.S.». *The European Commission*. Recuperado de: http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=41192.
- Tung, J.R. (2016). «Who Owns the Creation of an Artificial Intelligence?». *FindLaw*. 22 de agosto de 2016. Recuperado de: <https://blogs.findlaw.com/technologist/2016/08/who-owns-the-creation-of-an-artificial-intelligence.html>.
- Vincent, J. (2023). «AI art tools Stable Diffusion and Midjourney targeted with copyright lawsuit». *The Verge*. 16.01.2023. Recuperado de: <https://www.theverge.com/2023/1/16/23557098/generative-ai-art-copyright-legal-lawsuit-stable-diffusion-midjourney-deviantart>. Consultado el 2.07.2023
- Xalabarder, R. (2020). «Inteligencia artificial y Propiedad Intelectual», en Cerrillo i Martínez, A. y Pequera Poch, M. (Coord). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Aranzadi S.A.U. (Thomson Reuters). Navarra.

MOTIVOS JURÍDICOS PARA CUESTIONARNOS SI EL TESTADOR PUEDE DEJARLE TODA LA LEGÍTIMA ESTRICTA A UN DESCENDIENTE LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD¹

LEGAL REASONS TO QUESTION WHETHER THE TESTER CAN
LEAVE ALL STRICT LEGITIMATENESS TO HIS LEGITIMATE
DESCENDANT WITH A DISABILITY

Pedro Botello Hermosa

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado a Profesor Titular).
Universidad de Sevilla.

Sumario: *I. Introducción. II. Motivos jurídicos que ofrece la ley 8/2021 para interpretar la reforma sobre la legítima estricta en el sentido más amplio posible. II.A El testador «podrá disponer» de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad introducido en el artículo 808. II.B Las personas con discapacidad como nuevo colectivo al que puede protegerse con la legítima estricta tras la reforma. II.C. La implementación de la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta en contra del pensamiento doctrinal conservador.*

¹ Artículo realizado en el marco del Grupo de investigación PAIDI SEJ617 «Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado», así como en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP M^a Victoria Mayor del Hoyo y Sofía de Salas Murillo; y en la ejecución del Proyecto I+D+i «Discriminación a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica en las situaciones internacionales e interregionales (Código: PID2021-127361NB-I00). Ayudas a «PROYECTOS DE GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO» en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. IP: Natividad Goñi Urriza.

II.C.1. ¿Qué tipo de sustitución fideicomisaria de residuo puede fijarse sobre la legítima estricta? III. Motivo jurídico que existe fuera de la Ley 8/2021: En Navarra, País Vasco y Aragón los testadores pueden disponer de toda la legítima en favor de cualquiera de sus descendientes. IV. Conclusiones.

Resumen: Tras la reforma de la Ley 8/2021, la literalidad del nuevo párrafo cuarto del artículo 808 del Código civil parece facultar al testador a disponer del tercio de legítima estricta en favor del descendiente legitimario con discapacidad, al exponer que «*cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad*».

Con esta redacción casi idéntica a la facultad de disponer del testador en cuanto al tercio de mejora, podemos cuestionarnos, ¿puede entonces el testador disponer de la legítima estricta tal y como puede hacerlo de la mejora en beneficio del descendiente legitimario con discapacidad?

Al fin y al cabo, en Aragón, Navarra y el País Vasco los testadores pueden dejarle toda la legítima a cualquiera de sus descendientes sin necesidad de que tenga ninguna discapacidad reconocida, y sin el que el resto de legitimarios pueda oponerse a ello.

¿Por qué no van a poder entonces hacer lo mismo los testadores sujetos al Derecho común cuando quieran proteger con toda la legítima a sus descendientes legitimarios con discapacidad, si, tal y como veremos, existen motivos jurídicos que invitan a ello con la nueva redacción del artículo 808?

Palabras clave: Ley 8/2021. Discapacidad. Legítima. Reforma. Tangibilidad. Sustitución fideicomisaria.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores desafíos jurídicos con los que podemos encontrarnos actualmente en el campo del Derecho sucesorio, y que preocupa y afecta gravemente a nuestra sociedad, es el de la falta de libertad de testar de los españoles.

Precisamente por ello, el Ministerio de Justicia encomendó a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, a través de la orden de 4 de febrero de 2019, el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar para que se analice,

separadamente, lo que se considere favorable y adverso al régimen sucesorio de legítimas y al régimen sucesorio de libertad de testar, porque, como bien recoge el punto 3 de la orden, *«muchas son las voces que se han levantado en nuestra literatura jurídica sobre la necesidad de modificar en profundidad este sistema; incluso no han faltado las que directamente reclaman un sistema de libertad de testar absoluta, con supresión total de las legítimas. En realidad, esta polémica entre legítimas y libertad de testar no es ni mucho menos reciente, pues ya en la época inmediatamente anterior a la publicación del Código civil fue una de las cuestiones más debatidas y sobre la que había mayor disenso, como bien dejó reflejado entre los autores de esa época. Con todo, en las últimas décadas la polémica ha adquirido nuevos bríos, tanto en nuestro país como en los vecinos, precisamente al hilo de los cambios en la propia estructura familiar, al que la institución que nos ocupa está indisolublemente ligada; como consecuencia, ha sido una de las partes del Derecho sucesorio que ha sido objeto central del proceso de reforma o de «modernización» más arriba aludido, al que ahora quiere sumarse también el Código civil español».*

Y es que, como bien afirma ROCA TRÍAS², *«la legítima es una institución que permitía al hijo obtener unos beneficios en la herencia del padre en una época en que la esperanza de vida de los padres podía justificar esta situación. Era un sistema semejante a los alimentos, que venía a sustituirlos cuando cesaba el derecho a reclamarlos por la muerte del obligado a prestarlos. Por el contrario, las circunstancias sociales que afectan tanto al causante de las sucesiones, como a los beneficiarios posibles producen la incoherencia consistente en que los progenitores deban seguir prestando servicios sociales a sus hijos hasta edades más tardías, que pueden coincidir en muchos casos con la jubilación de los propios padres/causantes. El derecho de sucesiones español vive de espaldas a la realidad familiar y social y sigue incentivando unas soluciones que entorpecen la adopción de decisiones económicas racionales. (...) Por tanto, la legítima no se encuentra protegida constitucionalmente. Creo que sería constitucional eliminarla, como lo son las legislaciones vigentes que la han suprimido».*

Ante la falta de elaboración del estudio referido por parte de la Comisión, el legislador, a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021), implementó una profunda reforma en el siste-

² ROCA TRÍAS, E. «La libertad de testar: entre constitución y familia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2020, págs. 43 y 44.

ma de legítimas que, dependiendo de cómo se interprete, puede llegar incluso a permitir su supresión, eso sí, solo y exclusivamente en aras de la protección de un descendiente legitimario con discapacidad.

Pero, si la falta de libertad de testar preocupa a los españoles cuando son conscientes de que no pueden disponer en testamento libremente de sus bienes, la cosa se complica mucho más cuando el descendiente al que no se puede proteger con toda la herencia es uno con discapacidad. Y es que, tal y como puso de manifiesto el Banco Mundial en su informe publicado el 21 de marzo de 2021, las personas con discapacidad tienen más probabilidades de sufrir resultados socioeconómicos adversos que aquellas que no tienen discapacidad, y cuentan con menos oportunidades de formación, peores resultados de salud, niveles más bajos de empleo y mayores tasas de pobreza. Por tanto, estas personas necesitan que se legisle en su favor, y precisamente por ello cuentan con varias medidas especiales de protección (por ejemplo, en el ámbito laboral, o fiscal) de las personas que no tengan ninguna discapacidad reconocida.

Precisamente MARÍN CALERO³, notario, y como tal, gran conocedor de las últimas voluntades de muchos testadores, expresaba el año pasado que *«una de las medidas más constantes, la más importante de cuantas he conocido a favor de personas con discapacidad, en particular en el mismo sentido que yo me refiero a ellas en este estudio, esto es, en cuanto que hijos con discapacidad que podrían, que esperan recibir una herencia, ha sido y yo creo que sigue siendo la de o bien derogar las legítimas sucesorias —al menos, las de los descendientes— o bien atribuir solo a ese hijo toda la porción de la legítima de la herencia. Como una especie de compensación por sus propias dificultades de vida, así como por la convicción de que ese hijo necesitará de la herencia, de sus bienes, mucho más que sus hermanos. Y siempre en el bien entendido de que lo que conviene a una persona con discapacidad es disponer de una reserva de bienes con los que hacer frente a sus necesidades, un acopio mayor que el de otra persona sin su hándicap.*

(...) En tal situación (se refiere el autor a la de un hijo con discapacidad que sobrevive a los padres y que apenas tiene relación con los hermanos), los juristas profesionales —los notarios muy especialmente, entendiendo que la mejor respuesta, como digo, era dejarles todos los bienes, renegaban del «anticuado» e insensible sistema de legítimas, un sistema de otros tiempos, propio de sociedades de base económica agrícola, en su mayor parte, por lo que habría perdido su sentido en unos

³ MARÍN CALERO, C. *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2022, págs. 43 y 44.

tiempos en los que la verdadera herencia que los padres dejan a sus hijos son sus estudios, sacrificándose hasta el extremo para poder costearlos, porque con ellos podrían alcanzar una buena vida, generalmente, mejor que la de sus padres. De modo que el remanente, el que sea, debe quedar reservado para el hijo con discapacidad».

Pues bien, el objeto del presente trabajo es el estudio de una de esas medidas especiales que recae sobre el ámbito sucesorio, como es la posibilidad de que los testadores que tengan descendientes legitimarios con discapacidad puedan dejarles toda la herencia, tras la reforma que la Ley 8/2021 ha hecho del artículo 808 del C.c., en concreto de su nuevo párrafo cuarto.

Esta posibilidad, tan temida y denostada por la mayoría de la doctrina, de que un descendiente con discapacidad pudiese verse favorecido con toda la herencia del causante en perjuicio del resto de legitimarios, aunque ésta sea la voluntad del testador, es algo que ya ocurre en Aragón, País Vasco y Navarra, a favor de cualquier descendiente. Es decir, que en dichas regiones forales no se requiere que el descendiente beneficiado con toda la herencia tenga reconocida ninguna discapacidad, ni ostente la condición de legitimario, motivo por el cual, reitero, cualquier descendiente elegido por el causante puede beneficiarse con toda su herencia sin que sus legitimarios puedan oponerse a ello.

¿Tan alarmante sería entonces que en las regiones en las que rige el Derecho común, los testadores pudiesen dejarle toda la herencia exclusivamente a los descendientes con discapacidad, si existen ya más de cuatro millones de españoles (vascos, aragoneses y navarros) que pueden dejarle toda su herencia a cualquier descendiente?

Si interpretando con una visión amplia la literalidad del nuevo párrafo cuarto del 808 para permitir tal posibilidad, ¿por qué seguir oponiéndonos a ello?

II. MOTIVOS JURÍDICOS QUE OFRECE LA LEY 8/2021 PARA INTERPRETAR LA REFORMA SOBRE LA LEGÍTIMA ESTRUCTA EN EL SENTIDO MÁS AMPLIO POSIBLE

Para comprender el alcance de la reforma de la Ley 8/2021 sobre el artículo 808 del C.c., nada mejor que comparar su redacción anterior, otorgada por la Ley 41/2003, con la actual.

Con la redacción de la Ley 41/2003 se permitió, por primera vez, en nuestro Derecho sucesorio, el gravamen directo de la legítima es-

tricta en beneficio de los descendientes incapacitados judicialmente, y en perjuicio del resto de legitimarios, al otorgarse la siguiente literalidad al tercer párrafo del artículo 808 del C.c.:

«Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

Sin embargo, el legislador de 2021, queriendo dar un paso más a la hora de proteger a las personas con discapacidad, y sin importarle atacar para ello la intangibilidad de la legítima estricta, decidió suprimir la redacción dada en 2003 al artículo 808 e incluir una nueva, concretamente mediante un nuevo párrafo cuarto (antes era el tercero), el cual expresa hoy que:

«Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa».

De la simple lectura comparativa de ambas redacciones se advierten importantes diferencias entre ellas, como las siguientes:

1.^a—Con la redacción anterior se excluía expresamente a las personas con discapacidad como posibles beneficiarios de la legítima estricta a través de la sustitución fideicomisaria, limitándose su alcance únicamente a favor de las personas incapacitadas judicialmente.

En la actualidad, en cambio, ocurre justo lo contrario, es decir, ya no son las personas incapacitadas (hoy denominadas en el C.c. personas con discapacidad con curatela representativa) las que pueden protegerse con la legítima estricta por parte del testador, sino que a partir de la Ley 8/2021 son precisamente las personas con discapacidad las que pueden hacerlo, o, lo que es lo mismo, aquellas personas antes tenían prohibido beneficiarse con la legítima estricta son las que ahora pueden hacerlo: las personas con discapacidad.

2.^a —Tras la Ley 41/2003, el párrafo dedicado al gravamen de la legítima estricta en beneficio de los descendientes incapacitados solo estaba compuesto por una oración, en la que se recogía la sustitución fideicomisaria como único gravamen posible sobre la legítima estricta.

Hoy en día con la redacción otorgada por la Ley 8/2021, el mismo párrafo está compuesto por dos oraciones separadas por un punto y seguido, y mientras que en la primera oración se faculta al testador a «disponer» de la legítima estricta, en la segunda se anuncia que el gravamen supletorio, no ya principal, será el de la sustitución fideicomisaria de residuo, el cual operará siempre y cuando no haya disposición contraria del testador.

Es decir, no solo aparece ya la sustitución fideicomisaria como medio de gravamen de la legítima estricta, sino que ahora, en primer lugar, se faculta al testador a «disponer» de ella, y, solo después de otorgarle dicha facultad, aparece como segunda posibilidad la de gravar dicho tercio, salvo disposición en contrario del testador, con una sustitución fideicomisaria de residuo.

3.^a —Desde la entrada en vigor de la norma de 2003, el artículo 808 hacía referencia a la sustitución fideicomisaria sin especificar su modalidad, mientras que el artículo actual se fija una sustitución fideicomisaria de residuo que faculta al fiduciario a disponer de forma onerosa, sin ningún límite, ya que el único límite marcado por el legislador al respecto es el de disponer gratuitamente o *mortis causa*.

En definitiva, y siguiendo el orden en el que los vamos a estudiar a continuación, podemos destacar tres hechos concretos que acreditan la clara intención aperturista en la reforma de la legítima estricta en la Ley 8/2021, como son:

1.^o—Que se recoge por primera vez la facultad de disponer, sin ningún límite, de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, para proteger con ella al descendiente legitimario con discapacidad.

Es decir, se faculta al testador a «disponer» de la legítima estricta, tal y como faculta dos párrafos antes el mismo artículo a «disponer» de la mejora.

2.^o—Se aumenta de forma exponencial el número de personas a las que se puede proteger con la legítima estricta, ya que antes solo se podía beneficiar a un colectivo de personas mucho más reducido (las personas con discapacidad con curatela representativa), mientras que hoy se pueden beneficiar con ella a las personas con discapacidad⁴.

⁴ Eso sí, no basta cualquier discapacidad para poder ser beneficiado con la legítima estricta por el testador, sino que tal y como veremos solo pueden beneficiarse aquellas personas que define el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, que son las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, así como las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre,

3.º—La Ley 8/2021 implementa por primera vez en nuestro C.c. una institución que hasta entonces no se contemplaba en dicha norma, como es la sustitución fideicomisaria de residuo, la cual recae sobre la legítima estricta y faculta al fiduciario con discapacidad a disponer onerosamente de todos los bienes que la componen.

II.A. El testador «podrá disponer» de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad introducido en el artículo 808

Tal vez para disipar la desolación a la que se enfrentaban los testadores españoles cuando acudían a los notarios para hacer testamento con intención de proteger con toda su herencia a su hijo con discapacidad y se daban cuenta que no podían hacerlo, el legislador de 2021 otorgó un nuevo párrafo cuarto al artículo 808 del C.c., en cuya primera oración se faculta al testador a «disponer» de la legítima estricta tal y como puede hacerlo con la mejora, al menos literalmente.

Cuando los profesores de Derecho Civil explicamos el tercio de mejora como parte de la legítima de los descendientes, argumentamos que el testador decidirá libremente como la distribuye entre sus descendientes, sin que los legitimarios puedan oponerse a ello, ya que el artículo 808 del Código civil, dedicado a regular la legítima de los hijos y descendientes, recoge en su párrafo segundo que los progenitores *«podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes»*.

Nadie duda que el «podrán disponer» del 808, párrafo segundo, faculta a los testadores a decidir libremente cómo reparte la mejora entre sus descendientes, o, lo que es lo mismo, el testador puede decidir libremente a qué descendiente le deja todo el tercio de mejora, sin que el resto de legitimarios pueda oponerse legalmente a ello.

Pues bien, dos párrafos después, en el cuarto, el mismo artículo 808 establece en una primera oración que *«Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad»*.

¿Por qué el «podrán disponer» de la legítima estricta que ha implementado el legislador de 2021 no debe tener el mismo alcance que el «podrán disponer» de la mejora?

de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

La literalidad del 808 tras la Ley 41/2003 recogía que «*el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta*», mientras que, tras la Ley 8/2021, expone en una primera oración que «*el testador podrá disponer de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad*».

¿Qué pretende el legislador con la nueva redacción? ¿Habrá apostado por primar la protección de los descendientes con discapacidad dando un paso más en la ya innegable tangibilidad de la legítima estricta actual?

Eso sí, el referido párrafo cuarto del 808 no termina con la frase expuesta, sino que, tras un punto y seguido, existe una segunda oración en la que se recoge que:

«En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*».

Antes de centrarme en el estudio de esta segunda frase del párrafo cuarto del 808 entiendo importante resaltar que en ella el legislador impone límites a la hora de disponer de la legítima estricta mediante la sustitución fideicomisaria de residuo, ya que no permite la disposición a título gratuito ni por acto *mortis causa*, mientras que en la facultad de disponer de la legítima estricta en la primera oración no impone ningún límite. Es decir, que el legislador tuvo claro cuando fijar límites y cuando no, y precisamente, en la primera oración del párrafo cuarto no fijó ningún límite a la facultad de disponer de la legítima estricta, por lo que su intención en la primera oración del párrafo cuarto del 808 parece clara: facultar al testador a disponer sin límites de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, eso sí, exclusivamente en beneficio del descendiente legítimo con discapacidad.

Dicho esto, es casi unánime la doctrina al considerar que, con la segunda oración del párrafo cuarto del 808, se acredita que la sustitución fideicomisaria sigue siendo la única forma de gravar la legítima estricta en beneficio de un descendiente legítimo con discapacidad, por lo que descartan que el testador, en beneficio de su descendiente con discapacidad, pueda disponer de la legítima estricta tal y como puede hacer con la mejora.

¿El motivo? Según la mayoría de autores, de admitirse la posibilidad de disponer libremente al testador de la legítima estricta en beneficio del descendiente con discapacidad, se estaría permitiendo

la desheredación del resto de legitimarios sin discapacidad, lo cual atentaría contra el principio sagrado de la intangibilidad de la legítima estricta.

Personalmente no coincido con tal planteamiento por dos argumentos principalmente:

1.º—En primer lugar, el primer párrafo del artículo 813 del C.c. establece que «*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*».

¿Qué nos impide entonces entender, tras la reforma de 2021, que tener un descendiente legitimario con discapacidad es uno de los casos expresamente determinados por la ley, en concreto por el C.c., para privar al resto de legitimarios sin discapacidad de su legítima?

En mi opinión, podríamos considerar que cuando un testador apueste por favorecer con toda la legítima a un descendiente legitimario con discapacidad no estará desheredando al resto de legitimarios sin discapacidad, sino que les estará privando de su legítima estricta, y no por una conducta merecedora de ser desheredados, sino porque beneficiar al descendiente legitimario con discapacidad es una de las causas determinadas por la ley para poder hacerlo.

Por tanto, no nos encontraríamos ante una desheredación no regulada de los legitimarios sin discapacidad, sino ante un supuesto en el que la ley, en concreto el C.c., faculta al testador a dejar sin legítima a los legitimarios sin discapacidad.

De hecho, tal y como veremos en el siguiente apartado, en Aragón la legítima colectiva que permite al testador dejar toda su legítima a cualquiera de sus descendientes, coexiste con las causas de indignidad para suceder (artículo 328), y con las causas de desheredación (artículos 509 y siguientes), lo cual confirma que cuando en dicha región el testador decida favorecer a uno de los legitimarios con toda la legítima no estará desheredando al resto, sino que simplemente les estará privando de su legítima porque el Código le faculta a ello, y sin que los legitimarios que se hayan visto privados de su legítima puedan oponerse.

2.º—Además, si la verdadera voluntad del legislador fue la de continuar con la sustitución fideicomisaria como único gravamen posible sobre la legítima estricta le hubiese bastado con incluirla en la primera oración del 808 como única forma de disponer posible, con una redacción similar a la siguiente:

«Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa».

O, manteniendo una única oración en el párrafo, tal y como existía hasta entonces, podría haber quedado una literalidad similar a:

«El testador con descendientes legitimarios con discapacidad, podrá establecer una sustitución fideicomisaria ordinaria, o de residuo, sobre la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad, no pudiendo nunca el fiduciario disponer de los bienes fideicomitados ni a título gratuito ni por acto mortis causa».

En estas redacciones que acabo de proponer se seguirían incluyendo las importantes reformas introducidas con la literalidad actual (sustitución fideicomisaria de residuo como modalidad de la institución elegida por el legislador, y personas con discapacidad como posibles beneficiarios), y se disiparía cualquier duda respecto a la forma en la que el testador podría establecer de la legítima estricta para proteger al descendiente legitimario con discapacidad: mediante la sustitución fideicomisaria.

Sin embargo, lo cierto es que parece ser que esa no era la intención del legislador de 2021, ya que, a día de hoy, tal y como aparece literalmente en el párrafo cuarto del 808, al testador se le ha facultado en una primera oración a «disponer» de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad, y, en segundo lugar, y en otra oración independiente, es cuando aparece como gravamen supletorio la sustitución fideicomisaria de residuo, pero solo y exclusivamente para aquellos casos en los que el testador «*no haya dispuesto lo contrario*».

Es decir, que la sustitución fideicomisaria adquiere tras la reforma del 808 un carácter supletorio como institución elegida por el legislador para proteger a las personas con discapacidad mediante la legítima estricta, ya que antes de hablar de ella como gravamen, el legislador faculta al testador a disponer de la legítima estricta sin ningún límite para ello, para, a continuación, tras un punto y seguido, hablar de la sustitución fideicomisaria de residuo siempre y cuando no haya disposición en contrario del testador.

Por tanto, si un testador fija hoy en su testamento que dispone de la legítima estricta de sus legitimarios sin discapacidad en beneficio de uno con discapacidad, y establece que aunque conoce la possibili-

dad de que dicha disposición sea mediante sustitución fideicomisaria de residuo, él prefiere que sea en pleno dominio, tal y como hace con la mejora, podríamos decir que el testador ha usado la disposición en contrario del segundo párrafo, para acogerse a la libertad de disponer de la que se habla en el primero, y descartando con ello la sustitución fideicomisaria de residuo como forma de disponer.

En palabras de Verdera Server⁵, *«la sucesión legitimaria del Código Civil español carece de un fundamento o de un fundamento que justifiquen su existencia. Los cambios en la estructura de la sociedad y de la familia tornan inevitable que se arrumbe el actual entramado legitimario. Los cambios socioeconómicos y familiares ponen de manifiesto la obsolescencia axiológica y el anacronismo funcional de un sistema de legítimas. Las limitaciones a la facultad de disponer «mortis causa» del testador carecen, en la actualidad, de fundamento y de función que las justifique»*.

En la misma línea, Magariños Blanco⁶ reconocía recientemente que *«En los últimos años se ha ido creando una corriente doctrinal favorable a la libertad. Sobre todo, entre los juristas que tienen que resolver los problemas reales. De manera especial los Notarios, ante los cuales se otorgan la práctica totalidad de los testamentos. Una gran mayoría ha puesto de relieve la falta de fundamento de la restricción legitimaria»*.

Dicho esto, no podemos obviar que, como bien apunta Ripoll Soler⁷, *«un testamento que siempre tiene un carácter especial o una nota diferenciadora es el de los padres de un discapaz. Muchas veces son los padres los que tienen la preocupación de que no falten recursos al hijo cuando ellos no estén y ya no puedan velar por él; [...]el Notario advertía desolado la decepción de esos padres y hermanos cuando se les informaba sobre las limitaciones legitimarias»*.

En definitiva, parece evidente que una interpretación amplia del párrafo cuarto nos lleva a defender que en la actualidad los testadores con descendientes con discapacidad podrían disponer en su favor de la legítima estricta, ya que, si nos detenemos a pensar, ¿qué sentido tiene que hoy en día se siga prohibiendo a unos progenitores dejarle toda su herencia a un hijo con discapacidad cuando esa su voluntad?

⁵ VERDERA SERVER, R. *Contra la legítima*. Fundación Notariado, Madrid, 2022, pág. 443.

⁶ MAGARIÑOS BLANCO, V. MAGARIÑOS BLANCO, V. *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*. Editorial Dykinson, Madrid, 2022, pág. 19.

⁷ RIPOLL SOLER, A. La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C.C.: Fideicomiso de Residuo. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 2005, pág. 823.

Además, aunque a este punto dedicaremos el último epígrafe del presente trabajo, no debemos olvidar que los navarros, vascos y aragoneses, disponen de toda su legítima como los sujetos al Derecho común disponemos del tercio de mejora, es decir, que pueden dejarle toda su herencia a cualquiera de sus descendientes, sin que el resto pueda oponerse a ello. ¿Por qué no permitir, en base a la nueva redacción del 808, que puedan hacer lo mismo los testadores sujetos al Derecho común, sólo y exclusivamente cuando tengan un descendiente legitimario con discapacidad al que quieran beneficiar con toda la herencia?

II.B. Las personas con discapacidad como nuevo colectivo al que puede protegerse con la legítima estricta tras la reforma

Aunque la Ley 41/2003 lleva por título el de protección patrimonial de las personas con discapacidad, por paradójico que pueda resultar, lo cierto es que las personas con discapacidad no podían beneficiarse de una de sus medidas más importantes dentro del ámbito del Derecho sucesorio, como era la sustitución fideicomisaria que podía establecerse en su favor sobre el tercio de legítima estricta, ya que dicho mecanismo de protección sucesorio solo podía constituirse en favor de las personas incapacitadas judicialmente, quedando excluidas literalmente en la norma de tal posibilidad las personas con discapacidad.

En este sentido recogía Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, apartado VII, letra b), que:

«Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso, a diferencia de otros regulados en la ley, como se aclara a través de una nueva disposición adicional del Código Civil, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado, y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el artículo 2.2 de la ley».

Es decir, que las personas con discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, que son las que aparecen el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, no podían beneficiarse de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, porque así lo impedía específicamente la propia norma.

Sin embargo, el legislador de 2021, no conforme con ello, pasa a proteger con la reforma precisamente a estas mismas personas con

discapacidad que hasta entonces excluía el C.c., dejando claro en la actualidad la Disposición Adicional Cuarta del C.c., que la discapacidad del artículo 808 que da derecho a beneficiarse de la legítima estricta comprende:

1.º—A aquellas personas que define el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, que son las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65% (es decir, que las personas que excluía literalmente la norma de 2003 son las que pueden beneficiarse de la legítima estricta tras la Ley 8/2021).

2.º—A las personas que están en situación de dependencia de grado II o III⁸ de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

¿Cuál puede ser el motivo por el que las personas con discapacidad, vetadas por la Ley 41/2003 a la hora de poder ser protegidas por el testador mediante la legítima estricta, han pasado a ser las nuevas beneficiarias tras la Ley 8/2021?

Puede pensar el lector que la sustitución terminológica de personas incapacitadas por persona con discapacidad como posibles beneficiarios de la legítima estricta fue obligatoria, porque la reforma de la ley 8/2021 sustituyó precisamente el término de incapacitado por el de persona con discapacidad en el nuevo procedimiento de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Sin embargo, lo cierto es que, tras la reforma, las antiguas personas incapacitadas a las que un juez les nombraba un tutor para que les representase en ciertos ámbitos de su vida siguen existiendo en el C.c., aunque con una nueva nomenclatura: personas con discapacidad con curatela representativa.

Así, aunque con carácter excepcional dado que la ley 8/2021 pretende acabar con la representación en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, siguen existiendo personas a las que se

⁸ b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

les nombra un tercero, curador, para que les represente en ciertos ámbitos de su vida, ya que recoge el artículo 269 del C.c. que «*Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad*».

De hecho, el artículo 1732 del C.c. dedicado a regular los modos en los que se acaba el mandato, antes de la ley 8/2021 contemplaba como uno de ellos el de «*la incapacitación sobrevenida del mandante*», y tras la reforma se refiere a este supuesto de la siguiente forma: «*Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*».

Por tanto, respecto al mandato, el legislador de 2021 equiparó la persona incapacitada judicialmente con la persona con curatela representativa, así que, ¿por qué no hizo lo mismo en el 808 a la hora de determinar los posibles beneficiarios de la legítima estricta?

Es decir, ¿por qué no mantuvo una línea continuista y restrictiva, excluyendo a las personas con discapacidad como posibles beneficiarios de la legítima estricta, y manteniendo como únicos beneficiarios de tal protección sucesoria a las personas con discapacidad con curatela representativa?

¿Acaso no era consciente el legislador de que con la nueva redacción del artículo 808 tras las Ley 8/2021 existen en la actualidad muchos más legitimarios sin discapacidad que pueden verse privados de su legítima estricta, ya que hay muchas más personas con discapacidad que personas con discapacidad con curatela representativa?

La única respuesta posible a dichos interrogantes es que la intención del legislador actual es cumplir con lo que demanda la sociedad del siglo xxi, que es poder disfrutar de una mayor libertad de testar cuando se tiene descendientes con discapacidad a los que se quiere proteger lo máximo posible.

II.C. La implementación de la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta en contra del pensamiento doctrinal conservador

La doctrina conservadora que sigue defendiendo la intangibilidad de la legítima estricta nunca admitiría la posible libertad de testar cuando el testador tenga descendientes legitimarios con discapaci-

dad, porque tal posibilidad implicaría que los legitimarios sin discapacidad se viesen privados de su legítima estricta.

Sin embargo, en mi opinión ya no cabe duda alguna de que tras la Ley 8/2021 los legitimarios sin discapacidad pueden llegar a verse privados de su legítima estricta, y todo ello con independencia de que compartan o no que la facultad de disponer del 808 párrafo cuarto le faculte al testador a dejarle toda la legítima estricta al descendiente con discapacidad.

Me explico. Desde 2021, como mínimo, el testador puede establecer en su testamento una sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta en favor de su descendiente legítimo con discapacidad, lo cual supone que lo puede convertir en fiduciario de residuo sobre dicho tercio, pudiendo éste por tanto disponer onerosamente de todos los bienes que componen la legítima estricta, y todo ello porque al fiduciario de residuo en el 808 se le impide disponer de la legítima estricta de forma gratuita y *mortis causa*, pero no se le impide hacerlo de forma onerosa *inter vivos*.

En palabras de Marín Calero⁹, *«por otro lado, y quizá es el asunto principal, la reforma actual transforma radicalmente el régimen de tal sustitución fideicomisaria, que de no tener adjetivos pasa a ser «de residuo» (una categoría no legal, sino doctrinal, y como he dicho al tratar del testamento otorgado «en nombre de» la propia persona con discapacidad es una figura muy controvertida en sus perfiles técnicos), de modo que el fiduciario podría gastar o consumir incluso los bienes que sus hermanos hayan recibido en pago de su legítima estricta, quienes no tienen asegurado que recibirán alguna vez su derecho; por lo tanto, algo muchísimo más gravoso que lo dispuesto en el régimen anterior, en el que solo había una dilación en el tiempo, pero los demás hijos tenían asegurado recibir su parte, en algún momento. El nuevo límite está en que —salvo disposición en contrario del testador— el fiduciario no tendrá permitidas las disposiciones gratuitas y las mortis causa (como por otro lado es lo usual en la sustitución de residuo)».*

Mientras que Domínguez Luelmo¹⁰ afirmó que *«dando una vuelta más de tuerca, se podría posibilitar claramente la atribución a los hijos discapacitados de la legítima estricta de los demás hijos y descendientes. Y en tales casos, salvo disposición en contra del testador, lo recibido por el hijo beneficiado quedaría gravado con una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta.*

⁹ MARÍN CALERO, C. «La herencia...», cit. pág. 187.

¹⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, Prólogo. *Las legítimas en los Derechos autonómicos y su reforma en el C.c.*, A Coruña: Andavira, 2020, págs. 12 y 13.

Cabría discutir si se permite o no, y en qué medida, al hijo discapacitado disponer de tales bienes, pero lo cierto es que un interés considerado como más digno de protección posibilita lisa y llanamente que el testador pueda llegar a privar de su legítima a los demás hijos».

Para Vivas Tesón¹¹, la reforma del artículo 808 llevada a cabo por la Ley 41/2003 ya introducía un supuesto de tangibilidad de la legítima al concedérsele al testador la facultad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de un descendiente incapacitado judicialmente.

Sin embargo, el legislador de la Ley 41/2003¹², aunque introdujo la posibilidad de que se gravase toda la legítima estricta mediante una sustitución fideicomisaria en favor de los descendientes incapacitados judicialmente, no especificó en la redacción del 808 si dicha sustitución fideicomisaria podía ser ordinaria (que impide al fiduciario disponer de los bienes fideicomitidos) o de residuo (que sí faculta al fiduciario a disponer de ellos).

Pues bien, a partir de entonces la opinión de la inmensa mayoría de la doctrina fue siempre la misma: la sustitución fideicomisaria implementada por la Ley 41/2003 no podía ser nunca de residuo, ya que de admitirse tal posibilidad los fiduciarios podrían disponer de la legítima estricta y, por ende, podría implicar que el resto de legitimarios se viesan privados de su legítima estricta, lo cual atentaba contra el principio histórico de la intangibilidad de la legítima estricta.

Así, por ejemplo, en palabras de Albaladejo¹³ *«la sustitución fideicomisaria de que se trata es una sustitución fideicomisaria normal, no con facultad de disponer, ni tampoco fideicomisaria de residuo, las que el testador no podría establecer, aunque quisiera.*

Sin embargo, hay quien opina que el testador puede dispensar al incapacitado fiduciario del deber de conservar, disponiendo incluso un fideicomiso de residuo.

Opinión claramente errónea (...). Permitir esto sería tanto como que directa o eventualmente pudiese el testador dejar al incapacitado la par-

¹¹ VIVAS TESÓN, I. *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión Jurídica, 2010, pág. 168.

¹² Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

¹³ ALBALADEJO GARCÍA, M. «El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 2005, pág. 43.

te libre, la mejora entera y también la legítima entera, privando de ésta a todos los demás legitimarios que no fuesen el incapacitado».

Por su parte, Rivas Martínez¹⁴ manifestó que *«ante el silencio del Código, en principio, puede pensarse que no lo limita y que es admisible poder aplicar la figura del fideicomiso de residuo al supuesto que la ley regula, todo ello al amparo del principio de libertad de la voluntad del testador.*

Aceptando este punto de partida, inmediatamente nos asalta la duda de si el fideicomiso de residuo en cualquiera de sus modalidades (si aliquid supererit, o de eo quod supererit) es la figura adecuada para resolver los intereses en juego, en una situación como la recogida en el art. 808.3.

Una de las finalidades de la norma es, efectivamente, favorecer al discapacitado declarado judicialmente incapacitado, pero no es menos cierto que el mismo precepto no quiere ir más allá de lo que sea lógico y equitativamente razonable y ello porque de admitirse que el testador pueda acogerse a esta figura en la que el fiduciario pudiera enajenar, no sólo en los supuestos excepcionales, sino en los términos más o menos amplios que se pueden alcanzar en el fideicomiso de residuo, de hecho se llegaría (o se podría llegar) a que los fideicomisarios-colegitimarios quedarían reducidos a meros receptores del residuo lo que implicaría un agravamiento en la legítima de los no incapacitados. (...) Así, tratándose el fideicomiso del artículo 808.3 de un supuesto excepcional parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria.

En esta línea restrictiva, a la que me adhiero, se manifiesta, además, el resto de la doctrina que ha estudiado esta cuestión inclinándose por la no admisión del fideicomiso de residuo y por sólo aceptar la sustitución pura o fideicomiso ordinario».

En mi opinión, el legislador de 2021 ha querido disipar cualquier duda al respecto quitándole la razón a los argumentos esgrimidos por la corriente doctrinal conservadora, e implementando literalmente en el contenido del 808 que la sustitución fideicomisaria que puede establecerse en la legítima estricta es de residuo, con idea de que nadie dude ya de ello, o, lo que es lo mismo, entiendo que la intención del legislador actual ha sido apostar por la protección sucesoria de las personas con discapacidad a través de la innegable tangibilidad de la

¹⁴ RIVAS MARTÍNEZ, J. J. *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Madrid, Dykinson, 2009, pág. 1483.

legítima estricta de que la que hoy disfrutaban los testadores con descendientes legitimarios con discapacidad.

II.C.1. ¿Qué tipo de sustitución fideicomisaria de residuo puede fijarse sobre la legítima estricta?

Una vez confirmado que la redacción actual del 808 permite la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta, toca cuestionarse: ¿qué tipos de sustituciones de residuo existen?

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵ la sustitución fideicomisaria de residuo puede ser de dos tipos:

1.º—Las sustituciones fideicomisarias de residuo *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), en las que el fiduciario contará con facultades de disposición *inter vivos* sobre ciertos bienes fideicomitidos, pero no sobre todos, ya que la intención del testador es que una vez llegado el término o cumplida la condición, ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario.

Dicho de otra forma, el fiduciario en esta modalidad no podrá disponer libremente de toda la herencia fideicomitida y el fideicomisario debe heredar aquello que debe quedar según el testador.

2.º—Las sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit* (si queda algo), en las que el testador faculta al fiduciario a disponer *inter vivos* de todos los bienes fideicomitidos onerosamente, por lo que el fiduciario podrá disponer absolutamente de toda la herencia fideicomitida, y el fideicomisario solo heredará lo que quede o reste de la herencia al fallecimiento del fiduciario.

Incluso, dentro de la modalidad *si aliquid supererit* se permite que el fiduciario pueda disponer de los bienes de forma gratuita, si bien para ello lo ha debido reflejar así expresamente el testador en el testamento.

¹⁵ Así lo refleja, entre otras, la Sentencia de 25 de mayo de 1.971, mediante la cual el alto tribunal confirma que «en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo, depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades: Primera. En el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste (si aliquid supererit), si queda algo; y Segunda. En la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél (de eo quod supererit), de aquello que debe quedar».

Eso sí, junto a las dos modalidades de sustitución fideicomisaria de residuo hay que destacar la posibilidad de que el testador faculte al fiduciario a disponer de todos los bienes fideicomitidos sin ningún límite, es decir, que pueda disponer tanto *inter vivos* como *mortis causa*, en cuyo caso no nos encontraremos ante una sustitución fideicomisaria de residuo como tal, sino ante una institución diferente: la sustitución preventiva de residuo.

Así se desprende del contenido de la sentencia de 2 de septiembre de 1987 del Tribunal Supremo, que estableció con claridad, la diferencia entre la sustitución fideicomisaria *si aliquid supererit* y la sustitución preventiva de residuo, al fijar que «*nos encontramos ante un fideicomiso de residuo cuando el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional, para después de su muerte, facultándole no obstante para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos inter vivos, con la obligación de hacer tránsito fideicomisario de los que no hubiere dispuesto. En ningún momento se puede hablar en este caso de una sustitución preventiva de residuo, pues para ello hubiera sido preciso la autorización expresa del testador para disponer por actos mortis causa*».

Más recientemente, nuestro Alto Tribunal vuelve a reconocer en su de 12 de febrero de 2002, que «*en el fideicomiso (rectius sustitución fideicomisaria: se nombra un heredero, fiduciario, en primer lugar y cuando venza un término o se cumpla una condición que normalmente es su muerte, un segundo heredero, fideicomisario) en el que el fiduciario tiene poder de disposición inter vivos (si incluye también la disposición mortis causa se trataría de una sustitución preventiva de residuo) del patrimonio hereditario*».

En la misma línea, la sentencia del Tribunal superior de justicia de Cataluña de 25 de mayo de 2009 expuso que «*las diferencias entre el fideicomiso de residuo (arts. 210 a 215 CDCC) y la sustitución preventiva de residuo (art. 216 CDCC) se encuentran en que: a) mientras el fideicomiso de residuo, el heredero fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitidos inter vivos y a título oneroso sin ninguna limitación (si quid supererit), b) en la sustitución preventiva de residuo el heredero adquiere la herencia sin ningún tipo de gravamen y la delación a favor del sustituto opera si quedan bienes de los que no haya dispuesto bien sea inter vivos o mortis causa; amplitud de facultades que alcanzan las transmisiones mortis causa que no se contemplan en los fideicomisos de residuo...*».

Además, en Cataluña se diferencian literalmente ambas instituciones en la sección sexta del capítulo VI, del Libro IV del C.c. de Cataluña relativo a las sucesiones, sección titulada «*El fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo*».

Una vez explicado los tipos de sustituciones fideicomisarias de residuo, y sus diferencias con la sustitución preventiva de residuo, toca preguntarse: ¿qué modalidad podrá establecer el testador sobre la legítima estricta en base a la literalidad del 808 para proteger al descendiente legitimario con discapacidad?

En mi opinión, y siendo coherente con el argumento del punto anterior en el que defendía que el testador podía disponer de la legítima estricta incluso de la misma forma que de la mejora, quien puede lo más puede lo menos, así que considero que el testador podrá establecer cualquier tipo de institución, y, por ello, podrá fijar tanto una sustitución fideicomisaria ordinaria, como la de residuo en cualquiera de sus dos modalidades, o, incluso, fijar una sustitución preventiva de residuo, ya que el legislador se ha encargado de dejar claro con la literalidad del 808 que, por defecto, rige la sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* sin límites a la hora de disponer el fiduciario de forma onerosa, si bien, esto será así siempre y cuando no haya una «*disposición contraria del testador*».

Pero, ¿qué puede disponer en contrario el testador?

Precisamente el artículo 783 del C.c., donde se regula la validez de la sustitución fideicomisaria, establece su segundo párrafo que «*El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*».

En este caso, la disposición en contrario del testador implica que se acaba permitiendo lo que en principio prohíbe el artículo, ya que dice que no podrá el fiduciario disponer de los bienes, salvo disposición en contrario del testador, y sabemos que si el testador hace una disposición en contrario apostando por la institución de residuo sí podrá entonces el fiduciario disponer de los bienes.

Extrapolándolo al 808 actual podemos entender que el gravamen de la legítima estricta será mediante la sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* limitada a no disponer ni de forma gratuita ni *mortis causa*, salvo disposición en contrario del testador en la que precisamente permita eso que por defecto se prohíbe, tal y como ocurre con el artículo 783 del C.c., o, dicho de otra forma, con la disposi-

ción en contrario el testador puede facultar al fiduciario a disponer de forma gratuita e incluso *mortis causa*.

Dicho esto, no cabe duda que siempre que el testador no haya fijado cómo quiere disponer de la legítima estricta en beneficio del legitimario con discapacidad, la modalidad de la sustitución fideicomisaria que rige por defecto es la de *si aliquid supererit* que faculta al fiduciario a disponer onerosamente de todos los bienes (pero no gratuitamente ni *mortis causa* porque para eso se necesita disposición expresa del testador en tal sentido), pudiendo incluso dejar sin legítima estricta al resto de legitimarios sin discapacidad.

Así lo interpretan algunos autores, como Cabezuelo Arenas¹⁶, cuando expone que «*La primera consiste en constituir un fideicomiso de residuo si aliquid supererit. Esto implicaría que los hijos fideicomisarios expuestos quedasen a no recibir nada, pues ninguna obligación se impone al fiduciario de conservar para ellos un resto o sobrante si hiciera uso de sus facultades dispositivas*».

Por su parte, Martín Santisteban¹⁷ considera que «*En la actualidad, la posibilidad de constituir un fideicomiso de residuo queda confirmada por la nueva redacción del artículo 808CC., que además atribuye a dicho fideicomiso, en su modalidad si aliquid supererit (si queda algo), el carácter de institución por defecto cuando el testador no haya dispuesto otra cosa*», para afirmar en otra parte de su trabajo que «*en aquellos casos en que el testador quiera proteger a un legitimario que se encuentra en una situación de discapacidad, instituyéndolo heredero de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad, pero sin disponer nada de forma expresa, se entenderá que ha instituido un fideicomiso de residuo que faculta al fiduciario a disponer de todos los bienes que gravan la legítima, inter vivos y a título oneroso, y sin necesidad de que se dé situación de necesidad alguna por parte del fiduciario*».

O, en la misma línea Platero Alarcón¹⁸, quien considera que «*En este sentido, de la lectura del precepto analizado, no se desprenden límites objetivos a la capacidad del derecho de disposición de los actos inter vivos que puede realizar el citado fiduciario, siempre que sean de carácter oneroso, claro está, pero aún así, existen expertos en la materia*

¹⁶ CABEZUELO ARENAS, A. «El fideicomiso de residuo del art. 808.IV CC: Cambio de condiciones subjetivas del fiduciario». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2021, pág. 6.

¹⁷ MARTÍN SANTISTEBAN, S. Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 57, 2022, pág. 8 y pág. 147.

¹⁸ PLATERO ALARCÓN, A. *Estudios sobre la sucesión hereditaria. Fundamentos doctrinales y jurisprudenciales*. Dykinson, 2023, págs. 162 y 163.

sucesoria que consideran que el mismo, solo deberá disponer onerosamente de los mismos en causa de urgente necesidad, ya que, si dispusiera libremente de estos, estaría privando en la práctica de la totalidad de la legítima estricta del resto de sujetos con derecho a la misma. Sin embargo, no parece lógico imponer al fiduciario una serie de límites que el legislador no ha querido ponerles, porque entre otras cosas, será también el propio testador el que podrá establecer otra modalidad de fideicomiso de residuo si lo desea de forma expresa, destruyendo la presunción iuris tantum mencionada con anterioridad».

Dicho esto, no podemos obviar que parte de la doctrina más conservadora argumenta que con la redacción actual del 808 impera la subrogación real en la sustitución fideicomisaria de residuo, lo que supone que el fiduciario con discapacidad, tras disponer onerosamente de los bienes que componen la legítima estricta, deberá conservar la contraprestación económica obtenida con estas disposiciones para los legitimarios sin discapacidad, y lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha pronunciado tanto a favor¹⁹ como en contra²⁰ de la subrogación real de lo obtenido con la disposición onerosa de los bienes

¹⁹ En su sentencia de 30 de octubre de 2012, nuestro Alto Tribunal establece que la obligación de conservar no desaparece en el fideicomiso de residuo, cuando expresa que: «(...) aunque el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, ya a título gratuito, o bien mortis causa, no por ello deja de tener sentido conceptual la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios en orden al heredero fideicomisario (...) De lo afirmado se infiere que el mecanismo de la subrogación real respecto del correspondiente de la disposición realizada debe operar con normalidad en el fideicomiso de residuo, inclusive en su modalidad si aliquid superit (si algo queda), cuando el testador haya limitado la facultad de disposición a los actos onerosos, es decir, los realizados a cambio de una contraprestación económica, de suerte que la subrogación real permite la finalidad conservativa del fideicomiso, siempre acorde con la voluntad querida por el testador».

²⁰ También hay alguna sentencia del Tribunal Supremo contraria a la aplicación del principio de subrogación real, como la sentencia de 22 de junio 2010 que establece que «En la naturaleza del fideicomiso de residuo instituido en la modalidad si aliquid supererit no está comprendido el principio de subrogación real, máxime dadas las amplísimas facultades del fiduciario, sin que conste en éste la voluntad de perjudicar a su hermanastro (fideicomisario) ni ánimo defraudatorio de la voluntad del testador (fundamento de derecho duodécimo)».

O, en la misma línea, la de 7 de noviembre de 2008, donde establece el Supremo que el testador «estableció el fideicomiso de residuo a favor de las personas que indicaba (hermanos y sobrinos del causante), advirtiendo expresamente que todos sus hermanos y sobrinos nombrados o quienes los sustituyan, serán considerados como herederos sustitutos fideicomisarios de residuo «si supererit», sin coartar ni impedir en lo más mínimo la libre disposición por actos inter vivos a título oneroso de los bienes heredados; lo que evidencia que la intención del testador era excluir cualquier modalidad de subrogación real».

fideicomitidos, siendo la sentencia más reciente la que apuesta favorablemente por la subrogación real.

Pero llegados a este punto cabe cuestionarse, ¿qué sentido tendría entonces la reforma de la Ley 8/2021, si el fiduciario con discapacidad no pudiese disfrutar de la contraprestación económica obtenida con las disposiciones?

Es más, de ser esa la verdadera intención del legislador pudo reflejarlo así literalmente, tal y como lo hace el C.c. Catalán cuando en su artículo 426-56 expresa que en la sustitución fideicomisaria de residuo rige el principio de subrogación real, salvo los casos en que la ley establece otra cosa o en que el fideicomitente o los fideicomisarios autorizan que los bienes o el dinero obtenidos se excluyan del fideicomiso.

También podría el legislador de 2021 haber apostado por la sustitución fideicomisaria ordinaria en vez de la de residuo, o, incluso, podría haber recogido la redacción del 808 que el fiduciario no podrá disponer ni gratuitamente, ni *mortis causa*, y que la disposición onerosa solo se admitirá, por ejemplo, cuando la persona con discapacidad lo necesite, tal y como hace el artículo 822 en su párrafo segundo, cuando faculta al derecho de habitación por ministerio de la ley sobre la vivienda habitual en la que convivía con el causante, pero solo cuando el legitimario con discapacidad lo necesite.

Sin embargo, eso no ha sido así, ya que de la literalidad del 808 se desprende claramente que a la hora de disponer onerosamente el fiduciario puede hacerlo sin ningún límite, por lo que, en mi opinión, no debe imperar la subrogación real en lo obtenido con la transmisión, ya que de ser así podríamos encontrarnos con el sin sentido de que el fiduciario con discapacidad disponga de los bienes porque necesita afrontar gastos propios y necesarios de su vida, pero sin embargo no pueda usar el dinero obtenido con ello, ya que al imperar la subrogación real, lo obtenido con la disposición debe ir a parar a los legitimarios sin discapacidad.

Repito, ¿para qué habría servido entonces la reforma de 2021?

Dicho lo anterior, se aplique o no la subrogación real cuando el fiduciario disponga onerosamente de los bienes, lo importante es que con la redacción actual del 808 se faculta al testador a que «disponga lo contrario», motivo por el cual, bajo mi punto de vista, el testador podrá exigir expresamente en el testamento no solo que no se aplique la subrogación real, sino incluso puede establecer una sustitución preventiva de residuo, o, siendo coherente con el contenido del traba-

jo, puede disponer libremente de la legítima estricta tal y como puede hacer con la mejora, ya que a la disposición en contrario que admite el 808 no se le ha fijado límites.

Por tanto, la doctrina conservadora no puede seguir defendiendo sus argumentos en base a la imposibilidad de que el resto de legitimarios sin discapacidad se vean privados de su legítima estricta, porque esa es una posibilidad legal contemplada en el nuevo contenido del artículo 808, bastándole al testador para ello con expresar una disposición en contrario mostrando su voluntad.

En definitiva, el fin de la intangibilidad de la legítima estricta es ya una realidad en nuestro Derecho común, en aquellos casos en los que los testadores tengan un descendiente legítimo con discapacidad.

III. MOTIVO JURÍDICO QUE EXISTE FUERA DE LA LEY 8/2021: EN NAVARRA, PAÍS VASCO Y ARAGÓN LOS TESTADORES PUEDEN DISPONER DE TODA LA LEGÍTIMA EN FAVOR DE CUALQUIERA DE SUS DESCENDIENTES

Junto a los motivos jurídicos que se desprenden de la Ley 8/2021 para pensar que en la actualidad los testadores con descendientes con discapacidad podrán dejarles a éstos toda la legítima estricta, hay otro que nada tiene que ver con la referida norma, pero que también es de suma importancia.

Me refiero al hecho de que en España existen más de cuatro millones de personas que pueden dejarle toda su legítima a cualquiera de los descendientes, sin necesidad de que el beneficiado tenga reconocida ninguna discapacidad, ni de que ostente la condición de legitimario. Disfrutan de tal posibilidad los testadores españoles en Navarra²¹, Aragón²² y el País Vasco²³.

¿Y qué pueden hacer en dichas regiones los legitimarios que se vean privados de su legítima por ser esta la voluntad del testador? Nada, no pueden hacer nada, ya que tal posibilidad queda contemplada en las diferentes normas regionales.

²¹ Donde hay censadas 661.537 personas según el INE. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2884.px>

²² Están censadas 1.326.261 personas, según el INE. <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=02002.px>

²³ Son 2.213.993 las personas censadas en el País Vasco según el INE. <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=02002.px>

Es decir, que, en dichas regiones forales, los testadores disponen de toda su legítima con la misma libertad que en las regiones sujetas al Derecho común los testadores pueden disponer de su legítima de mejora, y aunque en ellas todos los descendientes son conscientes de que en el futuro pueden quedarse sin herencia cuando así lo decida el testador, parece que lo acatan con naturalidad, porque las familias siguen existiendo.

¿Tan dramático sería entonces para las familias sujetas al Derecho común, que toda la herencia del causante vaya a parar a uno de sus descendientes legitimario con discapacidad cuando esa fuese su última voluntad, si en Aragón, Navarra y País Vasco esto puede hacerse incluso en beneficio de un descendiente que no sea legitimario ni tenga reconocida ninguna discapacidad?

Coincido plenamente con Magariños Blanco²⁴ cuando cuenta que *«Es útil conocer la diversidad de sistemas legitimarios existentes en los distintos territorios de España. La legislación de las regiones forales, hoy convertidas en Comunidades Autónomas, con órgano legislativo propio, nos ofrece un marco variado de soluciones, todas ellas más acordes con la realidad social actual. Frente a la dejación del legislador estatal que, a salvo las pequeñas correcciones antes referidas, se ha mantenido de espaldas a las exigencias de la realidad; que es muy distinta a la existente hace más de un siglo, cuando se publicó el Código civil español. Dejación de la que tiene su tanto de culpa una parte de la doctrina civilista que trató con un fervor reverencial la legítima, a la que denomina el núcleo duro del Derecho de sucesiones. Aunque cada vez sean más los juristas que abogan por un sistema de libertad; lo que supone, como veremos, un avance o aproximación a la justicia».*

Centrándonos en la legítima colectiva de Aragón, debemos saber que la ordenación sucesoria aragonesa se contiene en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que derogó, entre otras normas, la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.

En el Preámbulo del Código se recoge que *«la legítima, como límite de la libertad de disponer de que gozan los aragoneses, sigue siendo legítima colectiva a favor de los descendientes, no hay más legitimarios que ellos, y el causante puede con la misma normalidad tanto dejar los bienes a uno solo de ellos (obviamente, también al nieto viviendo el*

²⁴ MAGARIÑOS BLANCO, V. *Op. cit.*, pág. 101.

hijo) como distribuirlos en forma tendencialmente igualitaria, todo ello según su criterio».

Al igual que ocurre en el Derecho común²⁵, en Aragón los hijos son legitimarios de grado preferente antes que los nietos, ya que como expone el 488 en su primer párrafo «*Son legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus stirpes de descendientes*».

Sin embargo, dicha preferencia solo rige para las sucesiones intestadas, ya que en las testadas el testador no tiene ningún límite a la hora de elegir a cuál de sus descendientes puede beneficiar con toda la legítima (la cual asciende a la mitad de la herencia y no se divide entre legítima estricta y legítima de mejora), o, dicho de otra forma, el testador puede elegir a cualquiera de sus descendientes para que herede toda la legítima (puede elegir a su nieto aunque su hijo viva), ya que el artículo 486, que lleva por título el de «Legítima colectiva», expone que:

«1. La mitad del caudal fijado conforme al artículo 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios.

2. Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal».

En definitiva, los testadores aragoneses pueden hacer con toda su legítima lo mismo que pueden hacer con el tercio de mejora los testadores sujetos al Derecho común, ya que dicho tercio puede dejarse a cualquiera de sus descendientes sin necesidad para ello de que sea legitimario.

Por su parte, en el País Vasco hemos de resaltar que la sucesión forzosa se encuentra regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, norma de carácter uniformizador, ya que la ley anterior, Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, mantenía sensibles diferencias en los criterios sucesorios de los

²⁵ Concretamente el 932 del C.c. recoge que «*Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales*», mientras que el 933 recoge que «*Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales*».

territorios de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa, y en concreto en el ámbito sucesorio que es el que nos interesa en este trabajo.

Así se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, cuando expone: *«En cuanto a la sucesión forzosa, hay grandes divergencias en nuestro Derecho histórico que convendría reducir en todo lo posible. El Fuero de Ayala mantiene la total libertad de testar que, dado el arraigo que esta libertad tiene en esa zona, se cree prudente mantener. (...)»*.

El texto quiere establecer una legítima única de un tercio del patrimonio, para todo el País Vasco. Se estima que esta decisión es muy importante y contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlos a otras legislaciones europeas.

La única salvedad es la que, una vez más, opera en el valle de Ayala, a fin de respetar su libertad absoluta de testar al otorgar testamento».

Precisamente por ello, la norma prevé una importante serie de reglas aplicables a todo el territorio, ya que tal y como recoge en su artículo 8 *«La presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto»*.

La legítima que afecta a todo el País Vasco (menos al valle de Ayala, formado por menos de 3.000 personas, donde existe libertad absoluta a la hora de testar) asciende a una tercera parte del caudal hereditario, y tal y como recoge el artículo 48.2 de la 5/2015 *«El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita»*.

Es decir, que, en dicha región, la definición de legítima colectiva que sí la usa literalmente la norma vasca en su artículo 51.3: *«El heredero forzoso apartado expresa o tácitamente conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva»*.

Pero aún es mayor la libertad de testar de la que disfrutaban los testadores en Navarra, donde según la Ley 267 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, *«La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de «cinco sueldos ‘febles’ o ‘carlines’ por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles», no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero.*

La atribución de la «legítima navarra» con esta sola denominación u otra semejante a los legitimarios designados de forma individual o co-

lectiva en el acto de disposición cumple las exigencias de su institución formal».

En palabras de Lasarte²⁶, no existe, propiamente hablando, legítima en Navarra, pues se considera únicamente en sentido formal y, por tanto, basta con no preterir a los hijos, pero haciéndolos exclusivamente de una disposición de carácter simbólico. Actualmente, pues, rige en términos materiales la libertad de testar.

Por tanto, en Navarra puede aplicarse el supuesto de legítima colectiva del que hablo a partir del siguiente párrafo, ya que todo testador que tenga libertad de testar podrá dejar evidentemente toda su herencia a cualquiera de sus descendientes de forma individual.

Aunque existen autores Vaquer Aloy²⁷, que plantea, a la hora de abordar la futura reforma del sistema legitimario español, la posibilidad de que se aplicase en nuestro Derecho común una legítima estricta colectiva como la aragonesa o vizcaína, es decir, sin necesidad de que el descendiente beneficiado tuviese que ser uno legitimario con discapacidad, sino que pudiese serlo cualquier descendientes, lo cierto es que a día de hoy, en nuestro Derecho común, no hay duda de que la persona a la que se pretenda beneficiar con la legítima estricta tiene que cumplir los siguientes requisitos:

1.º—Tener reconocida una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, o estar en situación de dependencia de grado II o III.

2.º—Ostentar la condición de descendiente legitimario, por lo que un nieto con discapacidad nunca podrá beneficiarse de la legítima estricta si su padre (que sería el legitimario) vive y no ha sido justamente desheredado ni ha incurrido en causa de indignidad sucesoria.

Pero si se cumplen estos requisitos que exige actualmente el 808, ¿por qué volver a interpretar restrictivamente la reforma llevada a cabo sobre la legítima estricta, si la literalidad del referido artículo parece permitir también la legítima colectiva a favor de los descendientes legitimarios con discapacidad sujetos al Derecho común, y

²⁶ LASARTE, C. *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Editorial Marcial Pons., 2021, pág. 169.

²⁷ VAQUER ALOY, A. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2007, pág. 14. Expresa que «Una opción a plantearse sería establecer una legítima colectiva, al modo de la legítima aragonesa y vizcaína o de la mejora del Código civil, de modo que el testador pudiera elegir de entre los legitimarios a quien favorecer, más ello no tendría por qué conllevar ineludiblemente que el causante favoreciera a aquél de los legitimarios que realmente se hallare en mayor situación de necesidad».

más teniendo en cuenta que más de cuatro millones de españoles sin discapacidad ya disfrutaban de tal posibilidad?

VI. CONCLUSIONES

El legislador de la Ley 8/2021 fijó un nuevo alcance a la libertad de testar de los testadores con descendientes legitimarios con discapacidad con la una nueva redacción al párrafo cuarto del 808 del C.c.

Pero, ¿hasta dónde llega tal flexibilidad? ¿Puede el testador, en base a la nueva literalidad del 808, dejarle todo el tercio de legítima estricta en propiedad al descendiente con discapacidad, en detrimento del resto de legitimarios sin discapacidad? Es decir, ¿podrá disponer de toda la legítima estricta en su favor tal y como puede disponer de la mejora?

De lo que no cabe duda, porque así lo establece literalmente el 808, es que hoy en día, el testador podrá establecer sobre la legítima estricta, siempre en favor del descendiente con discapacidad, una sustitución fideicomisaria de residuo que le permita disponer onerosamente de todos los bienes que componen dicho tercio, lo cual, implica *per se* la posibilidad de que el resto de legitimarios sin discapacidad acaben siendo privados de su legítima estricta.

Gran parte de la doctrina sigue considerando inaceptable tal posibilidad, ya que de admitirse dicha interpretación se estaría vulnerando el principio sagrado e histórico de nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta, afirmación con la que no coincido, por varios motivos:

1.º—Hace años también era impensable que nuestro Derecho regulase el matrimonio del mismo sexo, o, incluso, el divorcio, pero la sociedad avanza, y el Derecho tras ella, y una demanda actual de la sociedad es que aquellos españoles con descendientes con discapacidad puedan decidir libremente cómo y cuánto quieren protegerlos, también desde el ámbito sucesorio, y de ahí que el Derecho tenga que ponerse a la par también.

2.º—Tanto en Aragón, como en el País Vasco y Navarra, los testadores pueden dejarle toda su herencia a cualquiera de sus descendientes, sin necesidad de que el descendiente beneficiado ostente la condición de legitimario, ni la de persona con discapacidad.

¿Por qué no van a poder entonces los testadores españoles sujetos al Derecho común, dejarle toda su herencia al descendiente legitima-

rio con discapacidad, si así parece permitirlo la literalidad del 808, y lo mismo ocurre ya en Aragón, el País Vasco y Navarra, en favor de cualquier descendiente?

3.º—La doctrina conservadora defensora de la intangibilidad de la legítima estricta, tras la Ley 41/2003, defendió a ultranza que la sustitución fideicomisaria que había permitido dicha norma sobre la legítima estricta en beneficio de los descendientes incapacitados judicialmente, jamás podría ser de residuo, ya que ello implicaría que el fiduciario incapacitado pudiese disponer de la legítima estricta y, por ende, que el resto de legitimarios se viesen privados de su herencia.

Pues bien, siendo el legislador de 2021, conocedor de tal debate, quiso disipar cualquier duda al respecto al establecer literalmente en el nuevo artículo 808 del C.c. que: ¡Sí, la sustitución fideicomisaria que puede establecer el testador sobre la legítima estricta en beneficio del descendiente legitimario con discapacidad es de residuo! Además, una sustitución fideicomisaria de residuo que permite a los fiduciarios con discapacidad disponer de forma onerosa de los bienes que componen la legítima estricta, ya que únicamente limita el legislador la disposición de dichos bienes de forma gratuita y *mortis causa*.

En definitiva, parece que el legislador de 2021 le ha querido mandar un mensaje claro a la doctrina más conservadora en relación con la legítima estricta: ¡Dejad de interpretar restrictivamente las reformas sobre la legítima en beneficio de las personas con discapacidad!

Pero precisamente el objeto del presente artículo es también el de cuestionarnos si puede el testador ir más allá de la sustitución fideicomisaria de residuo, o, dicho de otra forma, si puede incluso dejarle en propiedad al descendiente con discapacidad toda la legítima estricta, ya que antes de la posibilidad de la institución de residuo, en una oración anterior, el párrafo cuarto del 808 faculta al testador a disponer de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad en beneficio del descendiente con discapacidad, otorgando además para ello una redacción casi idéntica a la que hace con la posibilidad que tiene el testador respecto a la mejora.

Imaginemos entonces un testamento notarial en el que la última voluntad del testador fue transmitir toda su herencia a favor de su hijo con discapacidad intelectual del 75 %. En dicho testamento, el testador estableció expresamente que en relación con la legítima estricta no quiere que se establezca sobre ella una sustitución fideicomisaria de residuo, sino que su voluntad es disponer de ella exactamente igual que dispone de la mejora, dejándole ambos tercios en propiedad al hijo con discapacidad.

En este testamento, el testador se estaría acogiendo a la disposición en contrario de la que habla el párrafo cuarto del artículo 808, para manifestar que su última voluntad es que la legítima estricta vaya a parar al hijo con discapacidad en propiedad, descartando la opción de la sustitución fideicomisaria de residuo.

En mi opinión, esta posibilidad tendría cabida en el contenido del primer párrafo del artículo 813 del C.c., cuando establece que «*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*».

¿Qué nos impide entonces entender, tras la reforma de 2021, que tener un descendiente legitimario con discapacidad es uno de los casos expresamente determinados por la ley, en concreto por el C.c., para privar al resto de legitimarios sin discapacidad de su legítima?

Por tanto, no nos encontraríamos ante una desheredación no regulada de los legitimarios sin discapacidad, sino ante un supuesto en el que la ley, en concreto el C.c., faculta al testador a dejar sin legítima a los legitimarios sin discapacidad.

¿Por qué no interpretar de una vez la reforma en su sentido más amplio posible y apostar, en base a la nueva literalidad del 808, por la posibilidad de dejar toda la legítima a los descendientes legitimarios con discapacidad?

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M. «El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 2005.

Cabezuelo Arenas, A. «El fideicomiso de residuo del art. 808.IV CC: Cambio de condiciones subjetivas del fiduciario». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2021.

Domínguez Luelmo, Prólogo. *Las legítimas en los Derechos autónomos y su reforma en el C.c.*, A Coruña, Andavira Editore, 2020.

Lasarte, C. *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Editorial Marcial Pons., 2021.

Magariños Blanco, V. *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*. Editorial Dykinson, Madrid, 2022.

- Marín Calero, C. *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2022.
- Martín Santisteban, S. Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 57, 2022.
- Platero Alarcón, A. *Estudios sobre la sucesión hereditaria. Fundamentos doctrinales y jurisprudenciales*. Dykinson, 2023.
- Ripoll Soler, A. La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C.C.: Fideicomiso de Residuo. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 2005.
- Roca Trías, E. «La libertad de testar: entre constitución y familia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2020.
- Vaquero Aloy, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2007.
- Verdera Server, R. *Contra la legítima*. Fundación Notariado, Madrid, 2022.
- Vivas Tesón, I. *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión Jurídica, 2010.

**CREDIT SCORING COMO TRATAMIENTO
DE DATOS PERSONALES A LA LUZ DEL RGPD.
ANÁLISIS DE SU FINALIDAD E INFLUENCIA
EN LOS POSIBLES USOS SECUNDARIOS
DE LOS DATOS**

CREDIT SCORING AS PERSONAL DATA PROCESSING IN LIGHT
OF THE GDPR. ANALYSIS OF ITS PURPOSE AND INFLUENCE
ON THE POSSIBLE SECONDARY USES OF THE DATA.

Gonzalo Campos Rivera

Abogado en García Selva Abogados.
Consultor en Protección de Datos y socio fundador de CEUDATA

Sumario: *I. La evaluación de solvencia del prestatario como obligación de «crédito responsable» en la DCC y DCI. II. Finalidad perseguida con la evaluación de solvencia. Influencia en la aplicación del RGPD al tratamiento de datos personales. A. Aplicación del RGPD al tratamiento de datos personales en «credit scoring». B. Equivalencia entre la finalidad del tratamiento y la finalidad perseguida por la obligación legal de evaluar la solvencia. C. Aproximación a las implicaciones prácticas en la aplicación de los principios RGPD. 1. Tipología y volumen de datos que recabar (minimización de datos). 2. Usos secundarios de los datos (limitación de la finalidad). 3. Plazo de conservación de los datos (limitación del plazo de conservación). III. Cumplimiento de misión en interés público como posible base de legitimación del tratamiento o respaldo de los usos secundarios de datos. A. Concepto y requisitos del interés público como base de legitimación. 1. Existencia de un fin legítimo de interés público. 2. Competencia pública atribuida al ente privado en virtud de una norma con rango de ley. 3. Proporcionalidad del tratamiento respecto a los fines perseguidos. IV. Seudonimización de datos*

para el encaje en el RGPD de los usos secundarios del credit scoring cuando se empleen sistemas de IA. A. Implicaciones de la seudonimización de datos a efectos del RGPD. V. Credit scoring a la luz del futuro Reglamento para la IA. A. Posibilidad de tratar categorías especiales de datos para evitar sesgos en el sistema de IA que realice el credit scoring. VI. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Resumen: En virtud de los principios de crédito responsable que consagran la Directiva de Crédito al consumo (DCC) y la Directiva de Crédito Inmobiliario (DCI), las entidades financieras quedan obligadas a evaluar la solvencia de los solicitantes con carácter previo a la concesión del crédito. Ello se llevará a cabo empleando modelos estadísticos de credit scoring. Esta práctica comportará un tratamiento de datos personales sujeto al Reglamento General de Protección de datos (RGPD) que habrá de cumplir con los principios de protección de datos que consagra. De este modo, la adecuada identificación de la finalidad del tratamiento de datos será crucial, pues podría proyectar sus efectos en la habilitación de posibles usos secundarios de los datos por parte de las entidades de crédito, permitiéndoles ampliar el espectro de tratamientos posibles de estos datos. Finalmente, valoraremos el interés público como posible base de legitimación, las implicaciones del uso de la IA en la práctica y el tratamiento ulterior de datos seudonimizados.

Palabras clave: Evaluación crediticia, protección de datos personales, usos secundarios de datos, finalidad del tratamiento, inteligencia artificial.

Abstract: Under the principles of responsible lending enshrined in the Credit Agreements for Consumer Directive and the Credit Agreements for Residential Immovable Property Directive, financial institutions are obliged to assess the creditworthiness of applicants prior to granting credit. This will be carried out using statistical credit scoring models. This practice will entail the processing of personal data subject to the General Data Protection Regulation (GDPR), which will have to comply with the data protection principles it enshrines. Thus, the proper identification of the purpose of the data processing will be crucial, as it could project its effects on the enabling of possible secondary uses of the data by credit institutions, allowing them to broaden the spectrum of possible processing of these data. Finally, we will assess the public interest as a possible basis for legitimisation, the implications of the use of AI in practice and the further processing of pseudonymised data.

Key Words: Credit scoring, personal data protection, secondary uses of data, purpose of processing, artificial intelligence.

I. LA EVALUACIÓN DE SOLVENCIA DEL PRESTATARIO COMO OBLIGACIÓN DE «CRÉDITO RESPONSABLE» EN LA DCC Y DCI

El sector bancario y del crédito se erige como un componente nuclear del sistema financiero que engloba diversas instituciones dedicadas a la intermediación y gestión de recursos monetarios, así como a la facilitación del acceso al crédito.

Las entidades financieras se enfrentan a múltiples riesgos¹ como consecuencia natural de la actividad que realizan, de entre los cuales, destaca particularmente el «riesgo del crédito» como uno de los más significativos del sector². Este riesgo se refiere al posible incumplimiento del prestatario en su obligación de pago, ya sea por insuficiencia de recursos al inicio del préstamo, o debido a cambios adversos en su situación financiera a lo largo del período del crédito³.

Para gestionar este riesgo, las entidades bancarias despliegan herramientas de «*credit scoring*»⁴ que les permiten evaluar la solvencia de los prestatarios para tomar decisiones informadas sobre la aprobación o rechazo de solicitudes de crédito. El *credit scoring* permite cuantificar el riesgo del crédito en una operación de préstamo⁵ a través del procesamiento automatizado de datos del prestatario, posibilitando que las entidades bancarias recopilen y analicen, antes de la

¹ Bessis, J., *Risk Management in Banking*, Ed. John Wiley & Sons LTD, West Sussex, 2002, págs. 11-22; Van Gestel, T., & Baesens, B., *Credit Risk Management: Basic concepts: Financial risk components, Rating analysis, models, economic and regulatory capital*, Oxford University Press, Oxford, 2009, págs. 23-37.

² Al respecto, Bessis afirmó que: «*Credit risk is the first of all risks in terms of importance. [...] Credit risk is critical since the default of a small number of important costumers can generate losses, potentially leading to insolvency*». Bessis, J., *Risk Management in Banking*, Ed. John Wiley & Sons LTD, West Sussex, 2002, pág. 13; En este mismo sentido: Van Gestel, T., & Baesens, B., *Credit Risk Management: Basic concepts: Financial risk components, Rating analysis, models, economic and regulatory capital*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pág. 24; Goodhart, C. H., y Schoenmaker, D., «Institutional Separation between Supervisory and Monetary Agencies», Ed. *LSE Financial Markets Group*, Special Paper núm. 52, Londres, 1993.

³ Flórez López, R., *Análisis de los Determinantes del Riesgo de Crédito. Aplicación de Técnicas Emergentes en el Marco de los Acuerdos de Basilea II y Solvencia II*, Ed. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas Ministerio de Economía y Competitividad, España, 2012, pág. 293.

⁴ Bessis, J., *Risk Management in Banking*, Ed. John Wiley & Sons LTD, West Sussex, 2002, pág. 465; Flórez López, R., *Análisis de los Determinantes del Riesgo de Crédito. Aplicación de Técnicas Emergentes en el Marco de los Acuerdos de Basilea II y Solvencia II*, Ed. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas Ministerio de Economía y Competitividad, España, 2012, pág. 271.

⁵ Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, pág. 155.

concesión del préstamo⁶, aquella información que sirva para revelar el estado de solvencia actual del solicitante, y permita estimar su posible insolvencia futura, ofreciendo una perspectiva holística y proactiva de la capacidad del prestatario para cumplir con sus obligaciones financieras.

Para ello, a través del *credit scoring* la entidad bancaria emplea modelos estadísticos —habitualmente respaldados por sistemas de Inteligencia Artificial (IA)— que procesan los datos del solicitante del crédito, asignan un valor a su situación financiera y lo incluyen en una categoría que dependerá de su perfil de solvencia, que tratará de representar con la mayor precisión posible el riesgo del crédito de la operación de préstamo, conforme a parámetros predefinidos por la propia entidad.

De esta forma, cuanto peor sea la situación crediticia del prestatario, más alto será el riesgo de impago del crédito y más baja será la puntuación en el *credit scoring*. Lo mismo sucederá en el caso contrario. Cuando la situación financiera del prestatario fuese óptima, habría muy poco riesgo de impago y, por ende, recibiría una mayor puntuación.

La puntuación o *score* que se asigne a un solicitante de crédito será trascendental, pues de ella dependerá: (1) que se conceda o no el crédito: pues para la concesión del crédito se ha de obtener un *score* superior al umbral fijado por la entidad bancaria, ya que lo contrario indicaría un riesgo crediticio no aceptable⁷; (2) el tipo de interés fijado en el préstamo o «*risk-based pricing*»⁸: puesto que, una vez superada la puntuación crítica o umbral que implicaría el rechazo del crédito, a mayor puntuación, se garantizan condiciones más favorables, dado que indicaría un menor riesgo crediticio, y viceversa.

El *credit scoring* se ha empleado en el sector financiero prácticamente desde que se empezó a gestionar el riesgo del crédito. Sin em-

⁶ Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, pág. 214.

⁷ Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, págs. 242 a 243.

⁸ Flórez López lo define como una herramienta que determina «el precio que debería aplicarse a cada transacción si se desea que su rentabilidad relativa se ajuste a las expectativas globales de «riesgo-rentabilidad» de la entidad». Flórez López, R., *Análisis de los Determinantes del Riesgo de Crédito. Aplicación de Técnicas Emergentes en el Marco de los Acuerdos de Basilea II y Solvencia II*, Ed. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas Ministerio de Economía y Competitividad, España, 2012, pág. 318.

bargo, con la entrada en vigor de la Ley de Crédito Inmobiliario (LCI)⁹ y la Ley de Crédito al Consumo (LCC)¹⁰, esta práctica pasó a ser una obligación legal para las entidades de crédito en virtud de los artículos 14 LCC y 11 LCI. Ambas normas son consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva de Crédito Inmobiliario (DCI)¹¹ y Directiva de Crédito al Consumo (DCC)¹².

Estas normativas conforman la respuesta del legislador europeo frente a la tendencia al sobreendeudamiento de los prestatarios¹³ que se venía evidenciando y cuya materialización desembocó en la crisis inmobiliaria de 2007¹⁴, uno de los mayores baches económicos que ha sufrido la Unión Europea (UE) desde su concepción. Su aprobación da muestra del cambio de paradigma en la protección del consumidor¹⁵, dando paso, mediante la intervención estatal¹⁶, a un sistema alineado con las corrientes de «*behavioural economics*»¹⁷, por el que

⁹ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

¹⁰ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

¹¹ Directiva 2014/17 de 4 de febrero sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

¹² Directiva 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

¹³ Consejo Económico y Social europeo., Dictamen «El consumidor y el mercado interior» de 26 de noviembre de 1992, pág. 6; Consejo Europeo., Resolución del Consejo de 13 julio 1992 sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores, pág. 3; Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, pág.91.

¹⁴ Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, pág. 91.

¹⁵ Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, pág. 88.

¹⁶ Para Collado, «esta intervención estatal se manifiesta en los deberes del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, suministrar al consumidor las explicaciones adecuadas, y en la posibilidad de consultar los ficheros de solvencia». Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, págs. 88-89 y 131.

¹⁷ Para Monroy-Cely, las corrientes behavioral economics pueden ser definidas desde el enfoque «integrador de la elección racional»; y desde el enfoque «independiente de la elección racional». Así, Mullainathan y Thaler delimitarán el enfoque integrador como «la combinación de la psicología y la economía para investigar lo que sucede en los mercados en los cuales alguno de los agentes presenta una limitación o complicación [cognitiva]». Mientras que Tomer define el concepto desde el enfoque independiente como «... una línea (...) que toma ideas de la psicología, especialmente de la psicología cognitiva, con el fin de comprender de una manera más realista el comportamiento de los individuos comparativamente a como lo comprende el mainstream económico. En particular, Psychological economics explora las desviaciones de la racionalidad económica en la toma de decisiones que defiende la economía neoclásica». Monroy-Cely, D. A., «Behavioral Economics:

se incorporan una serie de disposiciones de carácter imperativo que cimentan el denominado principio de «crédito responsable»¹⁸.

En este contexto, Peña¹⁹ conceptualiza el crédito responsable como aquel: “en el que el riesgo de impago ha sido debidamente valorado y asumido responsablemente por todas las partes”. Lo que, principalmente, se representará en la imposición de dos obligaciones²⁰ al prestamista: (1) evaluar la solvencia del solicitante de crédito y (2) proporcionar información adecuada sobre la operación, antes de conceder el préstamo.

En la práctica, se ha podido comprobar que el *credit scoring* se ha destacado como el método más extendido para realizar esta evaluación de solvencia²¹.

II. FINALIDAD PERSEGUIDA CON LA EVALUACIÓN DE SOLVENCIA. INFLUENCIA EN LA APLICACIÓN DEL RGPD AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

El enfoque de crédito responsable como mecanismo de protección, y más concretamente la evaluación de solvencia del prestatario, nacen de la imperiosa necesidad de adoptar medidas para la prevención del sobreendeudamiento de los consumidores²² en el contexto de crisis económica que venía experimentando la UE.

Orígenes, metodología y herramientas de trabajo», *Entramado*, vol. 10, núm. 2, 2014, pág. 188. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v10n2/v10n2a12.pdf>; Mullainathan, S., & Thaler, R., Behavioral Economics. En Working Paper MIT, núm. 00-27, 1-13, Chicago, 2000, pág. 2. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=245828; Tomer, J., «What is behavioral economics?», *The Journal of Socio-Economics*, vol. 36, núm. 3, 2007, pág. 470; Collado-Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, pág. 88.

¹⁸ Considerando 53 DCC.

¹⁹ Peña López, F., El enfoque del «crédito responsable» como mecanismo de protección del consumidor frente al riesgo de insolvencia, 2010, pág. 343. Disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13057/CC-112_art_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

²⁰ Lata, N. Á., «Notas a la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-449/13, CA Consumer Finance SA Vs I. Bakkaus; Mr. & Mrs. Bonato). Obligaciones derivadas del principio de crédito responsable: primeras interpretaciones del TJUE», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 13, 2015, pág. 245.

²¹ Flórez López, R., *Análisis de los Determinantes del Riesgo de Crédito. Aplicación de Técnicas Emergentes en el Marco de los Acuerdos de Basilea II y Solvencia II*, Ed. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas Ministerio de Economía y Competitividad, España, 2012, pág. 271.

²² Ello, se manifiesta en los distintos pronunciamientos del Consejo Europeo (Consejo Europeo., Resolución del Consejo de 13 julio 1992 sobre futuras prioridades

Los diferentes estamentos europeos y los principales actores económicos ya venían mostrando su preocupación por la cuestión. No obstante, la crisis inmobiliaria de 2007 evidenció la relevancia social del sector bancario y los riesgos de la concesión indiscriminada de crédito a consumidores, suponiendo un importante incentivo para la exploración de herramientas que propiciaran el acceso al crédito únicamente a aquellos consumidores que contasen con el nivel de solvencia suficiente para hacer frente al pago del préstamo que solicitaban.

Así, se positiviza la obligación de evaluar la solvencia del solicitante del crédito al objeto de prevenir el sobreendeudamiento de los consumidores de crédito²³. Sin embargo, es necesario precisar los significativos matices que presenta tal afirmación, pues el examen del marco normativo que incardina la DCI y la DCC revela que este propósito es un mero instrumento para alcanzar un objetivo final:

del desarrollo de la política de protección de los consumidores, *Anexo*; Consejo Europeo., Resolución del Consejo de 26 de noviembre de 2001; Consejo Europeo., Recomendación del Consejo a los Estados miembros del Consejo de 20 de junio de 2007; Consejo de Ministros de los Consumidores [CMC.], Resolución del Consejo de Ministros de los Consumidores 13 abril 2000; Consejo de Ministros de Justicia [CMJ.], Resolución del Consejo de Ministros de Justicia de 8 de abril de 2005), la Comisión Europea (Comisión Europea., Informe de la Comisión de 11 de mayo de 1995 sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE [COM (1995) 117 final]; Comisión Europea., Informe resumido de reacciones y comentarios de 24 de septiembre de 1997, sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE [COM (1997) 465 final]; Comisión Europea., Comunicación de la Comisión sobre el «Plan de acción sobre política de los consumidores para el trienio 1999 – 2001» de 1 de diciembre de 1998 [COM (1998) 696 final], pág. 15; Comisión Europea., Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Proyecto de Informe conjunto sobre la Integración Social de 10 de octubre de 2001, [COM (2001) 565 final], pág. 51) y el Consejo Económico y Social Europeo [CESE] (CESE., Dictamen «El consumidor y el mercado interior» de 26 de noviembre de 1992, pág. 6; CESE, 2000; CESE, Documento Informativo relativo a «el sobreendeudamiento de los hogares» de 12 de julio de 2000, págs. 6 y 7; CESE., Dictamen de 17 de julio de 2003, en relación con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito a los consumidores de 11 de septiembre de 2002, pág. 5; CESE., Dictamen de 14 y 15 de febrero de 2006, en relación con la «Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud y la protección de los consumidores (2007-2013)» de 6 de abril de 2005; CESE., Dictamen sobre «El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia» de 25 de octubre de 2007; CESE., Dictamen sobre «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado de sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» de 29 de abril de 2014).

²³ FinCoNet., FinCoNet report on responsible lending: Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices, 2014, pág. 12. Disponible en: <https://www.finconet.org/FinCoNet-Responsible-Lending-2014.pdf>.

garantizar el adecuado funcionamiento de los mercados crediticios²⁴. De forma que, el propósito fundamental de ambas Directivas no es la prevención del sobreendeudamiento, sino que persigue promover el desarrollo y adecuado funcionamiento del mercado financiero, al tiempo que salvaguarda los derechos de los consumidores, garantizando su protección²⁵.

A. Aplicación del RGPD al tratamiento de datos personales en «*credit scoring*»

La adecuada delimitación de la finalidad perseguida por la obligación de evaluar la solvencia resultará crucial para la valoración del tratamiento de datos personales realizado en el *credit scoring*, pues indudablemente, el examen de la información de solvencia del consumidor implica el tratamiento de sus datos personales y, por tanto, se encuentra sometido al cumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)²⁶ y de las normativas internas de los países comunitarios en materia de privacidad²⁷.

²⁴ En este sentido, afirmó el TJUE que: «en la medida en que tiene por objeto proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia, la obligación precontractual del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario contribuye a alcanzar el objetivo de la Directiva 200/48 [...]». Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 27 de marzo de 2014, asunto C-565/12, Apartado 42. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0565>; Collado Rodríguez, N., La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, págs. 121-122 y 159.

²⁵ Así es entendido por Collado, para quién la finalidad de la evaluación de solvencia en vista del principio de crédito responsable se postula de la siguiente forma: «Las medidas tendentes a la protección del sobreendeudamiento del consumidor, protegen, obviamente, al consumidor. Sin embargo, tal protección al consumidor es un objetivo instrumental, al servicio de otro que es el verdaderamente perseguido a través de la aprobación de las Directivas objeto de análisis, que no es otro que la creación de un mercado interior en el ámbito hipotecario, así como garantizar la estabilidad del mismo. Es por esto que ambas Directivas se fundan en los artículos 95 TCE –DCC–, y 114 del TFUE –DCI– dirigidos al establecimiento y funcionamiento del mercado interior; y no en el artículo relativo a la protección de los consumidores, como crítica el CESE en su Dictámenes: 918/2003 –apartado 2.4.1–, y 1165/2011 –apartado 1.4–.». Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, pág. 121.

²⁶ Reglamento 2016/679 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).

²⁷ En el caso de España será la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

El RGPD establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y la libre circulación de tales datos, al objeto de brindar protección al derecho a la protección de datos personales de los interesados²⁸. De este modo, instituye los principios elementales²⁹ que habrán de imperar en el tratamiento de datos para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los consumidores interesados³⁰. Estos son los de licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad; minimización de datos; exactitud; limitación del plazo de conservación; integridad y confidencialidad; responsabilidad proactiva.

B. Equivalencia entre la finalidad del tratamiento y la finalidad perseguida por la obligación legal de evaluar la solvencia

De conformidad con el principio de limitación de la finalidad³¹, todo tratamiento de datos debe responder a un fin específico, es por ello que la finalidad que atribuimos al tratamiento de datos incidirá en la forma en la que se apliquen los principios del RGPD, acotando el uso que podremos darle a los datos y delimitando cuestiones de tanta relevancia como qué datos podemos tratar, durante cuánto tiempo los podemos conservar o qué usos secundarios podremos darles.

Para definir la finalidad del tratamiento en el *credit scoring* se ha de tener en cuenta que este responde al mandato legal que la DCI y la DCC impone a todo prestamista, en virtud del cual, antes de conceder un determinado préstamo, han de verificar que el solicitante de crédito está preparado para hacer frente a su pago, por lo que la base de legitimación que se entiende más adecuada será el cumplimiento de una obligación legal³² del artículo 6.1.c RGPD.

²⁸ RGPD, 2016, artículo 2.

²⁹ RGPD, 2016, artículo 5.

³⁰ El artículo 4.1 del RGPD define «tratamiento de datos» como «toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». De lo que podemos extraer que el interesado será la persona física titular de los datos objeto de tratamiento.

³¹ RGPD, 2016, artículo 5.1.b.

³² Este criterio concuerda con el expresado por Collado, para quien: « [...] no cabe duda de que el tratamiento es necesario para la formalización del contrato de crédito. opinión, que el responsable del tratamiento recabara el consentimiento explícito del prestatario ya que las personas que acuden al crédito lo hacen para satisfacer una necesidad determinada y, si proporcionar su consentimiento es

Así parece haber sido entendido por las principales entidades de crédito, que en su mayoría emplean esta base de legitimación. Otras —como Banco Sabadell—, sin embargo, optan por designar varias bases de legitimación: cumplimiento de obligación legal y desarrollo de un contrato o aplicación de medidas precontractuales. Mientras que otras —como CaixaBank— optarán por emplear el desarrollo de un contrato como base de legitimación³³, lo que puede resultar cues-

condición necesaria para que inicien los trámites oportunos, muy probablemente lo darán». Collado Rodríguez, N., «La evaluación de la solvencia mediante el uso de sistemas de IA», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 46, 2023, p. 52.

³³ A este respecto, procede hacer un breve repaso de los puntos clave de dichas políticas en lo relativo al *credit scoring* a la fecha del presente trabajo:

El Banco Sabadell, S.A., en el Anexo de «Información detallada de protección de datos de carácter personal» del apartado de «información al cliente» de sus «Condiciones y régimen de protección de datos personales», designa el *credit scoring* en la finalidad de «Realización de valoraciones de riesgo y perfiles en materia crediticia o contratación, así como otros con finalidades comerciales». De igual modo, identifica como base de legitimación el cumplimiento de una obligación legal y cumplimiento de un contrato. Precizando que «En la medida que el cliente haya solicitado un producto concreto y el Banco debe realizar un análisis del riesgo que puede decidir sobre la conclusión del contrato. En este sentido, el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato, en conexión con la norma Ley 16/2011, de 24 de junio que impone el deber de recabar información necesaria para la valoración del riesgo».

El Banco Santander, S.A., en el apartado de Información sobre protección de datos» disponible desde su web, donde podemos encontrar información sobre el tratamiento realizado en *credit scoring*. En él, identifica el cumplimiento de una obligación legal del responsable, concretamente de «obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo». Al respecto indica: «Para dichos fines, el Banco podrá tratar sus datos para verificar y evaluar su solvencia y riesgo crediticio, establecer medidas en caso de que se encontrarse en situación de vulnerabilidad, valorar el riesgo de impago de las operaciones que mantenga —como en el caso de operaciones nuevas que nos solicite— y la creación de modelos de riesgos, atendiendo incluso a información económica y personal disponible en empresas que facilitan información sobre solvencia, morosidad y en general indicadores de riesgo financiero o de crédito a los que el Banco tenga acceso u obtenida a través del servicio del agregación cuando usted lo haya consentido».

El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) aborda la cuestión en su política de Protección de Datos Personales, disponible en su web. A ella le dedica 2.iii de su información adicional sobre finalidad y base de legitimación del tratamiento de datos de clientes, bajo el nombre de «Creación de modelos de riesgo». Al respecto, indica que: «La normativa española y europea (por ejemplo del Banco Central Europeo, la Autoridad Bancaria Europea o el Banco de España) exige a las entidades financieras el cumplimiento de normas y guías para el control de solvencia, riesgo financiero, el cálculo del Capital y Provisiones requeridos por cada operación y cliente en relación con las diferentes fases de gestión del riesgo: admisión, (riesgo/precio/delegación), seguimiento, cobranza y recuperaciones. Esta normativa exige el tratamiento de datos en la elaboración de perfiles de riesgo y modelos de riesgos en cuanto a detalle de la misma y profundidad histórica». Igualmente, continúa precisando el tratamiento en diferentes documentos el «scoring comportamental de predecidos» como «sistema de evaluación automático que trata de prever el cumplimiento del cliente frente a la

posible contratación de un producto de activo (generalmente préstamos); «scoring comportamental normativo» como «sistema de evaluación automático que califica a los clientes»; y «scoring reactivo normativo» como «sistema de evaluación reactivo que califica a los clientes y no clientes». E identifica la base de legitimación de todos ellos con el cumplimiento de una obligación legal.

La entidad CaixaBank, S.A., en su Política de Privacidad identifica este tratamiento con la categoría de «Tratamientos necesarios para la ejecución de las relaciones contractuales» y no la de tratamientos necesarios para el cumplimiento de obligaciones legales. Aunque más adelante especifica: «Adicionalmente a que estos tratamientos sean necesarios para la ejecución de la relación contractual que mantenemos con usted, este tratamiento se realiza en base a lo establecido por la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, y demás obligaciones y principios de las normativas sobre concesión de préstamo responsable, normativas a las que nosotros, como entidad de crédito, estamos sometidos». Por lo que parece identificar ambas bases de legitimación del tratamiento, el cumplimiento de un contrato y el cumplimiento de una obligación legal. En cuanto a su finalidad, afirma lo siguiente: «La finalidad de este tratamiento de datos es evaluar si los solicitantes y/o titulares de productos o servicios que impliquen la devolución de dinero adelantado, o el pago aplazado de cuotas, tienen solvencia y capacidad de devolución suficientes para atender a los pagos previstos en las operaciones que se analicen y/o que han sido concedidas».

La entidad de crédito Cofidis S.A. expone en su web, en el apartado de «Información Importante acerca del tratamiento de sus datos personales», cuáles son las finalidades principales del tratamiento de los datos que realiza. Para ello, únicamente identifica la relativa a «Valorar y decidir sobre su solicitud de préstamo/crédito, ejecución del contrato y elaboración de perfiles» y la describe de la siguiente forma: «Cofidis tratará datos personales indispensables para la valoración del riesgo y para la gestión del contrato, incluso realizando operaciones que permitan obtener un perfil crediticio, en particular mediante la utilización de sistemas automatizados para la toma de decisiones crediticias (*scoring*). Asimismo, se consultará información relativa a sus antecedentes crediticios incluidos en ficheros de solvencia patrimonial. Además, sus datos serán tratados durante la relación contractual para evaluar su solvencia con el fin de ofrecerle ampliaciones y disposiciones de su línea de crédito consultando para ello fuentes externas, en particular, ficheros de solvencia patrimonial». Más adelante, ubica el *credit scoring* en el apartado de tratamiento legitimados en el cumplimiento de una obligación legal de la siguiente forma: «Cumplimiento de obligaciones legales: [...] en materia de préstamos responsables en cuanto a *scoring* y consulta de ficheros de solvencia (Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo)».

El banco Cetelem recoge en su agenda de Protección de Datos que «La normativa española y europea exige a las entidades financieras el cumplimiento de normas y guías para el control de la solvencia y riesgo financiero para cada operación y cliente a lo largo de la solicitud y gestión de un contrato con nosotros.[...] Además, el cumplimiento de esta normativa implicará que realicemos con sus datos personales los tratamientos necesarios, incluyendo la generación de modelos y perfiles de riesgo adicionales a la gestión del contrato o al análisis de su solicitud de préstamo/ crédito, para cumplir esta normativa [...]». Más adelante continúa: «Hacemos uso de herramientas de análisis automático del riesgo (*scoring*) para evaluar su solvencia y capacidad crediticia con el objetivo de encontrar patrones repetitivos que permitan predecir su comportamiento futuro de pago y así concederle nuestros productos y servicios o recomendarle aquellos que puedan adaptarse mejor a su situación actual o mejorar la gestión de los procesos de recobro». En cuanto a la finalidad del

tionable, pues si bien es cierto que la existencia de un contrato de préstamo motiva el nacimiento de la obligación legal de evaluar la solvencia del solicitante, no es sino la obligación legal la que impone que todas las entidades de crédito evalúen la solvencia del solicitante. Por lo que, el desarrollo de un contrato o la aplicación de medidas precontractuales podrían resultar bases de legitimación adecuadas si la DCI y la DCC no exigieran evaluar la solvencia, ya que, en ese caso, evaluar o no la solvencia del prestatario sería elección del prestamista, pudiendo no hacerlo si no lo estimase adecuado, pero la existencia de la obligación legal, como base de legitimación, parece excluir, como mínimo, la aplicación del consentimiento del interesado³⁴ y cumplimiento de un contrato o la aplicación de medidas precontractuales.

Así las cosas, cuando la base de legitimación se corresponde con el cumplimiento de una obligación legal, la finalidad del tratamiento de datos deberá determinarse en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros³⁵ y será equivalente a la finalidad de la obligación legal a la que sirve el tratamiento³⁶. Es decir, la finalidad del tratamiento de datos deberá corresponderse con la finalidad perseguida por la propia obligación legal que lo legitima.

Y es que cuando la base de legitimación es una obligación legal, el tratamiento de datos personales es una actividad meramente instrumental. Por consiguiente, habría de servir para alcanzar los objetivos perseguidos por la obligación legal³⁷, que en el caso de la evaluación de la solvencia según la DCI y la DCC se identifica con la prevención del sobreendeudamiento del consumidor, para la protección del mercado del mercado de crédito y la garantía de su estabilidad. En

tratamiento, indica que esta será «determinar y predecir la probabilidad de impago/fraude en las solicitudes de crédito optimizando la correcta decisión de concesión o no del crédito». En virtud de esta política, la base de legitimación empleada por la entidad es el cumplimiento de una obligación legal.

³⁴ El consentimiento del interesado queda excluido como base de legitimación para su evaluación de solvencia, pues la imperatividad de la norma impide que su cumplimiento quede al arbitrio de las partes.

³⁵ RGPD, 2016, Considerando 45.

³⁶ El artículo 6.3 del RGPD determina que cuando la base de legitimación del tratamiento se corresponda con el cumplimiento de una obligación legal, la finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica. Este precepto enuncia que: «La base del tratamiento indicado en el apartado 1, letras c) y e), deberá ser establecida por: a) el Derecho de la Unión, o b) el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento».

³⁷ De lo contrario nos podríamos encontrar con la incoherencia de que las limitaciones impuestas por la finalidad del tratamiento impidieran alcanzar los objetivos perseguidos por la ley que precisamente motiva la realización de dicho tratamiento de datos. Vaciando así de contenido la obligación legal a la que sirve el tratamiento.

consecuencia, esta finalidad lo será también del tratamiento de datos personales en el *credit scoring*.

De esta forma, podremos identificar distintos niveles dentro de la misma finalidad. Una «finalidad inmediata», que será la de evaluar la solvencia del solicitante de crédito; una «finalidad mediata», la de prevenir el sobreendeudamiento en protección del consumidor; y una «finalidad esencial»³⁸ —la verdaderamente perseguida por la DCI y la DCC—, que será la de garantizar la salud y estabilidad del mercado financiero³⁹. Siendo estas tres, a fin de cuentas, la representación de los diferentes niveles de concreción que tendría, en este caso, la finalidad del tratamiento⁴⁰. Pudiendo también ser entendidos como nivel 1, nivel 2 y nivel 3.

La finalidad del tratamiento, en su conjunto, aglutinará los tres niveles de concreción que hemos identificado, y ello no impide que sigamos considerándola explícita y suficientemente definida conforme al principio de limitación de la finalidad, pues más bien sucede lo contrario. Cuando afirmamos que la finalidad no solo se corresponde con la evaluación de solvencia del potencial prestatario, sino que encuentra su razón de ser en la prevención del sobreendeudamiento para la protección de la salud del mercado financiero, lo que realmente estamos haciendo es significarla a través de su contexto. Aumentamos la precisión de la finalidad, dirigiendo el tratamiento de datos hacia aquellos espacios a los que realmente debe llegar, dando cumplimiento a la exigencia de la finalidad específica, explícita y legítima del principio de limitación de la finalidad.

El mayor rigor en la definición de la finalidad también desplegará sus efectos en la forma en la que el cumplimiento de los principios del tratamiento de datos se manifiesta en el tratamiento.

³⁸ Lo que para Aristóteles sería entendido como «*télos*»: «Nada puede quedar en el vacío de su propia actividad. Esos actos configuran, por consiguiente, sus objetivos, su *télos*, que no es independiente de lo que los produce, sino que está engarzado en ello». Ello entendido como su finalidad, sería la verdadera razón de ser del tratamiento e iría más allá del propio análisis de la solvencia y de la prevención del sobreendeudamiento del deudor. Aristóteles., *Ética Nicomaquea*, Ed. Gredos, Madrid, 1985, pág. 86. Disponible en: https://posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Aristoteles_Etica-a-Nicomaco-Etica-Eudemia-Gredos.pdf.

³⁹ Para Collado, ello se desprende de la valoración de los Considerandos 5, 6 y 15 de la DCI; así como de los Considerandos 7 y 8 de la DCC, «donde la protección del consumidor es un objetivo inmediato para alcanzar el objetivo último: la creación de un mercado interior de crédito». Collado-Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, pág. 159.

⁴⁰ El primer nivel de concreción de la finalidad sería la finalidad inmediata, el segundo nivel sería la finalidad mediata y el tercer nivel sería la finalidad esencial.

C. Aproximación a las implicaciones prácticas en la aplicación de los principios RGPD

El estudio de la finalidad del tratamiento nos permite identificar varios filtros, desde lo más restrictivo a lo más amplio. Un primer filtro sería el identificado como finalidad inmediata —nivel 1—, el segundo sería la finalidad mediata —nivel 2— y el tercero la finalidad esencial —nivel 3—. A través de ellos, la finalidad se agudiza, partiendo del nivel más genérico —«evaluación de solvencia»— y concretando la finalidad en cada nivel —«para la prevención del sobreendeudamiento como mecanismo de protección de la salud del mercado financiero»—.

Cada nivel de la finalidad se proyectará de forma distinta en la aplicación de los principios del RGPD. Así, la finalidad inmediata tendrá una mayor incidencia en el tratamiento inicial, limitando los datos que podrá recabar el prestamista; mientras que la finalidad mediata y la esencial se proyectarán durante la vigencia tratamiento, afectando principalmente a la limitación de la finalidad, los posibles usos secundarios y el plazo de conservación de los datos.

1. Tipología y volumen de datos que recabar (minimización de datos)

La finalidad inmediata tendrá una mayor incidencia en el tratamiento inicial —principio de minimización de datos y la expectativa razonable del interesado—, por corresponderse con la práctica material que se llevará a cabo: la valoración de la solvencia del prestatario. Pues lo que realmente haremos en el cumplimiento de esta obligación legal será evaluar la solvencia del prestatario, independientemente de que ello se haga con una finalidad más concreta perseguida por la norma.

Por lo que los datos que recaben las entidades de crédito habrán de ser los mínimos necesarios para evaluar la solvencia del potencial prestatario, no pudiendo recabar datos que, sirviendo a la prevención del sobreendeudamiento y el mantenimiento de la salud del mercado financiero, no fueran necesarios para evaluar la solvencia del solicitante de crédito.

2. Usos secundarios de los datos (limitación de la finalidad)

De acuerdo con el principio de «limitación de la finalidad»⁴¹, los datos personales tratados para la evaluación de la solvencia del soli-

⁴¹ Artículo 5.1.b RGPD.

citante de crédito deben ser recogidos con fines determinados⁴², explícitos⁴³ y legítimos⁴⁴, sin que puedan ser tratados ulteriormente de manera incompatible⁴⁵ con dichos fines.

En este sentido, el concepto de «uso secundario» o tratamiento ulterior no sólo abarca el tratamiento realizado para fines distintos a los especificados inicialmente, sino todo tratamiento posterior a la recogida de los datos, ya sea para los fines inicialmente especificados o para cualquier fin adicional, debiendo en todo caso cumplir con el requisito de compatibilidad⁴⁶.

Es por ello que el hecho de que el tratamiento de datos se concrete en la finalidad de la prevención del sobreendeudamiento para el adecuado mantenimiento del mercado crediticio podría legitimar usos

⁴² El GT29 define el concepto de «determinados» de la siguiente forma: «*First, any purpose must be specified, that is, sufficiently defined to enable the implementation of any necessary data protection safeguards, and to delimit the scope of the processing operation*». Grupo de Trabajo del Artículo 29., Opinion 03/2013 on purpose limitation, pág. 12. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

⁴³ El GT29 define el concepto de «explícitos» de la siguiente forma: «*Second, to be explicit, the purpose must be sufficiently unambiguous and clearly expressed*». Grupo de Trabajo del Artículo 29., Opinion 03/2013 on purpose limitation, pág. 12. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

⁴⁴ El GT29 define el concepto de «legítimos» de la siguiente forma: «*Third, purposes must also be legitimate. This notion goes beyond the requirement to have a legal ground for the processing under Article 7 of the Directive –actualmente sería el artículo 6 del RGPD– and also extends to other areas of law. Purpose specification under Article 6 and the requirement to have a legal ground under Article 7 are thus two separate and cumulative requirements*». Grupo de Trabajo del Artículo 29., Opinion 03/2013 on purpose limitation, pág. 12. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

⁴⁵ A este respecto, se establece la «compatibilidad entre los fines» del tratamiento inicial y del ulterior como presupuesto necesario para los usos secundarios de datos. Para el análisis de la compatibilidad de los fines, se habrá de tener en cuenta «cualquier relación entre estos fines y los fines del tratamiento ulterior previsto, el contexto en el que se recogieron los datos, en particular las expectativas razonables del interesado». RGPD, 2016, Considerando 50.

⁴⁶ Así se entiende del Informe 3/2013 del GT29 (2013) cuando afirma: «*When setting out the requirement of compatibility, the Directive does not specifically refer to processing for the ‘originally specified purposes’ and processing for ‘purposes defined subsequently’. Rather, it differentiates between the very first processing operation, which is collection, and all other subsequent processing operations (including for instance the very first typical processing operation following collection - the storage of data). In other words: any processing following collection, whether for the purposes initially specified or for any additional purposes, must be considered ‘further processing’ and must thus meet the requirement of compatibility*». Grupo de Trabajo del Artículo 29., Opinion 03/2013 on purpose limitation, pág. 21. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

secundarios de los datos recabados para el *credit scoring*, tendentes a la preservación de la salud y estabilidad del mercado financiero pues, aunque se habría de dar cumplimiento a las restantes exigencias del RGPD, existiría compatibilidad entre los fines pese a que fueran diferentes⁴⁷.

Sea como fuere, cuando la compatibilidad entre la finalidad inicial y la del uso secundario no sea palmaria, se requerirá de la realización de un análisis más o menos minucioso dependiendo de la distancia entre los fines⁴⁸.

3. Plazo de conservación de los datos (limitación del plazo de conservación)

El plazo de conservación de los datos se podría ver afectado por la finalidad mediata y la esencial, ya que el fin de evitar el sobreendeudamiento y proteger el mercado crediticio podría justificar la conservación de los datos durante un plazo mayor que el que fuera requerido para el tratamiento de datos que únicamente guardase como finalidad la evaluación de la solvencia del deudor.

III. CUMPLIMIENTO DE MISIÓN EN INTERÉS PÚBLICO COMO POSIBLE BASE DE LEGITIMACIÓN DEL TRATAMIENTO O RESPALDO DE LOS USOS SECUNDARIOS DE DATOS

El cumplimiento de una misión realizada en interés público como posible base de legitimación podría abrir una nueva vía para el tratamiento de datos personales o reforzar los usos secundarios que se hagan de los datos procedentes del *credit scoring*.

⁴⁷ El GT29 afirma que: «*The fact that the further processing is for a different purpose does not necessarily mean that it is automatically incompatible: this needs to be assessed on a case-by-case basis, as will be shown below*». Grupo de Trabajo del Artículo 29., Opinion 03/2013 on purpose limitation, pág. 21. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf. De lo que queda claro que «finalidad diferente» no es sinónimo de «finalidad incompatible», debiendo ser analizada dicha compatibilidad en cada caso.

⁴⁸ Así lo determina el GT29 para quien: «*In principle, the greater the distance between the initial purpose specified at collection and the purposes of further use, the more thorough and comprehensive the analysis will have to be, and there may be a number of additional criteria that will need to be assessed*». Grupo de Trabajo del Artículo 29., Opinion 03/2013 on purpose limitation, pág. 22. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

En relación a los usos secundarios de los datos, hemos de precisar que el criterio de compatibilidad del que hemos hablado deberá ser satisfecho inclusive cuando se estableciera una nueva base de legitimación⁴⁹ para el tratamiento ulterior de los datos. Pues los requisitos de compatibilidad y el requisito de una base de legitimación adecuada son cumulativos. Una nueva base de legitimación, si bien puede coadyuvar a su adecuación, por sí sola no puede legitimar un uso posterior que de otro modo sería incompatible⁵⁰.

En cualquier caso, para su elucidar la pertinencia del interés público como base de legitimación resultará adecuado exponer lo que habremos de entender por interés público, para concluir en el posible encaje del *credit scoring* en dicha figura.

A. Concepto y requisitos del interés público como base de legitimación

El cumplimiento de una misión en interés público como base de legitimación se ubica en el artículo 6.1.e —interés público— y el 9.2.g —interés público esencial— del RGPD.

Para delimitar qué se habrá de entender por interés público, conviene comenzar puntualizando la existencia de diferencias entre lo que ha de ser entendido como interés público para el tratamiento de datos de categoría básica a la luz del artículo 6.1.e RGPD y lo que se entenderá como interés público esencial para el tratamiento de categorías especiales de datos mediante el artículo 9.2.g RGPD. Pues la condición de “esencial” del interés público requerido para tratar categorías especiales de datos, vendría a cualificar los requisitos exigidos para legitimar el tratamiento en dicha base de licitud, lo que se traducirá en una menor flexibilidad en la apreciación de concurrencia

⁴⁹ A este respecto el GT29 determina que: «*Legalising an otherwise incompatible data processing activity simply by changing the terms of a contract with the data subject, or by identifying an additional legitimate interest of the controller, would go against the spirit of the purpose limitation principle and remove its substance*». Grupo de Trabajo del Artículo 29., Opinion 03/2013 on purpose limitation, pág. 36. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

⁵⁰ Grupo de Trabajo del Artículo 29., Opinion 03/2013 on purpose limitation, pág. 27. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

de requisitos para el empleo del interés público esencial como base de legitimación del tratamiento⁵¹.

Así pues, el interés público, “comprende situaciones en las que el mismo responsable del tratamiento tiene una potestad pública o una misión de interés público (pero no necesariamente una obligación jurídica de tratar los datos) y el tratamiento es necesario para el ejercicio de dicha potestad o para la ejecución de dicha misión”⁵².

La AEPD ha destacado en varios informes que: “En relación con lo que debe entenderse por interés público esencial⁵³, debe tenerse igualmente en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁴, que al amparo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁵, viene considerando que el tratamiento de datos personales constituye una injerencia lícita en el derecho del respeto de la vida privada y sólo puede llevarse a cabo si se realiza de conformidad con la ley, sirve a un fin legítimo, respeta la esencia de los

⁵¹ Así enuncia la Resolución del caso Mercadona por el uso de sistemas biométricos para la identificación de clientes, por la que la AEPD cita el Informe Jurídico 010308/2019 de la AEPD para señalar que «... tratándose de categorías especiales de datos, el supuesto contemplado en la letra g) del artículo 9.2. no se refiere solo a la existencia de un interés público, tal y como hace en muchos otros de sus preceptos el RGPD, sino que es el único precepto del RGPD que requiere que el mismo sea «esencial», adjetivo que viene a cualificar dicho interés público, habida cuenta de la importancia y necesidad de mayor protección de los datos tratados». Agencia Española de Protección de Datos., Resolución número PS/00120/2021 de 27 de julio, págs. 41 y 73. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00120-2021.pdf>.

⁵² Grupo de Trabajo del Artículo 29., Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, pág. 25. Disponible en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp217_es_interes_legitimo.pdf.

⁵³ Criterio este que, pese a que el caso pudiera requerir de interés público general y no esencial, ante la falta de criterios para la valoración de concurrencia de interés público, conviene ser analizado.

⁵⁴ Destacan las siguientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): D.L. contra Bulgaria, Sentencia nº 7472/14, 19 de mayo de 2016; Dragojević contra Croacia, Sentencia nº 68955/11, 15 de enero de 2015; Peck contra Reino Unido, Sentencia nº 44647/98, 28 de enero de 2003; Leander contra Suecia, Sentencia nº 9248/81, 26 de marzo de 1987, entre otras.

⁵⁵ El Artículo 8 del CEDH dispone que: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

derechos y libertades fundamentales y es necesario y proporcionado en una sociedad democrática para alcanzar un fin legítimo”⁵⁶.

Esta base de legitimación no queda reservada para los tratamientos llevados a cabo por la administración pública, sino que puede amparar tratamientos realizados por entidades del sector privado⁵⁷ a las que les haya sido encomendada una potestad o competencia de interés público atribuida por una norma con rango de ley⁵⁸.

⁵⁶ Agencia Española de Protección de Datos., Informe del Gabinete Jurídico 0036/2020, pág. 26. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0036.pdf>; Agencia Española de Protección de Datos., Informe del Gabinete Jurídico 0098/2022, pág. 7. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2022-0098.pdf>; Aunque con un fundamento distinto, pocas son las diferencias que presenta el criterio expuesto con el mostrado por el Abogado del Estado acerca del significado del «interés público» que podemos extraer de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 292/2000, de 30 de noviembre: «Finaliza su alegato el Abogado del Estado indicando que tampoco ve inconveniente en que esos criterios deban respetar lo dispuesto en el art. 9.2 del Convenio de Estrasburgo (art. 13.1 de la Directiva 95/46/C.E.), encuadrando el interés público en lo dicho en el apartado a) art. 13.1 de la Directiva 95/46/C.E (medidas necesarias en una sociedad democrática para garantizar la seguridad del Estado, la seguridad pública, los intereses monetarios del Estado y la represión de las infracciones penales) y el interés de terceros en su apartado b) (medidas necesarias en una sociedad democrática para proteger a la persona concernida y los derechos y libertades de otras personas)». Tribunal Constitucional., Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre del 2000, pág. 109. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>.

⁵⁷ Grupo de Trabajo del Artículo 29. Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, pág. 25. Disponible en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp217_es_interes_legitimo.pdf. El citado Dictamen data de fecha de 2014. A dicha fecha no había sido aún aprobado el vigente RGPD por lo que su texto se refiere al art 7 de la Directiva 46/95. En cualquier caso, la continuidad del interés legítimo como base de legitimación en la normativa vigente y su precedente motivan que tal criterio sea idénticamente aplicable al artículo 6 RGPD; En este mismo sentido afirma Reigada que: «aunque como indicamos se trata de las bases que permiten la mayor parte de los tratamientos de las administraciones, y aunque en la LOPDGDD se ha incluido la palabra «competencia» cabe también la posibilidad de que la base «misión en interés público –no la de poder público– legitime el tratamiento de datos personales por entes privados». Reigada, A. T., & Rivas, J. J. G., *Comentario al Reglamento general de protección de datos ya la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 939.

⁵⁸ RGPD, 2016, Considerando 45; LOPDGDD, 2018, artículo 8.2; Debe tenerse también en cuenta que la Resolución de la AEPD (2021) n° PS/00120/2021 de 27 de julio del caso Mercadona enuncia que: «[...] debe partirse de que la existencia de un interés público, no legitima cualquier tipo de tratamiento de datos personales, sino que deberá estarse, en primer lugar, a las condiciones que haya podido establecer el legislador; tal como prevé el propio artículo 6 del RGPD, en sus apartados 2 y 3, y el artículo 8 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales (LOPDGDD) que regula el tratamiento de datos basados en una obligación legal y en una misión realizada en interés público o ejercicios de intereses públicos en su artículo 8». Agencia Española de Protección

A este respecto, la Resolución, de 27 de Julio de 2021, de la Agencia Española de Protección de Datos alude al Dictamen 6/2014 del GT29⁵⁹ para continuar precisando los requisitos para la licitud del tratamiento de datos en cumplimiento de una misión de interés público.

Por ello, del examen conjunto de la normativa vigente con el criterio emanado de la jurisprudencia y las autoridades de control podemos extraer los siguientes requisitos para la utilización de esta base de licitud del tratamiento: (1) Existencia de un fin legítimo de interés público; (2) competencia o potestad atribuida al responsable del tratamiento mediante norma con rango de ley; (3) proporcionalidad entre la injerencia y el fin perseguido. Ello, además del cumplimiento de las exigencias generales del RGPD para todo tratamiento de datos personales⁶⁰.

1. Existencia de un fin legítimo de interés público

Como ha tenido oportunidad de clarificar el TJUE en numerosos pronunciamientos⁶¹, hemos de considerar que la protección del consumidor ha sido dotada de un acentuado interés público a la luz

de Datos., Resolución número PS/00120/2021 de 27 de julio, pág. 50. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00120-2021.pdf>.

⁵⁹ Este Dictamen del GT29 enuncia que: «No obstante, el tratamiento debe ser «necesario para el cumplimiento de una misión de interés público». Alternativamente, se debe haber conferido un poder oficial bien al responsable del tratamiento bien a la tercera parte a la que este comunica los datos y el tratamiento de datos debe ser necesario para el ejercicio de dicha potestad. También resulta importante poner de relieve que este poder oficial o misión de interés público deberán conferirse o atribuirse normalmente mediante leyes ordinarias u otra normativa jurídica. Si el tratamiento conlleva una invasión de la privacidad o si este se exige de otro modo en virtud de la legislación nacional para garantizar la protección de las personas afectadas, la base jurídica deberá ser lo suficientemente específica y precisa a la hora de definir el tipo de tratamiento de datos que puede permitirse». Grupo de Trabajo del Artículo 29., Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, pág. 26. Disponible en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp217_es_interes_legitimo.pdf.

⁶⁰ RGPD, 2016, Considerando 50; *Vid.* Agencia Española de Protección de Datos., Informe del Gabinete Jurídico 0036/2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0036.pdf>.

⁶¹ Entre otras, la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, apartado 68. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=123843&doclang=ES>; STJUE de 13 de septiembre de 2018, asunto C176/17, apartado 35. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2018%3A711>; STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, apartado 86. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0051>.

del artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁶².

Además, a través de la obligación de evaluación de la solvencia del potencial prestatario se ha constituido una obligación de «orden público»⁶³ delegada en los actores del sector crediticio para la correcta protección del mercado en interés de la colectividad. El abogado general del TJUE Paolo Mengozzi⁶⁴, en las conclusiones presentadas el 30 de mayo de 2017 en el asunto C-122/16, considera de «orden público» a aquella norma que “pretenda contribuir a un objetivo o valor fundamental del ordenamiento jurídico de la Unión y desempeñe un papel significativo en la consecución de dicho objetivo o valor y, por otra parte, si dicha norma fue establecida en interés de terceros o de la colectividad en general, y no meramente en interés de las personas directamente afectadas”.

El análisis conjunto de la normativa que rige el *credit scoring* como obligación de las entidades de crédito permite constatar que la finalidad de la obligación subyace en intereses de la colectividad como son la prevención del sobreendeudamiento y la protección del mercado financiero. No en favor de los intereses del responsable, sino como garantía colectiva de protección de un sector de tanta relevancia social como es el sector crediticio.

Así, de conformidad con los requerimientos del precitado Dictamen 06/2014 del GT29, se confiere a las entidades de crédito el cumplimiento de una misión en interés público que, por su propia naturaleza, implica el tratamiento de datos personales. En consecuencia, podremos estimar la existencia de un interés público en el tratamien-

⁶² STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, apartado 68. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=123843&doclang=ES>; STJUE de 13 de septiembre de 2018, asunto C176/17, apartado 40. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2018%3A711>; Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, apartado 86. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0051>.

⁶³ Para Collado, las medidas de crédito responsable tienen un claro carácter de principio de orden público por dos razones: (1) «contribuyen a la protección de los consumidores, un valor fundamental del Derecho de la Unión»; (2) «se trata de un principio establecido en interés de la colectividad». Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, pág. 133.

⁶⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea., Conclusiones del abogado general Paolo Mengozzi presentadas el 30 de mayo de 2017 en el asunto C-122/16, Apartados 102 y 103. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CC0122>.

to de datos personales realizado en cumplimiento de la obligación de evaluación de solvencia del prestatario a través del *credit scoring*.

Ahora bien, hay que recalcar que la finalidad no podría ser la preservación del adecuado funcionamiento del mercado como tal, pues ello sería susceptible de vulnerar el artículo 5.1.b RGPD de limitación de la finalidad por resultar demasiado vaga y no corresponderse con un fin determinado y explícito. Resultaría por tanto adecuada la delimitación de la finalidad de la siguiente forma: “X” para la preservación del adecuado funcionamiento del mercado.

En esta fórmula, “X” ha de ser determinado por el responsable del tratamiento y deberá identificarse con un tratamiento de datos que sirviese a la finalidad de preservar el adecuado funcionamiento del mercado financiero en interés público⁶⁵. No pudiendo bajo ningún concepto servir dicho tratamiento a fines privados del responsable. Pues de ser así, dicha finalidad difícilmente podría ser compatible con la base de legitimación del artículo 6.1.e RGPD.

2. Competencia pública atribuida al ente privado en virtud de una norma con rango de ley

El *credit scoring* como expresión del modelo de crédito responsable supone una manifestación del intervencionismo del legislador europeo en las relaciones jurídico privadas en defensa de la salud del mercado financiero y de los consumidores⁶⁶ a través de normas imperativas limitativas de la autonomía de la voluntad de las partes.

Así, el Tribunal Supremo en la Sentencia 54/2002, de 5 de febrero de 2002⁶⁷, afirma que el principio de crédito responsable es “consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, la cual se manifiesta a través de normas imperativas y de los principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas de aquella categoría, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no puede desenvolverse en contra de los mismos;

⁶⁵ Dicho tratamiento resultaría también un uso secundario compatible de los datos tratados en cumplimiento de una obligación legal. Pues aún correspondiéndose con un tratamiento de datos independiente al realizado en cumplimiento de una obligación legal y contando con una base de legitimación distinta, será un uso secundario de los datos. Por ello, deberá existir compatibilidad entre los fines.

⁶⁶ Collado-Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018, pág.131.

⁶⁷ Tribunal Supremo. Sentencia 54/2002, de 5 de febrero de 2002, Fundamento Jurídico 2º. Disponible en: <https://vlex.es/vid/anonima-publico-economico-24-1-114-15039592>.

se define así el orden público económico como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos”.

De esta forma, podemos entender que en la obligatoriedad de la evaluación de solvencia radica la atribución de competencias en las entidades financieras. En virtud de la cual el legislador sitúa a las entidades de crédito de una posición de garante de la estabilidad del mercado crediticio. Pues su imperatividad conlleva implícitamente una delegación de competencias tendentes a la protección del interés público consistente en la prevención del sobreendeudamiento de los prestatarios.

Como indica el Considerando 45 RGPD, el artículo 6.3 RGPD, el artículo 8.2 LOPDGDD y el artículo 8.2 del CEDH, la competencia atribuida al responsable del tratamiento tiene que tener su origen en una norma con rango de ley. En este caso, encontraremos tal atribución en los artículos 11 de la LCI⁶⁸ y 14 de la LCC⁶⁹ a través de los cuales se dota de competencia a las entidades financieras para la evaluación de solvencia del deudor con el fin último de proteger el mercado financiero, y con él al conjunto de la sociedad.

⁶⁸ El artículo 11 de la LCI recoge la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario en el préstamo inmobiliario: «Los prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante antes de celebrar un contrato de préstamo. Dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo, entre otros la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral».

⁶⁹ El artículo 14 de la LCC recoge la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario en el préstamo al consumo: «El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo. En el caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica».

3. Proporcionalidad del tratamiento respecto a los fines perseguidos

La evaluación de solvencia del deudor, en tanto en cuanto supone una limitación al derecho a la protección de datos de los potenciales prestatarios ha de ser conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del CEDH. Así pues, la injerencia de una autoridad pública en el derecho a la protección de datos de los interesados requerirá que la misma «constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». Para lo que ha podido matizar la jurisprudencia del TEDH⁷⁰ que “el concepto de necesidad implica que la injerencia responda a una necesidad social acuciante y, en particular, que sea proporcionada con el fin legítimo que persigue”.

La valoración de la proporcionalidad del tratamiento habrá de valorarse atendiendo a los criterios jurisprudenciales emanados del TC e inspirados en la jurisprudencia del TEDH a través del «test de proporcionalidad». Dicho test implica analizar tres aspectos (1) necesidad; (2) idoneidad; (3) proporcionalidad en sentido estricto⁷¹.

⁷⁰ *Vid.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos., Sentencia n° 9248/81 de 26 de marzo de 1987, asunto Leander contra Suecia. Disponible en: <https://international.vlex.com/vid/case-of-leander-v-870634170>.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero: «En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66], F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55], FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 270], F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37], F. 8; 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 186], F. 6)». Tribunal Constitucional., Sentencia 14/2003 de 28 de enero de 2003, Fundamento Jurídico 10. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4789>.

La apreciación de proporcionalidad requiere de la previsibilidad del tratamiento de datos en relación a la base jurídica de la que se dota, debiendo permitir al interesado anticipar los posibles efectos del tratamiento⁷². Lo que vendrá a completar la necesidad de determinación de una finalidad específica que evite ambigüedades en su definición.

IV. SEUDONIMIZACIÓN DE DATOS PARA EL ENCAJE EN EL RGPD DE LOS USOS SECUNDARIOS DEL *CREDIT SCORING* CUANDO SE EMPLEEN SISTEMAS DE IA.

Como ya adelantamos, el *credit scoring* es generalmente desarrollado a través de sistemas de IA que emplean modelos algorítmicos sustentados en Big Data. Si bien el empleo de sistemas de IA puede implicar el nacimiento de nuevos riesgos para la privacidad de los interesados a causa de su aprendizaje autónomo⁷³, también abre un nuevo marco de oportunidades con múltiples implicaciones positivas. Ello se debe a la posibilidad de que los modelos algorítmicos trabajen con datos seudonimizados⁷⁴.

La idea inicial acerca de la IA consistía en que la calidad de su funcionamiento dependería del volumen de datos con los que se entrene al sistema⁷⁵. Sin embargo, el desarrollo de esta tecnología nos ha permitido comprobar que ello no es del todo cierto y nos ha con-

⁷² RGPD, 2016, Considerando 41.

⁷³ Čerka, P., & Grigiene, J., & Sirbikyte, G., «Liability for damages caused by artificial intelligence», *Computer Law & Security Review*, vol. 31, núm. 3, 2015, págs. 376-389.

⁷⁴ Para Gil: «La primera fase comprende la recolección de información sobre los individuos y la aplicación de algoritmos y medios automatizados para observar correlaciones.[...]. En esta fase es importante que los datos de cada persona puedan asociarse como pertenecientes a la misma persona. Pero esto no implica que podamos saber quién es esa persona. Por ejemplo, se puede utilizar un código (un número aleatorio) que nos permita relacionar todas las variables que pertenecen a una misma persona. Así podremos identificar qué variables coinciden o difieren entre los grupos de personas para poder obtener nuestras conclusiones». Gil, E., *Big data, privacidad y protección de datos*. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pág. 56. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/big-data.pdf>.

⁷⁵ Mayer-Schönberger, V., & Cukier, K., *Big data: A revolution that will transform how we live, work, and think*. Ed. Houghton Mifflin Harcourt, Boston, 2013, pág. 13.

ducido a poner el foco en la calidad del dato (Smart Data)⁷⁶ y no en la cantidad⁷⁷.

Por ende, la seudonimización de los datos resultaría una medida conforme al principio de calidad de datos⁷⁸ y de minimización de datos adecuada⁷⁹ que podría beneficiar al sistema de IA no solo desde

⁷⁶ García Gil, Luengo, García y Herrera afirman lo siguiente en relación al «Smart Data»: «Recientemente, se ha introducido el concepto Smart Data (centrado en la veracidad y el valor de los datos), con el objetivo de filtrar el ruido y resaltar los datos valiosos. Hay tres atributos clave para que los datos sean inteligentes, deben ser: (1) Precisos: los datos deben ser lo que dicen que son con suficiente precisión para generar valor. La calidad de los datos es importante. (2) Procesables: los datos deben ser escalables inmediatamente para maximizar objetivos empresariales. (3) Rápidos: los datos deben estar disponibles en tiempo real y listos para adaptarse a las cambiantes exigencias empresariales. El modelado y análisis avanzado en Big Data es indispensable para descubrir la estructura subyacente en los datos con el fin de obtener Smart Data». García-Gil, D., & Luengo, J., & García, S., & Herrera, F., «Smart Data: Filtrado de Ruido para Big Data», *XVIII Conferencia de la Asociación Española para la Inteligencia Artificial (CAEPIA)*, Granada, 2018, pág. 1. Disponible en: <https://sci2s.ugr.es/sites/default/files/bbvsoftware/publications/CAEPIA-18-Ruido.pdf>.

⁷⁷ Para Hagendorff, esto significa la necesaria transición del modelo $n = \text{all}$, a un modelo $n = X$. Donde «X» representará un valor más limitado que «all» al no corresponderse con el análisis de cualquier dato, sino sólo de aquellos datos que resulten adecuados y pertinentes para el sistema. Vid. Hagendorff, T., «Linking human and machine behavior: A new approach to evaluate training data quality for beneficial machine learning. *Minds and Machines*», *Springer*, vol. 31, núm. 4, 2021, pág. 567. Disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11023-021-09573-8.pdf>; Es así, que a día de hoy podemos decir que el concepto de «datos brutos» comienza a perder el sentido, pues siempre existirán filtros a los datos que procese el sistema de IA dando paso al Smart Data. Vid. Gitelman, L., «Raw data is an oxymoron», *MIT Press*, Cambridge, 2013.

⁷⁸ Comisión Europea., Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (*Artificial Intelligence Act*) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. [COM(2021) 206 final], Artículo 10. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

⁷⁹ En su Guía sobre usos adecuados de la IA, la AEPD cita a modo ejemplificativo los siguientes medios de minimización de datos: «Realización de un análisis previo de las condiciones que han de cumplir los datos para que sean considerados de alta calidad y con una gran capacidad predictora para la aplicación concreta; Análisis de forma crítica de la extensión de la tipología de datos empleados en cada etapa de la solución IA; Supresión de datos no estructurados, o información no necesaria recogida durante el preproceso de la información; Identificación y supresión, durante el proceso de entrenamiento, aquellas categorías de datos que no tienen una influencia significativa en el aprendizaje o en el resultado de la inferencia; Supresión de conclusiones no relevantes asociadas a información personal durante el proceso de entrenamiento, por ejemplo, en el caso de entrenamiento no supervisado; Utilización de técnicas de verificación que requieran un menor número de datos; como la validación cruzada; Análisis y configuración de hiperparámetros del algoritmo que pudieran tener; influencia en la cantidad o extensión de datos tratados para minimizar estos; Utilización de modelos de aprendizaje federado en vez de centralizado; Aplicación de

el punto de vista del cumplimiento normativo, sino también desde el punto de vista técnico⁸⁰. Reduciendo sesgos, aumentando la predictibilidad del modelo y facilitando su tratamiento ulterior para fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.

A. Implicaciones de la seudonimización de datos a efectos del RGPD

La seudonimización no solo supone una medida de minimización de datos y de seguridad adecuada para garantizar la confidencialidad⁸¹ de los datos, sino que el RGPD prevé un régimen más flexible para el tratamiento de datos seudonimizados.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1.b RGPD⁸², los datos recabados por la entidad de crédito podrán ser tratados para fines de investigación científica⁸³ o fines estadísticos⁸⁴ siempre y cuan-

estratégicas de privacidad diferencial; Entrenamiento con datos cifrados utilizando técnicas homomórficas; Agregación de datos; Anonimización y seudonimización, no solo en la comunicación de datos, sino también en los datos de entrenamiento, posibles datos personales contenidos en el modelo¹⁰⁷ y en el tratamiento de la inferencia». Agencia Española de Protección de Datos. Guía de adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial de febrero de 2020, pág. 40. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>.

⁸⁰ Gil, E., *Big data, privacidad y protección de datos*. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pág. 56. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/big-data.pdf>.

⁸¹ Ello puede observarse de la valoración del Considerando 28 y artículo 25.1 del RGPD.

⁸² En relación al artículo 5.1.b, el artículo 89.1 del RGPD enuncia que: «El tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos estará sujeto a las garantías adecuadas, con arreglo al presente Reglamento, para los derechos y las libertades de los interesados. Dichas garantías harán que se disponga de medidas técnicas y organizativas, en particular para garantizar el respeto del principio de minimización de los datos personales. Tales medidas podrán incluir la seudonimización, siempre que de esa forma puedan alcanzarse dichos fines. Siempre que esos fines pueden alcanzarse mediante un tratamiento ulterior que no permita o ya no permita la identificación de los interesados, esos fines se alcanzarán de ese modo».

⁸³ En virtud del Considerando 159 RGPD: «[...] El tratamiento de datos personales con fines de investigación científica debe interpretarse, a efectos del presente Reglamento, de manera amplia, que incluya, por ejemplo, el desarrollo tecnológico y la demostración, la investigación fundamental, la investigación aplicada y la investigación financiada por el sector privado».

⁸⁴ El Considerando 162 del RGPD reza: «[...] Por fines estadísticos se entiende cualquier operación de recogida y tratamiento de datos personales necesarios para encuestas estadísticas o para la producción de resultados estadísticos. Estos

do se encuentren seudonimizados⁸⁵, pudiendo tratarse dichos datos para la consecución de intereses privados de la propia entidad. A tenor de lo cual podría revestir especial interés para la identificación de patrones y tendencias en el mercado crediticio.

Tampoco existe inconveniente alguno en que esta excepción sea invocada cuando la finalidad de la investigación sea de interés privado⁸⁶. Tampoco en que sea relativa a ciencias sociales, como podría ser el estudio económico del mercado y la investigación basada en registros y cotejo de datos recabados en el *credit scoring*⁸⁷. Lo que podría suscitar especial interés, entre otros ámbitos, para la investigación basada en registros y cotejo de datos recabados en el *credit scoring*⁸⁸ para la identificación de patrones y tendencias en el mercado crediticio.

Finalmente, se ha de precisar que el el tratamiento de datos seudonimizados al que refiere el artículo 5.1.b RGPD sin duda alguna incluye el tratamiento de categorías especiales de datos, sin embargo, el empleo de estos datos a los que hace referencia el artículo 9 RGPD para el *credit scoring* ha sido, junto con los datos obtenidos de Redes Sociales del solicitante, expresamente prohibido por el Consi-

resultados estadísticos pueden además utilizarse con diferentes fines, incluidos fines de investigación científica. El fin estadístico implica que el resultado del tratamiento con fines estadísticos no sean datos personales, sino datos agregados, y que este resultado o los datos personales no se utilicen para respaldar medidas o decisiones relativas a personas físicas concretas».

⁸⁵ El considerando 156 del RGPD reza: «El tratamiento ulterior de datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos ha de efectuarse cuando el responsable del tratamiento haya evaluado la viabilidad de cumplir esos fines mediante un tratamiento de datos que no permita identificar a los interesados, o que ya no lo permita, siempre que existan las garantías adecuadas (como, por ejemplo, la seudonimización de datos)». *Vid.* Considerandos 157 y 162 RGPD.

⁸⁶ El considerando 159 del RGPD reza: «El tratamiento de datos personales con fines de investigación científica debe interpretarse, a efectos del presente Reglamento, de manera amplia, que incluya, por ejemplo, el desarrollo tecnológico y la demostración, la investigación fundamental, la investigación aplicada y la investigación financiada por el sector privado. Además, debe tener en cuenta el objetivo de la Unión establecido en el artículo 179, apartado 1, del TFUE de realizar un espacio europeo de investigación. [...]».

⁸⁷ El Considerando 157 RGPD reza: «Dentro de las ciencias sociales, la investigación basada en registros permite que los investigadores obtengan conocimientos esenciales acerca de la correlación a largo plazo, con otras condiciones de vida, de diversas condiciones sociales, como el desempleo y la educación. Los resultados de investigaciones obtenidos de registros proporcionan conocimientos sólidos y de alta calidad que pueden servir de base para la concepción y ejecución de políticas basada en el conocimiento, mejorar la calidad de vida de numerosas personas y mejorar la eficiencia de los servicios sociales».

⁸⁸ *Vid.* Considerando 157 RGPD.

derando 55, y los artículos 18.3 y 19.5 de la nueva DDC de 2023, en lo que supone una de las modificaciones introducidas respecto a su precedente⁸⁹.

Finalmente, se ha de precisar que la seudonimización de datos, también podría ser susceptible de identificarse como uso secundario cuya base de legitimación es el cumplimiento de una obligación legal⁹⁰, o del tratamiento realizado en interés público⁹¹, pues la seudonimización de los datos para su empleo con fines de investigación se presenta como una posible alternativa —análoga o compatible— para el uso ulterior de los datos procedentes del *credit scoring*⁹².

V. *CREDIT SCORING* A LA LUZ DEL FUTURO REGLAMENTO PARA LA IA

Pese a no haber sido aprobado aún el texto definitivo, el avanzado estado del proceso legislativo invita a realizar una somera aproximación al *credit scoring* a la luz del futuro Reglamento de Inteligencia Artificial (IA)⁹³ habida cuenta del más que extendido uso de esta tecnología en el sector.

⁸⁹ Reigada, A. T., & Rivas, J. J. G., *Comentario al Reglamento general de protección de datos ya la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 3.412.

⁹⁰ Pues en tal caso, la finalidad del tratamiento es la prevención del sobreendeudamiento del deudor para garantizar la estabilidad del mercado, por lo que podría ser defendida la posible compatibilidad en los fines y su encaje como uso secundario sin requerir de seudonimización.

⁹¹ Ello cobraría aún mayor peso si se asociaran los fines de la investigación al interés público. Pudiendo entonces identificarse el tratamiento como un uso secundario compatible que no requeriría de la seudonimización de los datos.

⁹² En este sentido afirma el GT29 que: «*In order to identify what safeguards are necessary, it may be helpful to make a distinction between two different scenarios. In the first one, the organisations processing the data want to detect trends and correlations in the information. In the second one, the organisations are interested in individuals. In the first scenario, the concept of functional separation is likely to play a key role, and the extent to which this may be achieved could be an important factor in deciding whether further use of the data for (marketing or other) research can be considered compatible. In these cases, data controllers need to guarantee the confidentiality and security of the data, and take all necessary technical and organisational measures to ensure functional separation*». Grupo de Trabajo del Artículo 29., Opinion 03/2013 on purpose limitation, pág. 46. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

⁹³ Si bien este texto está aún sujeto a modificaciones, parece haber sentado las bases de los principios que regirán el marco regulatorio de la IA en el futuro de la Unión Europea.

La Propuesta adopta un enfoque basado en el riesgo donde el legislador determina un esquema en el que las prácticas de riesgo intolerable se corresponderán con lo determinado como «prácticas prohibidas»; las prácticas de riesgo alto darán lugar a lo determinado como «sistemas de IA de alto riesgo» y a la aplicación de un régimen específico; las prácticas de riesgo bajo o mínimo se corresponde con el resto de sistemas de IA que quedan fuera de las dos categorías anteriores⁹⁴.

En este contexto, de conformidad con el artículo 6.2 de la Propuesta y el Anexo III, los sistemas de evaluación de solvencia crediticia son catalogados como de «alto riesgo»⁹⁵. Esta cuestión resultará crucial, pues son pocas las disposiciones que la Propuesta dedica a la regulación de sistemas de IA no catalogados como de alto riesgo.

Como sistema de IA de alto riesgo, las tecnologías empleadas para el *credit scoring* habrán de cumplir con las obligaciones diamantes del Título III, Capítulo II de la Propuesta. De entre los cuales merecen especial mención los principios de calidad de datos⁹⁶, gestión de

⁹⁴ Como indica el punto 5.2.2 de la exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento para la IA: «El Reglamento sigue un enfoque basado en los riesgos que distingue entre los usos de la IA que generan: i) un riesgo inaceptable, ii) un riesgo alto, y iii) un riesgo bajo o mínimo». Comisión Europea., Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (*Artificial Intelligence Act*) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. [COM(2021) 206 final], Exposición de motivos 5.2.2. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

⁹⁵ Con excepción de «los sistemas de IA puestos en servicio por parte de proveedores a pequeña escala para su uso propio» de conformidad con el artículo 6.2 del Anexo III de la Propuesta de reglamento para la IA.

⁹⁶ El artículo 10 de la Propuesta de Reglamento para la IA establece medios para afianzar la calidad de los datos en los sistemas de IA de alto riesgo. A través de este precepto, el legislador sistematiza una serie de prácticas y principios relativos al tratamiento de datos durante la fase de entrenamiento, validación y prueba del sistema de IA sin especificar los medios concretos para llevarlas a cabo. Se trata de dotar a estas fases de producción de mayores garantías que puedan propiciar una adecuada gobernanza y gestión de datos dejando la elección de aquellos medios que resulten adecuados al criterio de los productores y desarrolladores. El empleo del criterio de la adecuación como concepto jurídico indeterminado otorga a los productores un amplio margen de decisión sobre los mecanismos que emplearán para dar cumplimiento a las exigencias del precepto.

riesgos⁹⁷, transparencia⁹⁸, vigilancia humana⁹⁹ y precisión, solidez y ciberseguridad¹⁰⁰. Además de aplicar medidas de control *ex ante* en lo que podemos entender como un principio *accountability by design*¹⁰¹ que, en todos caso, requerirá de la evaluación previa de la conformidad del sistema de IA¹⁰².

A. Posibilidad de tratar categorías especiales de datos para evitar sesgos en el sistema de IA que realice el *credit scoring*

Al objeto de evitar la posible discriminación derivada del sesgo del sistema de IA que podría tener lugar como consecuencia de su

⁹⁷ El artículo 9 de la Propuesta de Reglamento para la IA establece un conjunto de indicaciones dirigidas a productores y desarrolladores para implementar la gestión de riesgos desde el diseño. En repetidas ocasiones, la Propuesta de Reglamento de IA clarifica su integral enfoque basado en el riesgo y, con ello, que la gestión de riesgos podría coadyuvar a la determinación de mecanismos que permitan modular desde el diseño los riesgos que la IA acarrea. La gestión de riesgos será, por tanto, un procedimiento metódico tendente al análisis de los riesgos existentes, con el objetivo de determinar las medidas técnicas u organizativas de control del riesgo que resulten más adecuadas para reducir el nivel de riesgo a niveles aceptables.

⁹⁸ Artículo 13 de la Propuesta de Reglamento para la IA.

⁹⁹ Artículo 14 de la Propuesta de Reglamento para la IA.

¹⁰⁰ Artículo 15 de la Propuesta de Reglamento para la IA.

¹⁰¹ Kaminski, M., «Binary Governance: Lessons from the GDPR's Approach to Algorithmic Accountability», *University of Colorado Law School*, Colorado, 2019, pág. 1.557. Disponible en: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2374&context=faculty-articles>. A través del principio de «*accountability by design*», se trataría de imponer a los productores de sistemas de IA la obligación, no solo de cumplir, sino de estar continuamente en condiciones de demostrar que se ha actuado de forma diligente de acuerdo a las características de la actividad desarrollada y en observancia de la normativa aplicable. Ello es alcanzable a través de la documentación del cumplimiento de todas aquellas obligaciones que la normativa imponga, lo que da lugar a diferentes obligaciones de los productores.

¹⁰² Enuncia el punto 5.2.3 de la exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento de la IA: «En consonancia con un enfoque basado en los riesgos, dichos sistemas de IA de alto riesgo están permitidos en el mercado europeo siempre que cumplan determinados requisitos obligatorios y sean sometidos a una evaluación de la conformidad *ex ante*». Así, la obligación de someter al sistema de IA a este control con carácter previo a la comercialización del sistema deriva del artículo 19 de la Propuesta. A través de esta institución, los productores habrán de comprobar el cumplimiento de los requisitos de seguridad previstos en la norma para los sistemas de alto riesgo. Para ello, elabora todo un sistema de comprobación en el Capítulo 5. El sistema de comprobación de la conformidad se podrá llevar a cabo a través de la comprobación interna mediante (1) declaración UE de conformidad o (2) evaluación de la conformidad fundamentada en un control interno; o mediante la comprobación por un organismo externo por (3) evaluación de la conformidad fundamentada en la evaluación del sistema de gestión de la calidad y la evaluación de la documentación técnica, con la participación de un organismo notificado.

autónomo, el Considerando 44 de la Propuesta de Reglamento para la IA posibilita que se traten categorías especiales de datos bajo la base de legitimación del interés público esencial *ex* artículo 9.2 del RGPD.

A través de esta disposición, se permitiría dicho tratamiento de datos para la finalidad de «proteger los derechos de terceros frente a la discriminación que podría provocar el sesgo de los sistemas de IA, para garantizar que el sesgo de los sistemas de IA de alto riesgo se vigile, detecte y corrija»¹⁰³.

Si bien esta cuestión afectaría al tratamiento con independencia de su base de legitimación, ha de conectarse con lo antedicho en relación al interés público y el interés público esencial como base de legitimación. Pues la identificación de un interés público esencial en el tratamiento de categorías especiales de datos para prevenir el sesgo del algoritmo resulta igualmente aplicable al caso del *credit scoring*. Pudiendo determinar, no sólo la apreciación de interés público general en dicho tratamiento de datos, sino de un interés público esencial que permita tratar categorías especiales de datos al objeto de garantizar resultados pertinentes y no sesgados.

VI. CONCLUSIONES

El análisis del *credit scoring* como tratamiento de datos personales permite delimitar adecuadamente la finalidad del tratamiento de evaluación de la solvencia del prestatario a través del *credit scoring*, para clarificar las posibilidades con las que cuentan las entidades de crédito en el tratamiento ulterior de estos datos para fines compatibles. Dicha valoración nos lleva a concluir que:

1. Las entidades de crédito se encuentran obligadas a evaluar la solvencia del prestatario de forma previa a la concesión del crédito —en virtud de la DCI y la DCC— al objeto de valorar el riesgo del crédito.

¹⁰³ El Considerando 44 de la propuesta de Reglamento para la IA reza: «Con el fin de proteger los derechos de terceros frente a la discriminación que podría provocar el sesgo de los sistemas de IA, los proveedores deben ser capaces de tratar también categorías especiales de datos personales, como cuestión de interés público esencial, para garantizar que el sesgo de los sistemas de IA de alto riesgo se vigile, detecte y corrija». Comisión Europea., Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (*Artificial Intelligence Act*) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. [COM(2021) 206 final], Considerando 44. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

2. Para ello, estas entidades se valen de modelos estadísticos de *credit scoring* que funcionan a través del tratamiento de datos personales y se encuentra sujeta a lo dispuesto en el RGPD.
3. La finalidad del tratamiento de datos cuando la base de legitimación sea el cumplimiento de una obligación legal (artículo 6.1.c RGPD) es equivalente a la finalidad perseguida por la obligación legal que legitima el tratamiento.
4. El estudio de la finalidad del tratamiento de datos en *credit scoring* nos dibuja varios niveles que, en su conjunto, componen la finalidad del tratamiento.
 - a. Nivel 1 (finalidad inmediata): Evaluación de la solvencia del prestatario.
 - b. Nivel 2 (finalidad mediata): Prevención del sobreendeudamiento.
 - c. Nivel 3 (finalidad esencial): Mantenimiento de la estabilidad/salud del mercado financiero.
5. Cada nivel supondrá un filtro que se proyectará en el desenvolvimiento de los diferentes principios RGPD (artículo 5) e incidirán en mayor o menor medida en cada fase del tratamiento. Teniendo un especial interés para este trabajo el relativo a la limitación de la finalidad y los posibles usos secundarios compatibles.
6. En cuanto al cumplimiento de una misión realizada en interés público como base de legitimación del tratamiento (artículo 6.1.e RGPD) encontramos que:
 - a. La valoración de sus requisitos presentan al cumplimiento de una misión en interés público como una base de legitimación que podría resultar adecuada para el *credit scoring*.
 - b. Su influencia no sólo tendría lugar en el tratamiento inicial de los datos, sino que también podría respaldar el uso secundario de los datos para fines compatibles en el caso de que se opte por el cumplimiento de una obligación legal (artículo 6.1.c RGPD) como base de licitud.
7. El uso de la IA y el Big Data para el *credit scoring* y su posibilidad de trabajar con datos seudonimizados supone una oportunidad para las entidades de crédito por las siguientes razones:
 - a. La seudonimización de datos supone una medida adecuada tendente a garantizar la confidencialidad de los datos y

- a dar cumplimiento al principio de minimización de datos (artículo 5.1.c RGPD).
- b. Permite el tratamiento de los datos con fines estadísticos y de investigación.
 - c. Ello podría suscitar especial interés para las entidades de crédito a la hora de emplear esos datos para sus propios fines.
8. El empleo de la IA en el tratamiento de datos personales también implica la sujeción al futuro Reglamento para la IA, cuya aprobación en esta fase es inminente y que implica la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones que emanen de su texto definitivo.
9. La aplicación del futuro Reglamento para la IA también podría dar lugar al tratamiento de categorías especiales de datos con el fin de evitar el sesgo del algoritmo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Ed. Gredos, Madrid, 1985.
- Bessis, J., *Risk Management in Banking*, Ed. John Willey & Sons LTD, West Sussex, 2002.
- Čerka, P., Grigiene, J., & Sirbikytė, G., «Liability for damages caused by artificial intelligence», *Computer Law & Security Review*, vol. 31, núm. 3, págs. 376-389, 2015.
- Collado Rodríguez, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor*, Tesis doctoral Universidade da Coruña, Galicia, 2018.
- , «La evaluación de la solvencia mediante el uso de sistemas de IA», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 46, págs. 41-67, 2023.
- Flórez López, R., *Análisis de los Determinantes del Riesgo de Crédito. Aplicación de Técnicas Emergentes en el Marco de los Acuerdos de Basilea II y Solvencia II*, Ed. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas Ministerio de Economía y Competitividad, España, 2012.
- García-Gil, D., Luengo, J., García, S., & Herrera, F., «Smart Data: Filtrado de Ruido para Big Data», *XVIII Conferencia de la Asociación Española para la Inteligencia Artificial (CAEPIA)*, Granada,

2018. Disponible en: <https://sci2s.ugr.es/sites/default/files/bbvsoftware/publications/CAEPIA-18-Ruido.pdf>.

Gil, E., *Big data, privacidad y protección de datos*. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/big-data.pdf>.

Gitelman, L., «Raw data is an oxymoron», *MIT Press*, Cambridge, 2013.

Goodhart, C. H., y Schoenmaker, D., «Institutional Separation between Supervisory and Monetary Agencies», *LSE Financial Markets Group*, Special Paper núm. 52, Londres, 1993.

Hagendorff, T., «Linking human and machine behavior: A new approach to evaluate training data quality for beneficial machine learning. *Minds and Machines*», *Springer*, vol. 31, núm. 4, págs. 563-593, 2021. Disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11023-021-09573-8.pdf>.

Kaminski, M., «Binary Governance: Lessons from the GDPR's Approach to Algorithmic Accountability», *University of Colorado Law School*, Colorado, 2019. Disponible en: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2374&context=faculty-articles>.

Lata, N. Á., «Notas a la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-449/13, CA Consumer Finance SA Vs I. Bakkaus; Mr. & Mrs. Bonato). Obligaciones derivadas del principio de crédito responsable: primeras interpretaciones del TJUE», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 13, págs. 245-256, 2015.

Mayer-Schönberger, V., & Cukier, K., *Big data: A revolution that will transform how we live, work, and think*. Ed. Houghton Mifflin Harcourt, Boston, 2013.

Monroy-Cely, D. A., «Behavioral Economics: Orígenes, metodología y herramientas de trabajo», *Entramado*, vol. 10, núm. 2, págs. 184-206, 2014. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v10n2/v10n2a12.pdf>.

Mullainathan, S., & Thaler, R., Behavioral Economics. En Working Paper MIT, núm. 00-27, 1-13, Chicago, 2000. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=245828.

Peña López, F., El enfoque del “crédito responsable” como mecanismo de protección del consumidor frente al riesgo de insolvencia, 2010. Disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13057/CC-112_art_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

- Reigada, A. T., & Rivas, J. J. G., *Comentario al Reglamento general de protección de datos ya la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- Tomer, J., «What is behavioral economics?», *The Journal of Socio-Economics*, vol. 36, núm. 3, págs. 463-479, 2007.
- Van Gestel, T., & Baesens, B., *Credit Risk Management: Basic concepts: Financial risk components, Rating analysis, models, economic and regulatory capital*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

OTROS DOCUMENTOS

1. Comisión Europea

- Comisión Europea., Informe de la Comisión de 11 de mayo de 1995 sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE [COM (1995) 117 final].
- Comisión Europea., Informe resumido de reacciones y comentarios de 24 de septiembre de 1997, sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE [COM (1997) 465 final].
- Comisión Europea., Comunicación de la Comisión sobre el «Plan de acción sobre política de los consumidores para el trienio 1999 — 2001» de 1 de diciembre de 1998 [COM (1998) 696 final].
- Comisión Europea., Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Proyecto de Informe conjunto sobre la Integración Social de 10 de octubre de 2001, [COM (2001) 565 final].
- Comisión Europea., Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. [COM(2021) 206 final]. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF

2. Consejo Económico y Social europeo (CESE)

- Consejo Económico y Social Europeo., Dictamen «El consumidor y el mercado interior» de 26 de noviembre de 1992.

Consejo Económico y Social Europeo., Documento Informativo relativo a «el sobreendeudamiento de los hogares» de 12 de julio de 2000.

Consejo Económico y Social Europeo., Dictamen sobre «el sobreendeudamiento de los hogares» de 24 de abril de 2002.

Consejo Económico y Social Europeo., Dictamen de 17 de julio de 2003, en relación con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito a los consumidores de 11 de septiembre de 2002.

Consejo Económico y Social Europeo., Dictamen de 14 y 15 de febrero de 2006, en relación con la «Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud y la protección de los consumidores (2007-2013)» de 6 de abril de 2005.

Consejo Económico y Social Europeo., Dictamen sobre «El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia» de 25 de octubre de 2007.

Consejo Económico y Social Europeo., Dictamen sobre «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado de sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» de 29 de abril de 2014.

3. Consejo Europeo

Consejo Europeo., Resolución del Consejo de 13 julio 1992 sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores.

Consejo Europeo., Resolución del Consejo de Ministros de los Consumidores 13 abril 2000.

Consejo Europeo., Resolución del Consejo de 26 de noviembre de 2001.

Consejo Europeo. Resolución del Consejo de Ministros de Justicia de 8 de abril de 2005.

Consejo Europeo., Recomendación del Consejo a los Estados miembros del Consejo de 20 de junio de 2007.

4. Comité Europeo de Protección de Datos

Grupo de trabajo del artículo 29., Opinion 03/2013 on purpose limitation. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

Grupo de Trabajo del Artículo 29., Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE. Disponible en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp217_es_interes_legitimo.pdf.

5. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)

Agencia Española de Protección de Datos., Guía de adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>.

Agencia Española de Protección de Datos., Informe del Gabinete Jurídico 0036/2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0036.pdf>.

Agencia Española de Protección de Datos., Resolución número PS/00120/2021 de 27 de julio. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00120-2021.pdf>.

Agencia Española de Protección de Datos., Informe del Gabinete Jurídico 0098/2022. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2022-0098.pdf>.

JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Constitucional (TC)

Tribunal Constitucional., Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre del 2000. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>.

Tribunal Constitucional., Sentencia 14/2003 de 28 de enero de 2003. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4789>.

2. Tribunal Supremo (TS)

Tribunal Supremo., Sentencia 54/2002, de 5 de febrero de 2002. Disponible en: <https://vlex.es/vid/anonima-publico-economico-24-1-114-15039592>.

3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea., Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=123843&doclang=ES>.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea., Sentencia de 27 de marzo de 2014, asunto C-565/12. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0565>.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea., Conclusiones del abogado general Paolo Mengozzi presentadas el 30 de mayo de 2017. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CC0122>.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea., Sentencia de 13 de septiembre de 2018, asunto C176/17. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2018%3A711>.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea., Sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0051>.

4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos., Sentencia nº 9248/81 de 26 de marzo de 1987, asunto Leander contra Suecia. Disponible en: <https://international.vlex.com/vid/case-of-leander-v-870634170>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos., Sentencia nº 44647/9828 de enero de 2003, asunto Peck contra Reino Unido.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos., Sentencia nº 68955/11 de 15 de enero de 2015, asunto Dragojević contra Croacia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos., Sentencia nº 7472/14 de 19 de mayo de 2016, asunto D.L. contra Bulgaria.

OTRAS FUENTES

FinCoNet., FinCoNet report on responsible lending: Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices, 2014. Disponible en: <https://www.finconet.org/FinCoNet-Responsible-Lending-2014.pdf>.

ANTECEDENTES PENALES Y EXCLUSIÓN SOCIAL: UNA MIRADA A ESPAÑA, A EUROPA Y AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA ERA DIGITAL¹

CRIMINAL RECORDS AND SOCIAL EXCLUSION: A LOOK AT SPAIN, EUROPE AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE DIGITAL AGE

Carmen Rocío Fernández Díaz
Universidad de Málaga

Sumario: *I. Introducción. II. La política criminal socialmente incluyente o excluyente: especial referencia a los registros penales en España. II.A. Consideraciones previas. II.B. El carácter socialmente excluyente de los registros penales. II.B.1. La confidencialidad de los antecedentes penales, su cancelación y el derecho al olvido en Internet. II.B.2. Las consecuencias colaterales de la condena: la solicitud de certificados de antecedentes penales para acceder a un empleo. III. Los antecedentes penales en la Unión Europea. III.A. Los precedentes normativos y la creación del Sistema Europeo de Información de Antecedentes penales (ECRIS). III.B. El Sistema Europeo de Información de Antecedentes penales en cifras. IV. El estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a los registros de antecedentes penales. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.*

Resumen: En la era digital, el uso que se hace de la información como bien intangible conlleva diferentes consecuencias en función de

¹ Este estudio se inscribe en el marco del proyecto de excelencia de la Junta de Andalucía, titulado «Medidas inclusivas para menores en situación de exclusión social» (ProyExcel_00514), y cuyo investigador principal es Octavio García Pérez.

su naturaleza. La información relativa a los antecedentes penales de una persona afecta a su derecho al respeto de la vida privada y familiar y su uso trae consigo importantes efectos en su reinserción social. El presente trabajo analiza el papel que juegan los registros penales y el uso de la información contenida en ellos en España, especialmente para el acceso a un empleo; estudia cómo Europa ha ido legislando sobre el intercambio de antecedentes penales entre los Estados miembros, creando el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (o ECRIS, por sus siglas en inglés); y trata de averiguar cuál es el estándar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido respecto a las condiciones del almacenamiento y uso de dicha información para el respeto del citado derecho. Todo lo anterior permitirá reflexionar sobre el fin para el que sirven actualmente los antecedentes penales de una persona y si ello va o no en consonancia con la idea de reinserción social.

Palabras clave: Antecedentes penales, exclusión social, Sistema Europeo de Información de Antecedentes penales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consecuencias colaterales.

Abstract: In the digital age, the use of information as an intangible asset entails different consequences depending on its nature. Information regarding a person's criminal record affects their right to respect for private and family life and its use has important effects on their social reintegration. This paper analyzes the role played by criminal records and the use of them in Spain, especially for access to employment; it studies how Europe has been legislating on the exchange of criminal records between Member States, creating the European Criminal Records Information System (ECRIS); and it tries to find out what is the standard that the European Court of Human Rights has settled regarding the conditions of storage and use of said information for the respect of the aforementioned right. All of the above will lead us to reflect on the purpose for which a person's criminal record currently serves and whether or not this is in line with the idea of social reintegration.

Keywords: Criminal records, social exclusion, European Criminal Records Information System, European Court of Human Rights, collateral consequences.

I. INTRODUCCIÓN

En un mundo cada vez más globalizado y digitalizado, la información constituye un valor de primer orden y su flujo y transmisión generan eficiencia e interconexión entre personas e instituciones. Sin

embargo, la información puede pertenecer a diferentes ámbitos y, en función de ello, puede ser almacenada, transmitida y utilizada con finalidades distintas.

En el caso que nos ocupa, la información relativa a los antecedentes penales va referida a la vida privada de una persona, derecho reconocido en los artículos 18.1 de la Constitución española y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en concreto, a su historial delictivo, pudiendo generar el uso de esta información importantes efectos en su reinserción social. Esta cuestión se ubica en el ámbito de un tema relativamente reciente como objeto de interés en nuestro entorno académico más cercano: el de las consecuencias colaterales de los antecedentes penales². Así, se ha puesto de manifiesto por la doctrina especializada que hace poco más de una década que ha empezado a ganar protagonismo en el contexto europeo la investigación sobre el impacto económico, social u ocupacional, entre otros, que tienen los antecedentes penales de una persona en su vida. Ello frente a otros temas tradicionales que han estado en el foco de atención de los estudiosos de la materia, como pueden ser la prisión y las tasas de encarcelamiento. En este sentido, han destacado la importancia de este ámbito de estudio empíricamente comparando la tasa de encarcelamiento por cada 100.000 habitantes frente a la de sujetos que cuentan con antecedentes penales, constituyendo la primera en torno a un 2% de la segunda³. Las consecuencias colaterales de contar con antecedentes penales también son reputadas un «castigo invisible, pues implican una disminución de derechos y privilegios ciudadanos que no es tenida en cuenta en la imposición de las penas por la jurisprudencia, que recibe escasa atención en el debate público de la política criminal y que no se prevé entre las sanciones penales⁴.

De tal importancia resulta este tema, como desafío jurídico en nuestros días, que la doctrina más autorizada ha señalado recientemente que los antecedentes policiales y penales constituyen el ámbito

² Corda, A. / Rovira, M. / Van 'T Zand-Kurtovic, E., «Collateral consequences of criminal records from a cross-national perspective: An introduction», *Criminology & Criminal Justice* 00(0). *Special Issue: Collateral Consequences of Criminal Records*, SAGE, 2023, p. 3; Henley, A., «Criminalisation, criminal records and rehabilitation: From supervision to citizenship?», *Probation Journal*, Vol. 69(3), 2022, p. 273.

³ Así, Corda, A. / Rovira, M. / Van 'T Zand-Kurtovic, E., *Ibidem*, pp. 2-3, señalan que, por ejemplo, en Estados Unidos, la tasa de encarcelamiento sobre 100.000 habitantes es de 635 frente a la de 34.404 sujetos que cuentan con antecedentes penales. Estos datos en España -apuntan-, son de 125 y de 6.175, respectivamente.

⁴ Travis, J., «Invisible Punishment: An Instrument of Social Exclusion», en Mauer, M. / Chesney-Lind, M. (ed.): *Invisible Punishment. The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, The New Press, New York, 2002, pp. 15-17.

que mayor exclusión social expresa en la política criminal española⁵, por lo que actualmente «los antecedentes penales preocupan a la ciudadanía y ocupan a los jueces españoles»⁶. Además, en los últimos años, los antecedentes penales han ido adquiriendo un mayor protagonismo, como consecuencia, entre otros motivos, del desarrollo legislativo que esta materia ha sufrido en la Unión Europea y, en consecuencia, en sus Estados miembros. De este modo, se ha criticado por algunos autores lo conveniente que resulta para Europa la dicotomía que suele hacerse penalmente con Estados Unidos, situando la política criminal de este último país como particularmente dura y excepcional, ya que, en dicha dicotomía, Europa se presenta como un ejemplo de racionalidad, proporcionalidad, reinserción y moderación penal para otros países, caracterizada por su progresismo⁷. No obstante, como bien apuntan estos autores, esto no debe darse por supuesto, siendo necesario el estudio de los efectos reales de la normativa y la práctica de la política criminal en Europa⁸.

Así, especial importancia en dicho desarrollo legislativo ha tenido la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13

⁵ García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I., «La política criminal comparada según los resultados de la aplicación de RIMES», en García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 413-414.

⁶ Larrauri, E. / Rovira, M., «Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 23-01*, 2021, pp. 2-3 y 28.

⁷ Corda, A. / Rovira, M. / Van 'T Zand-Kurtovic, E., *Collateral consequences*, ob. cit., p. 6. Así mismo, véase Corda, A. / Rovira, M. / Henley, A., «Collateral consequences of criminal records from the other side of the pond: How exceptional is American penal exceptionalism?», *Criminology & Criminal Justice 00(0). Special Issue: Collateral Consequences of Criminal Records*, SAGE, 2023.

⁸ Así, Corda, A. / Rovira, M. / Henley, A., *Ibidem*, pp. 12-14, quienes estiman que pueden señalarse, al menos, tres áreas en las que Europa está desarrollando un cambio de tendencia que no la aleja ya tanto de Estados Unidos. Estas son: (1) la difusión de antecedentes penales, en cierta medida protegida por el TEDH y el TJUE pero con conflictos aún abiertos; (2) la cada vez mayor formalización de consecuencias colaterales de contar con antecedentes penales, que hasta ahora solo se producen *de facto*, mas no *de jure*; y (3) el debilitamiento de los mecanismos que fomentan legalmente la reinserción, como, en el caso de España, el plazo de 30 años tras el cumplimiento de la condena para la desaparición del nombre del condenado del registro de delinquentes sexuales. Lo anterior lleva a estos autores a concluir, que no es exagerado decir que Europa se encuentra en grave peligro de alcanzar eventualmente a Estados Unidos respecto a la imposición de consecuencias colaterales, creando un entorno social más excluyente para las personas con antecedentes penales que son vistas como riesgos que deben gestionarse en lugar de individuos que luchan por reintegrarse al tejido social (p. 15). No obstante, dentro de Europa se perciben diferencias importantes, como han puesto de manifiesto García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I., *La política criminal comparada*, ob. cit.

de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Esta establece en su artículo 10.2 que «[l]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado organizadas que impliquen contactos directos y regulares con menores, tengan derecho a solicitar información, de conformidad con el Derecho nacional, por cualquier medio apropiado, como el acceso previa petición o a través del interesado, de la existencia de condenas por infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 que consten en el registro de antecedentes penales, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales»⁹. Esta normativa supranacional ha derivado en cambios legislativos a nivel nacional, siendo los más relevantes en España la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y su desarrollo por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales¹⁰. Este último prevé plazos de cancelación para sus inscripciones de hasta 30 años, lo que conlleva, como veremos, importantes consecuencias para la vida de una persona.

Pues bien, partiendo de todo lo anterior, parece clara la relevancia y repercusión que puede tener un mal uso de la información relativa al pasado delictivo de una persona. Los diferentes Estados miembros cuentan con regulaciones nacionales de distinta índole para registrar y hacer uso de los antecedentes penales. Ello da lugar a políticas criminales más o menos excluyentes o incluyentes, en función de los efectos que se deriven de contar con un mayor o menor número de antecedentes penales.

No obstante, a pesar de que cada legislación cuenta con su propia regulación en esta materia, en los últimos años, por un lado, desde la Unión Europea se han adoptado diferentes medidas y se ha legislado con el objetivo de facilitar el intercambio de información entre Estados miembros para prevenir y combatir la delincuencia, no así para

⁹ Los artículos 3 a 7 de la Directiva 2011/92/UE van referidos a los abusos sexuales, la explotación sexual, la pornografía infantil, el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos, incluyendo su autoría mediante inducción y su participación mediante complicidad, así como su realización en grado de tentativa.

¹⁰ Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, este cambia su denominación a «Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos».

unificar los sistemas internos de registro de antecedentes penales por lo que respecta al uso de la información con fines de ámbito nacional. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el almacenamiento y la utilización de información relativa a antecedentes delictivos, lo que crea así mismo un estándar al que los diferentes Estados deberían atender en sus legislaciones internas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente trabajo pretende, en primer lugar, poner en contexto el tema objeto de estudio en el marco de la política criminal actual, considerando su carácter excluyente para el sujeto que tiene que reinsertarse en la sociedad tras la comisión de uno o más delitos, tomando como ejemplo el papel de los registros penales en el sistema español; en segundo lugar, poner de relieve los puntos clave de la regulación europea sobre antecedentes penales, recibiendo especial atención el llamado Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales o ECRIS (por sus siglas en inglés, *European Criminal Records Information System*); y, en tercer lugar, extraer los aspectos más relevantes de la postura mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de valorar si la regulación y práctica de los registros nacionales se ajusta al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Finalmente, todo ello permitirá extraer algunas conclusiones sobre a qué fin sirven actualmente los antecedentes penales de una persona, sin perder de vista que vivimos en la era digital, y si ello va en consonancia con la idea de reinserción social.

II. LA POLÍTICA CRIMINAL SOCIALMENTE INCLUYENTE O EXCLUYENTE: ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGISTROS PENALES EN ESPAÑA

II.A. Consideraciones previas

A fin de contextualizar el tema objeto de estudio en el marco de las políticas criminales contemporáneas, así como de poner de relieve el rol excluyente que los antecedentes penales juegan actualmente, se estima adecuado tomar como guía la perspectiva analítica promovida por Díez Ripollés, que considera insuficiente la dimensión rigor/moderación penal para interpretar la realidad político-criminal de los diferentes países, y promulga más bien seguir la dimensión inclusión/exclusión social, de mayor alcance¹¹.

¹¹ Díez Ripollés, J. L., «El abuso del sistema penal», *RECPC* 19-01, 2017, pp. 2-5. Esta dimensión es aplicada en el instrumento RIMES, para medir comparativamente

El autor define el concepto de inclusión social, considerando que esta aspira, entre otros fines, «...a que sospechosos o delincuentes se encuentren, tras su contacto con los órganos de control penal, en iguales o mejores condiciones individuales y sociales para desarrollar voluntariamente una vida conforme con la ley». En sentido contrario, la exclusión social —señala— «...ha de garantizar que el sospechoso o delincuente se encuentre, tras su contacto con los órganos de control penal, en unas condiciones individuales y sociales en las que le resulte más difícil infringir la ley o evitar ser descubierto»¹².

Así mismo, aclara que el programa incluyente se inspira en las corrientes penológicas que priorizan la resocialización del delincuente, mientras que el excluyente lo hace en aquellas que se centran en su inocuización¹³. El fin último del derecho penal, y de toda política criminal, viene dado por la prevención de la delincuencia dentro de parámetros socialmente asumibles¹⁴, para lo cual, por tanto, la reinserción social del sujeto, prevista en el artículo 25.2 de la Constitución española, como fin al que se orientan las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, constituye una piedra angular. Sin embargo, el logro de estos objetivos será difícil si se perpetúa la exclusión social¹⁵ y si el peso de la consecución de dichos objetivos se descarga, casi exclusivamente, en la persona del delincuente¹⁶, siendo una de

la exclusión social en las políticas criminales actuales. Véanse, entre otros trabajos, Cerezo Domínguez, A. I. (Coord.), *Política criminal y exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; Díez Ripollés, J. L. / García España, E., «RIMES: Un instrumento de comparación de políticas criminales nacionales desde la exclusión social», *Polít. Crim.* Vol. 15, n. 30, 2020; García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

¹² Díez Ripollés, J. L., *Ibidem*, pp. 5-6.

¹³ Díez Ripollés, J. L., *Ídem*, p. 6 nota 12.

¹⁴ Díez Ripollés, J. L., «La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada», *RECPC* 13-12, 2011, p. 5.

¹⁵ Así, también, Díez Ripollés, J. L., *Ibidem*, p. 9; el mismo: «Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos», *Indret* 4/2014, p. 17, donde señala que la producción o acentuación de la exclusión social de condenados y ex condenados, mediante prácticas que constituyen obstáculos para su reinserción social, en último término, fomenta la reincidencia o reiteración delictivas; el mismo: El abuso, *ob. cit.*, p. 6, donde defiende que «...un cierto nivel de inclusión social de sospechosos, delincuentes y exdelincuentes es una de las más eficaces estrategias para la prevención de la delincuencia», mientras que «...la producción o profundización de la exclusión social de sospechosos, delincuentes y exdelincuentes por las instituciones de control penal genera mayor delincuencia a medio y largo plazo».

¹⁶ En este sentido, García Magna, D., *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63-64, señala que el Estado, en lugar de centrar sus esfuerzos en políticas inclusivas y asistenciales que promuevan la inclusión social y económica, y que son especialmente necesarias en el caso de

esas cargas la «etiqueta» como «desviado» por haber infringido una norma acordada¹⁷ y creando así una realidad «nosotros y ellos»¹⁸.

En este contexto, la cada vez mayor exhaustividad y volumen de los registros policiales y penales, que se van consolidando progresivamente en los sistemas de control penal nacionales, marca una inequívoca evolución hacia un modelo político-criminal excluyente y, en consecuencia, hacia un uso abusivo de los medios de intervención penal¹⁹. En concreto, se analizarán los registros penales en el sistema español, considerando el papel de los antecedentes de esta naturaleza y la posibilidad de confiar en una verdadera resocialización para aquellos sujetos que sufren las consecuencias derivadas de contar con ellos en su historial delictivo en la actualidad.

II.B. El carácter socialmente excluyente de los registros penales

II.B.1. La confidencialidad de los antecedentes penales, su cancelación y el derecho al olvido en Internet

Díez Ripollés señala que los nuevos medios electrónicos, entre otros factores, son los responsables de la cada vez mayor exhaustividad y volumen de los registros policiales y penales. De este modo, critica que su persistencia temporal cada vez sea más prolongada, debido a la ampliación de los plazos de prescripción de delitos, de la cancelación o borrado de antecedentes o la dificultad de realizar estas últimas operaciones²⁰.

Como establece el artículo 136.4 del Código penal, «las inscripciones de antecedentes penales en las distintas secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas», siendo solo accesibles por las autoridades previstas en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. Por tanto, el principio general en España es la no publicidad de los

delincuentes reincidentes, desplaza dicha responsabilidad al propio penado, que no solo debe asumir el castigo que merece por lo que ha hecho, sino también la responsabilidad sobre su propia rehabilitación.

¹⁷ Becker, H., *Outsiders*, hacia una sociología de la desviación, Siglo veintiuno editores, 1ª ed., 4ª reimpresión, Buenos Aires, 2018, p. 28.

¹⁸ Jacobs, J. B., *The Eternal Criminal Record*, Harvard University Press, 2015, p. 302.

¹⁹ Díez Ripollés, J. L., *El abuso*, ob. cit., p. 19.

²⁰ *Ibidem*, p. 18.

antecedentes penales, lo cual se extiende a los de carácter policial, pues como defienden Larrauri y Rovira, «...en estos casos no hay ni siquiera una sentencia judicial que desvirtúe la inocencia de la persona detenida»²¹. A esta razón, Larrauri añade que, frente al sistema anglosajón, en la mayor parte de las jurisdicciones europeas, se pone un mayor énfasis a la intimidad y a la reinserción²².

Además de lo anterior, Díez Ripollés afirma que, a pesar de existir diferencias significativas en los registros de los diferentes países, cada vez es más fácil acceder a los antecedentes por condenas previas por parte de empresas, organizaciones privadas y particulares. Lo anterior, sumado a la obligación de algunos países, como es el caso de Estados Unidos, de facilitar el paradero tras la condena en el caso de delincuentes especialmente estigmatizados, como los sexuales, constituyen penas infamantes contemporáneas, que dejan arrumbados a los derechos al honor o a la intimidad, la protección de datos y, sin duda, a la reinserción social de los delincuentes²³.

Cabe mencionar aquí que la conculcación de estos derechos se hace especialmente patente hoy en día con las tecnologías, pues estas no solo favorecen el que se recoja la información por las vías institucionales en los citados registros, sino que también permiten perpetuar la permanencia de aquella en la red de manera extraoficial, como puede ser con su presencia en prensa o en buscadores. En este contexto, hay que recordar la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), de 13 de mayo de 2014 (Asunto C-131/12), que reconoce el derecho al olvido en Internet, al establecer que el gestor de un motor de búsqueda (como era el caso de Google España, en esta sentencia), «está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona» (párrafo 88), pues constituye un tratamiento de datos personales que «puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales» (párrafo 80). En esta sentencia se pone de manifiesto la confrontación entre el derecho

²¹ Larrauri, E. / Rovira, M., Publicidad, solicitud, ob. cit., p. 5.

²² Larrauri, E., «Criminal record disclosure and the right to privacy», *Criminal Law Review* (London, England), January 2014, p. 728.

²³ Díez Ripollés, J. L., El abuso, ob. cit., pp. 18-19. Sobre la facilidad para acceder a los antecedentes penales de una persona en Estados Unidos, véanse Lageson, S. E., *Digital Punishment: Privacy, Stigma, and the Harms of Data-Driven Criminal Justice*, Oxford University Press, 2020 y Jacobs, J. B., *The Eternal*, ob. cit., p. 303, quien señala que hoy en día es más difícil acceder al expediente educativo o al historial laboral de una persona que a aquellos.

a la vida privada y familiar (previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y la libertad de expresión (recogida en el artículo 10 del Convenio), que no parece estar aún resuelta, siendo necesario lograr un mejor equilibrio entre ambos²⁴. Además, no hay que olvidar que la Constitución española no solo garantiza en su artículo 18.1 el derecho a la intimidad personal y familiar, sino que el apartado 4 de dicho precepto establece que «[l]a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Sin embargo, hay que tener presente que, como afirma Lageson, aunque el «castigo digital» puede ser experimentado por muchas personas, la carga recae especialmente sobre aquellos que son estructuralmente vulnerables y, en gran medida, sobre los que son menos capaces de afrontar la gravedad de la situación²⁵.

Por tanto, tener en cuenta las consecuencias derivadas del reconocimiento del derecho al olvido resulta fundamental a la hora de tomar una decisión sobre la difusión de los datos relativos al historial delictivo de una persona, siendo conveniente en estos conflictos, como apunta Larrauri, que en la ponderación que realizan los jueces se tenga en cuenta también la reinserción social²⁶.

Este principio constitucional, no reconocido como derecho²⁷, aun cuando bien debería serlo, constituye el fin último al que deben ir dirigidas las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, según establece el artículo 25.2 de nuestra Carta Magna. Ello implicaría que, una vez que se produce la cancelación de los antecedentes penales de una persona, todo rastro de estos debería eliminarse, ya sea de un registro policial o penal, ya sea de cualquier otro lugar donde consten y pudieran mermar dicho fin²⁸, conforme al derecho

²⁴ Faisal, K., «Balancing between right to be forgotten and right to freedom of expression in spent criminal convictions», *Security and Privacy* 4(4): e157, 2021.

²⁵ Así, Lageson, S. E., *Digital Punishment*, ob. cit., p. 9, aclarando que la relación con la tecnología y la propia capacidad de defender el derecho a la intimidad constituyen un conjunto de privilegios asignados a clases socioeconómicas específicas.

²⁶ Larrauri, E., «¿Es legítima la difusión de la identidad del agresor condenado? A propósito de la STS 25/2021, de 25 de enero», *InDret* 2.2021, p. 3, quien pone también de relieve la necesidad de que los tribunales dilucidan los límites entre los citados derechos.

²⁷ Así se pronunció el Tribunal Constitucional en el ATC 15/1984, de 11 de enero, FJ único.

²⁸ Respecto a esta cuestión y cómo, actualmente, las tecnologías de la información dificultan la efectividad del derecho al olvido, en relación con la legislación británica y su *Rehabilitation of Offenders Act* de 1974, véase Stacey, C., «Rehabilitation in the internet age: The Google-effect and the disclosure of criminal records», *Probation Journal*, Vol. 64(3), 2017, pp. 269-275. Por su parte, y como señala Larrauri, E.,

de supresión, previsto en el artículo 15 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En este sentido, y como ha apuntado la doctrina, la previsión legal de la cancelación de los antecedentes penales es una manifestación del apoyo a la rehabilitación, así como la constatación de que aquellos la dificultan²⁹, por lo que no hay duda de que son un elemento de carácter excluyente en la política criminal.

A lo anterior hay que añadir que, según el artículo 136.1 del Código penal, la cancelación de los antecedentes constituye un derecho del condenado, y se produce una vez que este ha extinguido su responsabilidad penal, cuando hayan transcurrido, sin haber vuelto a delinquir, los plazos previstos en dicho precepto que, en función de la gravedad del delito, van desde los seis meses para las penas leves hasta los diez años para las graves. Sin embargo, un límite distinto aplica para los casos de delitos sexuales con víctima menor de edad, en los que la inscripción se amplía hasta 30 años, estableciendo el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, en el apartado II de su Preámbulo, que ello se prevé «como una medida para la protección de la infancia y la adolescencia», sin oponerse a los principios de proporcionalidad, necesidad o reinserción.

Pues bien, siendo reconocida la cancelación de antecedentes penales un derecho del condenado, aparece como preocupante la redacción del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, que se enmarca en el llamado Plan «Justicia 2030», y cuyo objeto es regular la utilización de las tecnologías de la información en el ámbito de la Administración de Justicia³⁰. Así, el artículo 101 del citado texto, en su apartado Dos, modifica el artículo 252 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo, en su párrafo primero, que las notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena por delito y los autos en que se declare la rebeldía de los procesados se remitirán por los tribunales a los correspondientes registros «a través

Criminal record disclosure, ob. cit., p. 725, en la legislación británica bajo esta Ley y sus sucesivas reformas, las llamadas «*spent convictions*» (condenas que en nuestro sistema se considerarían canceladas o que deben ser ignoradas tras un determinado periodo de tiempo) pueden ser reveladas.

²⁹ Larrauri, E. / Rovira, M., Publicidad, solicitud, ob. cit., p. 18.

³⁰ Artículo 1.1 de dicho Real Decreto-Ley, accesible a través del siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-25758> (última visita: 8 de julio de 2024).

de procedimientos electrónicos». Sin embargo, el Real Decreto-Ley añade un segundo párrafo al citado precepto, que prevé que «[e]n los procedimientos de cancelación de la inscripción de antecedentes penales en el Registro Central de Penados iniciados a instancia del interesado, una vez transcurrido el plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, la solicitud se entenderá desestimada». De este modo, parece que se establece una suerte de silencio negativo, que juega en contra del interesado en el procedimiento para hacer efectivo su derecho a la cancelación de sus antecedentes penales, lo cual resulta criticable.

En cualquier caso, el Real Decreto-Ley 6/2023 establece el principio general de una justicia basada en datos, siendo estos clave en las políticas públicas modernas³¹. No obstante, no hay que perder de vista, como defiende Lageson respecto a Estados Unidos, que la toma de decisiones basada en datos ha hecho creer a muchas personas que la existencia de más registros trae consigo un sistema de justicia penal más eficiente, más transparente y más justo. Sin embargo, la autora considera que ello no es así y que esos datos suelen utilizarse contra las personas para avergonzarlas, vigilarlas y castigarlas mucho más allá del sistema de justicia³². Solo cabe esperar que este no sea el destino de la realidad española.

II.B.2. Las consecuencias colaterales de la condena: la solicitud de certificados de antecedentes penales para acceder a un empleo

A pesar de que la cancelación de antecedentes penales constituye teóricamente un derecho del condenado, la inscripción registral de un sujeto condenado por un delito trae consigo consecuencias colaterales³³ que, de alguna manera, sí afectan a los principios de proporcionalidad, necesidad y, sobre todo, a la reinserción social. Así, la doctrina ha puesto de manifiesto que estas consecuencias pueden ser de dos tipos: por un lado, consecuencias formales o *de iure*, donde se incluyen sanciones, restricciones e inhabilitaciones que se atribuyen a los antecedentes penales y que tienen una base legal o reglamentaria, entre las

³¹ Apartado VI del Preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre.

³² Lageson, S. E., *Digital Punishment*, ob. cit., pp. 6-7.

³³ Con razón, Henley, A., *Criminalisation*, ob. cit., p. 274, ha apuntado que posiblemente los perjuicios de la criminalización (*«pains of criminalisation»*), asociados con el estigma de los antecedentes penales deberían ser considerados no simplemente como «colaterales» sino como «centrales» para las prácticas sociales de castigo, que implican vergüenza y estigmatización moral.

que destacan, por ejemplo, las que se dan en materia de extranjería³⁴ o la que se prevé para los delitos sexuales cometidos contra menores de edad; por otro lado, se encuentran las consecuencias informales o *de facto*, que constituyen prácticas excluyentes y discriminatorias que suponen la imposición de barreras sociales que carecen de base legal, entre las que hay que destacar aquí las limitaciones al acceso de un puesto de trabajo por parte de empresas privadas, por contar con antecedentes penales³⁵, sobre todo, cuando no existe un pronunciamiento legal claro que tampoco lo impida, como es el caso de España³⁶. En este sentido, la doctrina ha afirmado que constituye una práctica frecuente, que va en aumento, la solicitud del certificado de antecedentes penales (en adelante, CAP) para acceder a un empleo, no solo cuando se trata de delitos sexuales cometidos contra menores, para lo cual existe el certificado de delitos de naturaleza sexual (en adelante, CDNS)³⁷.

Así, por un lado, como consecuencia formal, la inscripción en el Registro Central de Delincuentes Sexuales conlleva la inhabilitación para ejercer una profesión con menores de edad por un periodo que puede alcanzar hasta 30 años, como se mencionó antes, lo que ha generado la discusión doctrinal de si constituye en realidad una verdadera sanción o más bien una medida de protección³⁸. El carácter excluyente de esta medida se ve agravado si la extendemos al ámbito

³⁴ Sobre el papel que los antecedentes penales juegan en el futuro del extranjero ex condenado, véase García España, E., «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión», *RECPC* 19-15 (2017), pp. 22-24, donde la autora pone de relieve las variadas sanciones adicionales o invisibles derivadas de poseerlos, de intenso contenido aflictivo, que afectan a la posibilidad de mantenerse en el país o dificultan su reinserción social postpenitenciaria, al impedirle acceder a una autorización de residencia.

³⁵ Corda, A. / Rovira, M. / Van 't Zand-Kurtovic, E., *Collateral consequences*, ob. cit., pp. 1-2; Corda, A. / Rovira, M. / Henley, A., *Collateral consequences*, ob. cit., p. 2.

³⁶ García España, E. / Díez Ripollés, J. L., «La exclusión social generada por el sistema penal español», *InDret*, n. 1, 2021, p. 273; Jacobs, J. / Larrauri, E., «European Criminal Records & Ex Offender Employment», *Oxford Handbooks Online, New York: Oxford University Press, NYU School of Law, Public Law Research Paper*, No. 15-41, 2015, p. 26.

³⁷ Así, Larrauri, E. / Rovira, M., «Publicidad, certificados y cancelación de los antecedentes penales ¿La cultura del control se consolida en España desde las nuevas leyes de 2015?», *InDret*, n. 3, 2020, pp. 297 y ss., quienes han llevado a cabo una investigación empírica en la que constatan el citado aumento.

³⁸ Defiende la naturaleza de «sanción» de esta medida, Fernández Cabrera, M., «Naturaleza jurídica de la normativa relativa al registro de delincuentes sexuales a la luz de la jurisprudencia del TEDH y crítica a toda la regulación», *Estudios Penales y Criminológicos*, 42, 2022. En sentido similar, Larrauri, E. / Rovira, M., *Publicidad, solicitud*, ob. cit., p. 16, quienes consideran que «es necesario recapacitar acerca del razonamiento formal de que estar en un registro no es una sanción, sino una medida de protección, una 'norma tuitiva'; y que no poder trabajar con menores tampoco es una sanción, sino una 'nueva condición' para el ejercicio profesional».

del derecho penal de menores. Es el caso de España desde la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales, cuya vigencia comenzó en marzo de 2016. A partir de ese momento puede decirse que en España los menores de edad que cometen un delito de naturaleza sexual cuentan con antecedentes penales, al incluirse en el citado Registro y, por tanto, en el CDNS, que los empleadores requieren para trabajos con un contacto habitual con menores, no solo la información relativa a los adultos infractores en el Registro Central de Penados, sino también la contenida en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores³⁹. Así, Fernández Cabrera critica esta decisión por suponer un exceso del legislador español respecto a la normativa europea, e incluso a otros ordenamientos como el británico o el francés⁴⁰. Por último, cabe mencionar que la doctrina ha criticado la ambigüedad del concepto de «contacto habitual», carente de concreción en la legislación y quedando esta, por tanto, en manos de la institución contratante, ya sea pública o privada, lo que ha dado lugar a la adopción de diferentes criterios para definir en qué profesiones debe exigirse esta información⁴¹.

Sin embargo, por otro lado, si bien existen determinados supuestos en los que la solicitud del CAP está prevista legal o reglamentariamente, generalmente en el sector público, como es el caso de vigilantes de seguridad, jueces y taxistas⁴², como consecuencia informal, la doctrina ha señalado que también existen actualmente numerosos supuestos en los que ninguna ley lo prevé⁴³. Así, Larrauri y Rovira destacan diferentes situaciones en las que esto ocurre, como las siguientes: (1) puestos de trabajo en los que un comportamiento delictivo por parte del trabajador puede acarrear graves consecuencias (en la industria cárnica, farmacéutica o química o como empleado del hogar o asistente personal); (2) servicios puntuales en el extranjero que pueden precisar de un visado con información sobre anteceden-

³⁹ Larrauri, E. / Rovira, M., Publicidad, certificados, ob. cit., p. 293.

⁴⁰ Fernández Cabrera, M., Naturaleza jurídica, ob. cit., p. 26.

⁴¹ Larrauri, E. / Rovira, M., Publicidad, solicitud, ob. cit., p. 9. Estos autores apuntan que ello ha llevado en algunos casos a exigir un certificado negativo de antecedentes penales para ejercer profesiones donde el contacto con menores es meramente ocasional.

⁴² *Ibidem*, pp. 9 y ss.

⁴³ Sobre esta práctica y otras relacionadas con antecedentes policiales y penales en España y su comparación internacional con otras políticas criminales, véase Aguilar Jurado, J. A., «Cesta 8. Antecedentes policiales y penales», en García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

tes penales (ello se ha detectado en sectores de la construcción y el transporte); (3) empresas multinacionales con sede en otros países donde se exige el certificado de antecedentes penales (en concreto, en el sector educativo, turístico y financiero); (4) peticiones erróneas que en realidad iban referidas a solicitar un CDNS, no un CAP, y que podría haber terminado favorablemente para el sujeto al no poseer antecedentes penales por delitos sexuales; o (5) casos en los que no existe una motivación legal, donde ponen de relieve que esta parece un práctica cada vez más usual por parte de ciertas multinacionales del sector tecnológico⁴⁴. Como puede apreciarse, los supuestos en los que, *de facto*, se solicitan antecedentes penales para acceder a un empleo son múltiples.

Hace casi una década, los datos disponibles llevaban a la doctrina a intuir una creciente tendencia en Europa a la solicitud de un certificado limpio de antecedentes penales por los empleadores para el acceso a un puesto de trabajo, basándose en el hecho de que la criminalidad pasada constituye un predictor de la criminalidad futura, a pesar de que, como también se ponía de manifiesto entonces, no existieran investigaciones que demostraran que ello redujera el riesgo de delinquir y, por tanto, la prevención del delito⁴⁵. Hoy en día esta tendencia se sigue confirmando, no solo en Europa, sino aparentemente a nivel mundial⁴⁶.

⁴⁴ Así, Larrauri, E. / Rovira, M., Publicidad, certificados, ob. cit., pp. 298-299.

⁴⁵ Larrauri, E., «Legal protections against criminal background checks in Europe», *Punishment & Society* 16(1), 2014, p. 51. Así también se pronunciaba la misma autora, en Larrauri, E., Criminal record disclosure, ob. cit., p. 736.

⁴⁶ Sobre esta cuestión, véase Rovira, M., «The Global Rise of Criminal Background Checks», *International Criminology* (2023) 3:1-11, quien realiza un impresionante análisis de datos de 52 países para determinar si puede afirmarse en las últimas dos décadas una tendencia global al aumento de las comprobaciones de los antecedentes penales con fines no relacionados con el proceso penal (acceso a un puesto de trabajo, migración, alojamiento, actividades voluntarias, interés personal, etc.). El autor, tras exponer con detalle las trabas metodológicas con las que se ha topado en su investigación, concluye que, si bien pueden observarse carencias en el indicador elegido, diferencias entre los resultados de los países analizados e incluso patrones distintos entre aquellos que presentan tendencia al aumento [que son la mayoría], puede afirmarse que existe una expansión de alcance global de las comprobaciones de antecedentes penales y que esta dimensión internacional puede ser beneficiosa para futuros estudios y políticas dirigidas a controlar este ascenso con el fin de favorecer la reinserción social de los sujetos que han vivido una experiencia en el sistema de justicia penal. Además, críticos con esta tendencia y con el papel central que adquieren los actores privados que negocian y se benefician de esta información sobre antecedentes penales, Corda, A. / Rovira, M. / Henley, A., Collateral consequences, ob. cit., p. 11.

Según Larrauri, solo cuando haya una ley que explícitamente lo autorice, un empleador podrá solicitar a un potencial empleado carecer de antecedentes penales, teniendo en cuenta el principio de confidencialidad que caracteriza a esta información⁴⁷. Pero, además, la autora defiende que esta norma debería cumplir los siguientes requisitos: «(a) limitarse a condenas; (b) definir los delitos específicos que son relevantes; (c) restringirse a delitos y condenas de cierta gravedad; (d) demostrar un «vínculo próximo» entre el delito y la ocupación específica; (e) tener en cuenta sólo los antecedentes penales vigentes; (f) establecer que los antecedentes no sean un obstáculo automático, sino un elemento más a valorar»⁴⁸. En mi opinión, además de la exigencia de una ley que regule las solicitudes de certificados de antecedentes penales para acceder al empleo, cada uno de los requisitos propuestos por la autora resultan imprescindibles para, por un lado, dotar de seguridad jurídica a toda ley que prevea un obstáculo para el ejercicio del derecho al trabajo de los ex condenados, reconocido en el artículo 35 de la Constitución, y, por otro lado, garantizar que la medida adoptada es proporcionada y necesaria a los efectos de prevenir la delincuencia, asegurando que las limitaciones a la reinserción social estén suficientemente justificadas.

Sin embargo, actualmente, en la práctica, la comprobación de los antecedentes penales de un potencial empleado viene favorecida por el hecho de que ello no es que sea posible mediante una consulta directa a los registros nacionales por parte del empleador, lo que no está permitido de forma general al ser considerados datos personales, sino que es el propio solicitante del empleo el que lo lleva a cabo ante la petición del empleador⁴⁹. El problema de esta segunda posibilidad, en la que, más que de forma voluntaria, el interesado solicita el certificado condicionado por la obtención del empleo, es que podría enmascarar supuestos en los que se haga un uso abusivo de esta vía, dando rienda suelta a los empleadores para solicitar un historial de-

⁴⁷ Larrauri, E., *Legal protections*, ob. cit., pp. 58-59, quien pone de manifiesto que en la Europa continental este principio tiene un papel especialmente relevante en las legislaciones nacionales.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 56, 60 y 62. Años más tarde, Larrauri, E. / Rovira, M., *Publicidad, solicitud*, ob. cit., pp. 17-18, siguen defendiendo estos requisitos (la traducción al castellano de estos requisitos se transcribe literalmente de esta última obra).

⁴⁹ Así, como se ha mencionado, ello viene establecido por el artículo 10.2 de la Directiva 2011/92/UE y de él se hizo eco el artículo 9.3 del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, al establecer que «A petición del titular interesado, podrán certificarse directamente los datos relativos a su persona», salvo que se trate de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, en cuyo caso la solicitud debe realizarla su representante legal.

lictivo impecable a sus potenciales empleados de forma generalizada y sin un motivo que lo justifique.

Esto nos lleva a una necesaria crítica al sistema para intentar poner límites a esta práctica de alguna forma. Como ha señalado la doctrina, en caso de que exista un riesgo de amenaza inmediata y grave, más allá del cumplimiento de la condena, es el derecho penal el que tiene que abordar dicho riesgo, en lugar de dejarlo en manos de empleadores privados que controlen antecedentes penales⁵⁰, lo que puede dar lugar a prácticas discriminatorias, siendo responsabilidad del Estado proporcionar seguridad y proteger los derechos de los sectores vulnerables de la sociedad⁵¹. No obstante, parece que esto constituye una práctica del propio Estado, cada vez más extendida, pues como explicaba Garland, los límites formales del ámbito de control del delito ya no están marcados por las instituciones nacionales de justicia penal, sino que actualmente involucra también a actores y agencias de la sociedad civil⁵². Entre esos actores se encuentran las empresas, siendo el supuesto que nos ocupa un ejemplo de ello, aunque no es el único.

Así, otro caso emblemático de esta delegación de las funciones estatales derivadas del ejercicio del *ius puniendi*, que puede apreciarse en el ordenamiento jurídico español, lo encontramos en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, es de destacar el papel que juegan actualmente las empresas en la prevención del delito⁵³, tras la reforma del código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. De este modo, esta ley introdujo en su artículo 31 bis, apartados 2 y 4, la exigencia, para poder eximirse de responsabilidad penal, de que las personas jurídicas adopten y ejecuten con eficacia, antes de la comisión de un delito en su seno, modelos de organización y gestión, esto es, los llamados, programas de cumplimiento, que resulten adecuados para prevenir

⁵⁰ Larrauri, E., Legal protections, ob. cit., p. 60.

⁵¹ *Ibidem*, p. 62.

⁵² Garland, D., *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, 2001, p. 170. Aunque el autor habla de la realidad estadounidense y, en menor medida, británica, en las más de dos décadas que han transcurrido desde su obra podrían ser extrapoladas estas consideraciones a la realidad europea.

⁵³ Crítico con la línea argumental que justifica la necesidad de implicar a los entes colectivos en la prevención y persecución de delitos cometidos por personas físicas, Díez Ripollés, J. L., *Derecho penal español. Parte general*, 5ª edición revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 160-161, quien defiende que ello supone «asumir postulados de la cuestionable prevención comunitaria, en cuya virtud se exige a los ciudadanos que se impliquen directamente en tareas policiales, lo que implica que los poderes públicos renuncian en parte a ejercer, o perfeccionar, sus tareas preventivas y persecutorias penales».

delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. No sería de extrañar que ambas cuestiones pudieran estar relacionadas, de modo que la necesidad de demostrar en el ámbito empresarial que se han puesto todos los medios posibles por parte de la persona jurídica para evitar la comisión de delitos en su seno, para así eludir la responsabilidad penal en caso de que se dieran, esté en alguna medida favoreciendo las comprobaciones de antecedentes penales de potenciales empleados y, por tanto, podría ser que esta previsión penal esté generando el efecto perverso de jugar en contra de su reinserción social⁵⁴.

En definitiva, la cada vez mayor magnitud que están adquiriendo los registros penales, caracterizada por el uso abusivo de su contenido para fines de prevención delictiva, pero extramuros del derecho penal, constituye una medida socialmente excluyente y sitúa a la política criminal española en un escenario crítico.

III. LOS ANTECEDENTES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

III.A. Los precedentes normativos y la creación del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS)

La cooperación judicial entre los Estados miembros ha sido considerada un elemento clave para cumplir el objetivo, marcado por la Unión Europea, de ofrecer a los ciudadanos un alto nivel de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Por ello, desde el Consejo Europeo de Tampere, celebrado en dicha ciudad el 15 y 16 de octubre de 1999, se han adoptado medidas para poner en práctica el llamado principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones y la ejecución de las sentencias en materia penal entre Estados miembros, reforzando así la cooperación entre ellos, la protección de los derechos de las personas, pudiendo favorecer una mejor reinserción social del delincuente y constituyendo un factor de seguridad jurídica en el seno de la Unión⁵⁵.

⁵⁴ Sobre los costes para el empleador de contratar a un empleado con antecedentes penales y el papel que las políticas del Estado juegan en ello, en relación con la realidad estadounidense, véase Bushway, S. D. & Kalra, N., «A Policy Review of Employers' Open Access to Conviction Records», *Annual Review of Criminology*, 2021, 4:165-89.

⁵⁵ Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (DOCE 2001/C 12/02. 15.1.2001).

Para lograr los fines que planteaba el citado principio, se adoptaron años más tarde diferentes normas desde la Unión Europea⁵⁶. En primer lugar, hay que mencionar la *Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados Miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*, que tenía como objetivo definir una obligación mínima para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros (Considerando 3), en la misma medida en que se tienen en cuenta, de acuerdo con sus legislaciones internas, las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales. Esta norma, por tanto, no pretendía armonizar las consecuencias que las diferentes legislaciones nacionales reconocían a la existencia de condenas anteriores, sino que, siempre que su derecho interno así lo estableciera, las condenas dictadas en otros Estados miembros tendrían el mismo valor que las nacionales.

Meses más tarde, la *Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros*, como establece su artículo 1, buscaba definir las condiciones en las que la información de una condena dictada sobre un nacional de otro Estado miembro sería transmitida a este último, cómo debía conservarse dicha información y responder a una solicitud de esta y establecer el marco sobre el que se construiría y desarrollaría un sistema informatizado de intercambio de información sobre las condenas entre los Estados miembros.

El artículo 11 de este texto legal establecía el formato y otros medios de organización y simplificación de los intercambios de información sobre condenas, donde consta la de carácter obligatorio, optativo y complementario, que deberá ser transmitida por la autoridad cen-

⁵⁶ Estas normas fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español mediante la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. A su vez, esta Ley ha sido recientemente objeto de reforma mediante el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, para su adecuación a la normativa de la Unión Europea sobre el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 22 de marzo de 2024. Puede accederse al Proyecto de Ley a través del siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-17-1.PDF (última visita: 8 de julio de 2024).

tral del Estado miembro de condena a la autoridad central del Estado miembro de nacionalidad⁵⁷.

Nuevamente, unos meses más tarde, se adoptó la *Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI*. Esta norma venía a poner en marcha, desde el punto de vista técnico, la Decisión Marco 2009/315/JAI, mediante la creación del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales o ECRIS.

El ECRIS, que constituye un sistema informatizado de intercambio de información sobre condenas entre los Estados miembros, supuso la cristalización del objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia. Como señalan Larrauri y Rovira, «[n]o es un registro en sí, sino un sistema basado en una serie de acuerdos que permite, a través de un programa informático, la traducción automática y la interconexión entre registros judiciales de diferentes países, para el envío directo de información sobre condenas», mediante el cual, «el registro de un país de la Unión Europea comparte información sobre condenas con otros países de la Unión...»⁵⁸. Con él se buscaba crear un formato normalizado que permitiera intercambiar la información de manera uniforme, electrónica y fácilmente traducible por el ordenador⁵⁹.

Con dicho fin, la Decisión 2009/316/JAI recoge unas tablas de referencia que contienen categorías de delitos y categorías de penas y medidas que, mediante un sistema de códigos, se han elaborado te-

⁵⁷ Así, según este precepto, será *obligatoria* la transmisión de: (i) La información sobre el condenado (nombre completo, fecha y lugar de nacimiento —ciudad y Estado—, sexo, nacionalidad y, en su caso, nombres anteriores); (ii) La información sobre el carácter de la condena (fecha de la condena, designación del órgano jurisdiccional, fecha en la que la resolución pasó a ser definitiva); (iii) La información sobre el delito que dio lugar a la condena (fecha del delito subyacente a la condena, y nombre o tipificación jurídica del delito, así como referencia a las disposiciones jurídicas aplicables); (iv) La información sobre el contenido de la condena (en particular la pena y posibles penas accesorias, medidas de seguridad y resoluciones posteriores que modifiquen la ejecución de la pena). Será *optativa* la transmisión de: (i) el nombre completo de los padres del condenado; (ii) el número de referencia de la condena; (iii) el lugar del delito; (iv) las inhabilitaciones derivadas de la condena. Se considera información *complementaria*: (i) el número de identidad del condenado o el tipo y número de su documento de identidad; (ii) las impresiones dactilares obtenidas del condenado; (iii) si los tiene, seudónimos y alias. Por otra parte, la autoridad central podrá transmitir cualquier otra información sobre condenas que conste en el registro de antecedentes penales.

⁵⁸ Larrauri, E. / Rovira, M., *Publicidad, certificados*, ob. cit., pp. 290-291.

⁵⁹ Considerando 6 de la Decisión 2009/316/JAI.

niendo en cuenta el análisis de las necesidades de los Estados miembros, tienen como fin una mejor comprensión de los hechos y el tipo de penas o medidas que figuran en la información transmitida y se deben revisar y actualizar periódicamente⁶⁰.

Por un lado, respecto a los delitos, el artículo 4.1 de la Decisión, relativo al formato de la transmisión de la información, alude a unos códigos correspondientes a los ilícitos penales, que dicho texto recoge en una tabla de categorías delictivas que prevé en su anexo A. Y, además, establece que, de forma excepcional, cuando el delito no corresponda a ninguna subcategoría, se utilizará en ese caso el código «categoría abierta» de la categoría de delitos pertinente o más próxima, o en su defecto, de la referente a «otros delitos». Así mismo, el último párrafo del artículo 4.1 establece que «[l]os Estados miembros también podrán facilitar la información disponible sobre el grado de ejecución del delito y el grado de participación en él y, si procede, sobre la existencia de exención total o parcial de la responsabilidad penal o de reincidencia». Por otro lado, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas, el anexo B recoge también una tabla común de categorías de penas y medidas, como establece el artículo 4.2 de la citada Decisión⁶¹. También se prevé una «categoría abierta», con carácter excepcional, cuando la pena o medida no corresponda a ninguna subcategoría específica. Cuando proceda, los Estados miembros también facilitarán la información disponible sobre el carácter y/o las condiciones de ejecución de la pena o medida impuesta.

Hay que reconocer que, por un lado, las categorías establecidas en la tabla de delitos son bastante exhaustivas y no solo prevén con detalle las tipologías delictivas, sino que también incluyen otros parámetros a efectos de analizar su similitud, como el grado de ejecución, de participación, aspectos relacionados con la culpabilidad, así como si concurre reincidencia. Este extremo resulta especialmente interesante, por ejemplo, para aplicar la circunstancia agravante de reincidencia, que como ocurre en el código penal español (artículos 22.8^a. y 66.1.5^a.), exige que para ello se hayan cometido delitos de la misma naturaleza. Por otro lado, respecto a la tabla relativa a las penas, si bien alude a penas afectantes a diferentes bienes jurídicos, no parece incluirse su duración y, por tanto, su naturaleza grave o menos grave, lo que se echa en falta para poder evaluar comparativamente si tienen la misma consideración punitiva en un Estado y en otro.

⁶⁰ Considerandos 12, 14 y 15 de la Decisión 2009/316/JAI.

⁶¹ Ambas tablas pueden consultarse en el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3A0J.L_2009.093.01.0033.01.SPA&oc=OJ%3AL%3A2009%3A093%3ATOC (última visita: 8 de julio de 2024).

La Decisión 2009/316/JAI ha estado vigente hasta el 27 de junio del año 2022. Tras dicha fecha, ha entrado plenamente en vigor una de las últimas decisiones legislativas adoptadas en este ámbito, esto es, la *Directiva (UE) 2019/884, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI en intercambio de información sobre nacionales de terceros países y ECRIS, que sustituye a la Decisión Marco 2009/316/JAI, del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI*. Esta nueva normativa surge como consecuencia de una deficiencia de la que adolecía la anterior, relativa a las solicitudes relacionadas con nacionales de terceros países. Así, la información sobre ellos no se recogía como la de los nacionales, sino que solo se conservaba en los Estados miembros en los que se hubieran impuesto las condenas, lo que obligaba a solicitar dicha información a todos ellos uno a uno, suponiendo una carga administrativa desproporcionada. Ello disuadía, en la práctica, a los Estados miembros a solicitar a otros, información sobre nacionales de terceros países, dando lugar a un intercambio ineficaz y fragmentario. Con el fin de subsanar esta deficiencia, se aprobó el *Reglamento (UE) 2019/816 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas (ECRIS-TCN) a fin de completar el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726*⁶². Y, más recientemente, la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2470 de la Comisión de 14 de diciembre de 2022 por la que se establecen las medidas necesarias para el desarrollo técnico y la aplicación del sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas (ECRIS-TCN)⁶³.

El ECRIS funciona en todos los Estados miembros desde abril de 2012, y el ECRIS-TCN en cuya implementación se está trabajando⁶⁴.

⁶² Mediante este Reglamento se creó la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), que da apoyo a los Estados miembros conforme a las funciones que le atribuye el Reglamento (UE) 2019/816 y que está destinada a facilitar, proseguir el desarrollo y mantener la aplicación de referencia ECRIS.

⁶³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32022D2470> (última visita 8 de julio de 2024)

⁶⁴ Según informa el Ministerio de Justicia del Gobierno de España en su página web, accesible a través del siguiente enlace: <https://www.mjusticia.gob.es/es/servicio->

La Fiscalía Europea⁶⁵, Eurojust⁶⁶ y Europol tienen acceso directo a ambos sistemas, pero no pueden introducir, modificar ni suprimir ningún dato, aunque sí solicitar información de los antecedentes penales de un Estado miembro a través de sus propios canales, cuando los datos utilizados para una búsqueda coincidan con los datos de identidad registrados en el sistema central⁶⁷.

En definitiva, la creación de este sistema de intercambio de información trae consigo una consecuencia clara: la de que todo efecto previsto en el derecho nacional para los sujetos que cuenten con antecedentes penales por un delito cometido en su territorio se extienda a aquellos que dispongan de ellos por la comisión de un ilícito penal en otro Estado miembro. Algunos de esos efectos pueden ser la aplicación de una mayor pena cuando concorra reincidencia, porque el sujeto condenado tenga antecedentes penales no cancelados, o las limitaciones de acceso a ciertos empleos. La ampliación de estos efectos a los supuestos mencionados, al disponer ya todo Estado miembro de la información relativa a los antecedentes penales de un sujeto también en otros países europeos, ha planteado en el caso de España el objetivo de elaborar acuerdos Marco o acuerdos bilaterales o multilaterales con otros países, con el fin de crear sistemas de intercambio de información similares, como es la propuesta de crear ECRIS-Iberoamérica, para conocer los antecedentes penales de ciudadanos de América Latina y el Caribe, e incluso el Magreb⁶⁸.

III.B. El Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales en cifras

La Comisión Europea, desde la puesta en marcha del ECRIS, en abril de 2012, ha emitido dos informes estadísticos sobre la aplicación práctica del intercambio entre los Estados miembros de información de los registros de antecedentes penales. Dichos informes fueron pu-

justicia/proyectos-transformacion/Foro-Transformacion/Dimensi%C3%B3n-internacional/ECRIS (última visita: 8 de julio de 2024).

⁶⁵ <https://www.eppo.europa.eu/en> (última visita: 8 de julio de 2024).

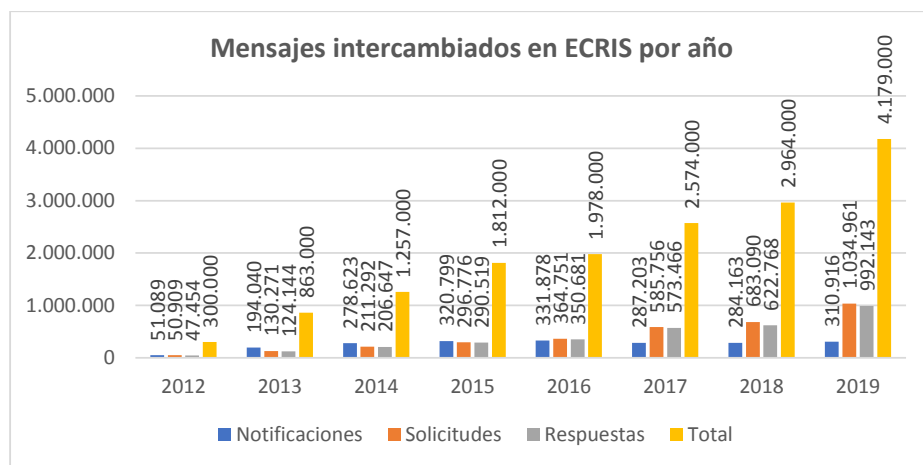
⁶⁶ <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/instruments/criminal-records> (última visita: 8 de julio de 2024).

⁶⁷ <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/european-criminal-records-information-system-conviction-information-on-third-country-nationals-ecris-tcn.html> (última visita: 8 de julio de 2024).

⁶⁸ <https://www.mjusticia.gob.es/es/servicio-justicia/proyectos-transformacion/Foro-Transformacion/Dimensi%C3%B3n-internacional/ECRIS> (última visita: 8 de julio de 2024).

blicados en 2017⁶⁹ y en 2020⁷⁰, y corresponden, respectivamente, a los periodos de 2012 a 2016 y de 2017 a 2019.

Para entender el funcionamiento de ECRIS, así como el uso que los Estados miembros hacen de este sistema de información, pueden extraerse algunas conclusiones de dichos informes que son representativas al respecto.



Fuente: Elaboración propia a partir del informe de la Comisión Europea sobre ECRIS (2020, pp. 4-5)

En primer lugar, con relación a los mensajes, hay que poner de relieve que el número total de mensajes intercambiados entre Estados miembros ha sufrido un considerable aumento desde su creación hasta 2019. Hay que tener en cuenta que en 2014 se logró la interconexión de un número significativo de Estados miembros, siendo los datos más representativos desde entonces. Aun así, hay algunos Estados que no envían datos.

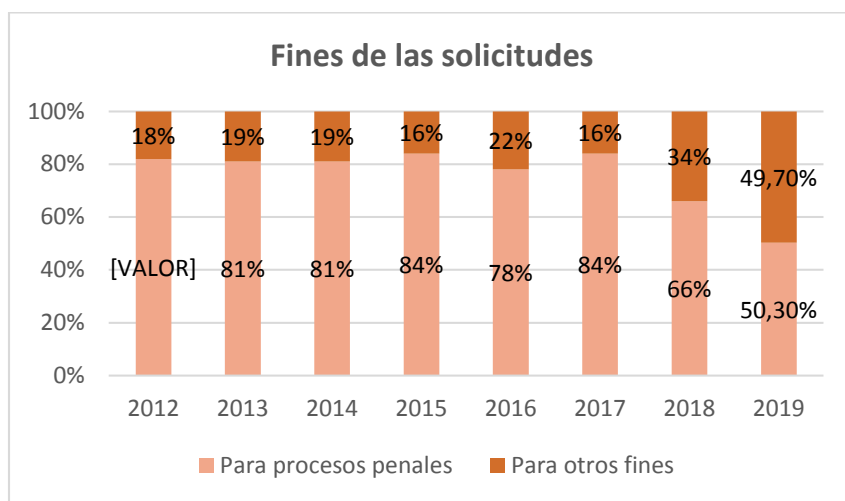
⁶⁹ Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el intercambio entre los Estados miembros, a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), de información de los registros de antecedentes penales*. 29.6.2017. COM (2017) 341 final. Accesible mediante el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0341> (última visita: 8 de julio de 2024).

⁷⁰ Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo al intercambio a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), de información extraída de los registros de antecedentes penales de los Estados miembros*. 21.12.2020. COM (2020) 778 final. Accesible mediante el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0778> (última visita: 8 de julio de 2024).

Los mensajes más relevantes del total de ellos, como puede apreciarse en el siguiente gráfico, son de tres tipos: (1) notificaciones anuales sobre nuevas condenas; (2) solicitudes de información; y (3) respuestas a las solicitudes de información⁷¹.

En segundo lugar, los Estados miembros más activos en todo el tiempo de existencia del ECRIS son Alemania, Reino Unido⁷², Italia, Polonia y Rumanía. No todos ellos tienen una actividad de intercambio referida al mismo tipo de mensaje. Así, por ejemplo, Alemania ha realizado más de 700.000 solicitudes de información en 2019, pero Polonia y Rumanía suelen, más bien, responder solicitudes. En cualquier caso, estas cifras dependerán de la población emigrante e inmigrante o del número de condenas a nacionales de otros Estados, entre otros factores.

En tercer lugar, a mi juicio, uno de los datos más llamativos de los informes tiene que ver con los fines para los que se utiliza el ECRIS. Así, los informes señalan que este sistema se utiliza cada vez más para fines distintos de los procedimientos penales.



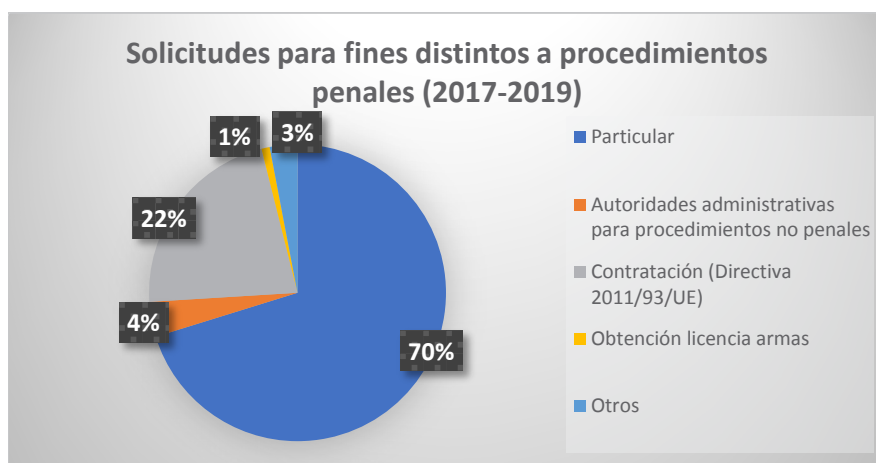
Fuente: Elaboración propia a partir del informe de la Comisión Europea sobre ECRIS (2020, p. 13)

⁷¹ *Ibidem*, pp. 4-5, aunque en realidad hay más tipos de mensajes, como pueden ser actualizaciones, intercambio de información adicional, respuestas en las que pueden incluirse denegaciones u otras respuestas, etc.

⁷² Sobre el papel de Reino Unido en esta cuestión tras el Brexit, véase Jackson, A. M. / Davies, G. M., «Making the case for ECRIS: Post-‘Brexit’ sharing of criminal records information between the European Union and the United Kingdom», *The International Journal of Evidence & Proof*, SAGE Journals, Vol. 21, Issue 4, 2017.

Como puede apreciarse, a partir de 2018 y, sobre todo, en 2019, resulta destacable el incremento de las solicitudes con otros fines, distintos a los procedimientos penales. Tanto es así que, si bien se mantenía hasta 2017 en torno al 20%, en 2018 supuso el 34% y en 2019 casi el 50% del total de solicitudes.

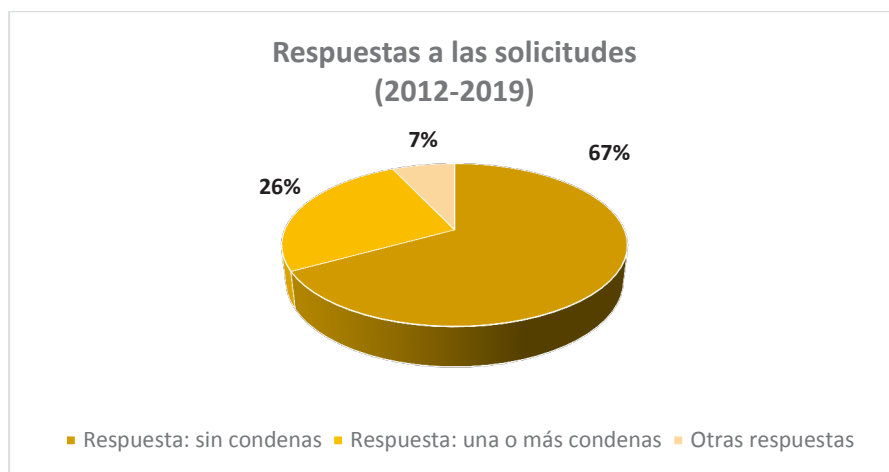
Ambos informes animan a los Estados miembros a solicitar información sobre condenas anteriores para fines distintos a los procedimientos penales, como las comprobaciones previas a la contratación, dado que —como señalan los informes— no hacerlo disminuirá el efecto preventivo de la delincuencia que de ello se deriva⁷³. Dentro de estos posibles fines, los datos del último informe muestran los siguientes porcentajes:



Fuente: Elaboración propia a partir del Informe de la Comisión Europea sobre ECRIS (2020)

Estando claramente diferenciados en el gráfico los casos de solicitudes dirigidas a la contratación en aplicación de la Directiva 2011/93/UE, sobre delitos sexuales contra menores de edad, llama la atención el alto número de solicitudes realizadas por particulares, sin un fin específico. Estas podrían enmascarar la dependencia de obtener un empleo a presentar un historial delictivo limpio, cuestión ya tratada y sobre la que a continuación veremos la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁷³ Comisión Europea, Informe 2017, ob. cit., p. 6 y Comisión Europea, Informe 2020, ob. cit., p. 10.



Fuente: Informe de la Comisión Europea sobre ECRIS (2020, p. 13)

Finalmente, respecto al tipo de respuesta recibida, positiva o negativa, en función de si el sujeto sobre el que se solicita información tiene o no antecedentes penales, la media de respuestas positivas en estos dos periodos es del 26%. Hasta 2018, este porcentaje se mantuvo estable sobre el 30% y en 2019 cayó al 19%, paralelamente al drástico incremento del número de solicitudes para otros fines. El informe interpreta este descenso de respuestas negativas positivamente, en la medida en que la mayoría de las personas no han tenido condenas previas.

En conclusión, el intercambio de antecedentes penales en la Unión Europea es cada vez mayor, dependiendo el rol de cada Estado en dicho proceso de diversos factores. No obstante, lo más llamativo es que las solicitudes destinadas a fines distintos del proceso penal, como las comprobaciones para la contratación, van en aumento, lo que acerca de alguna manera nuestra realidad al tan criticado sistema estadounidense. Lo preocupante de ello es que esta práctica está alentada por la propia Comisión Europea, que arguye en sus informes que lo contrario genera un riesgo, pero sin matizar nada más ni sopesar otros intereses en juego.

IV. EL ESTÁNDAR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LOS REGISTROS DE ANTECEDENTES PENALES

Como se ha apuntado, cada Estado miembro cuenta con su correspondiente legislación interna que regula, de manera independiente, los registros de antecedentes penales y el uso de la información

contenida en ellos. Sin embargo, como también ha sido expuesto, dicha información se intercambia entre ellos con diferentes fines, siendo este uno de los objetivos que la Unión Europea se viene marcando desde hace más de dos décadas.

Dado que la información relativa a los antecedentes penales de una persona se transmite de un Estado a otro y, por tanto, su disponibilidad no es exclusiva de un Estado miembro, aunque los diferentes sistemas internos de registro no han sido armonizados a nivel europeo, sí debe serlo la tutela de dicha información compartida.

Respecto al registro, si bien se han planteado cuestiones de interés relacionadas con el artículo 7 CEDH, en la medida en que se discute si estamos ante una sanción de naturaleza penal o no, de lo que se derivan los derechos y garantías que deben serle aplicados (como el principio de legalidad o el de proporcionalidad, entre otros), dichas cuestiones, cuya dificultad daría lugar a una investigación independiente, no serán abordadas en el presente trabajo⁷⁴. En cambio, la atención se centrará aquí en el análisis de proporcionalidad que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) para valorar si la norma interna del ordenamiento jurídico en cuestión es acorde con el artículo 8 CEDH⁷⁵.

Así, el apartado 1 del artículo 8 CEDH reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia de toda persona. Sin embargo, el párrafo 2 de dicho precepto también reconoce la posibilidad de que existan injerencias por parte de la autoridad pública en su ejercicio, «...en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Por tanto, se establecen dos excepciones, que deben darse acumulativamente, a la protección absoluta de los derechos recogidos en

⁷⁴ Véase un detallado estudio sobre este tema, en Fernández Cabrera, M., *Naturaleza jurídica*, ob. cit.

⁷⁵ Según este precepto, «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

el artículo 8 CEDH. Por un lado, que dicha injerencia esté prevista legalmente. Y, por otro lado, que constituya una medida necesaria en una sociedad democrática, para determinadas finalidades legítimas establecidas en el Convenio.

Pues bien, las cuestiones más relevantes que se han extraído de la jurisprudencia del TEDH tienen que ver, sobre todo, precisamente, con el análisis acerca de cuándo se aceptan las injerencias a las que alude el párrafo 2 del artículo 8 CEDH, en cuyo caso no se daría la vulneración del derecho a la vida privada y familiar.

Por ello, seguidamente veremos cuál es el estándar que el TEDH ha establecido respecto a los registros de antecedentes penales, a partir de diversas resoluciones, para encontrar el equilibrio entre el principal fin que persiguen estos registros, de carácter público, esto es, la prevención de la delincuencia, y el otro lado de la balanza, de carácter privado, como es el derecho a la vida privada, y, en definitiva, a la reinserción social, del sujeto condenado por un delito cuya información se almacena y utiliza⁷⁶.

Así, por un lado, en relación con la exigencia que viene dada por la previsión legal de la injerencia, para valorar si dicha previsión es acorde al Convenio, el TEDH exige en consolidada jurisprudencia, (1) que la injerencia debe tener alguna base en el derecho interno, (2) que debe ser accesible de forma adecuada y (3) que debe ser previsible, lo que implica que la norma interna se formule con la suficiente precisión y claridad, para que el individuo pueda adecuar su conducta a ella, dejando claro el margen de discrecionalidad conferido a las autoridades competentes⁷⁷.

No obstante, por otro lado, es en el análisis de proporcionalidad sobre la necesidad de las medidas en una sociedad democrática donde se produce el mayor debate sobre esta cuestión, ya que dicha necesidad social se supedita a ciertas finalidades o razones que justificarían la injerencia en la vida privada de la persona por considerarse objetivos legítimos. Uno de los que se invoca con mayor frecuencia, y que interesa a los efectos del presente trabajo, es el de la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales.

⁷⁶ Un justo equilibrio debe lograrse, según Larrauri, E., *Criminal record disclosure*, ob. cit., p. 735, entre los objetivos generales de protección pública, los objetivos específicos de los procesos de selección de los empleadores y el derecho del individuo al respeto de la intimidad, así como a los intereses de la justicia penal en la rehabilitación y la reintegración.

⁷⁷ Así se pronunció, por ejemplo, en los casos *M. M. contra Reino Unido*, de 13 de noviembre de 2012, §193 y *M. C. contra Reino Unido*, de 30 de junio de 2021, §47, entre otras resoluciones.

Así, en el caso *Aycaguer contra Francia, de 22 de septiembre de 2017* (§34), el TEDH admite que las autoridades nacionales pueden legítimamente crear bases de datos para ayudar a castigar o prevenir ciertos delitos, pero establece que estos medios no pueden implementarse abusivamente para maximizar la información almacenada en ellos y el tiempo durante el cual se mantiene. Algunas de las garantías que el TEDH ha ido perfilando con el fin de evitar dicho abuso, y que se imponen a las condiciones del almacenamiento de la información en bases de datos o registros, son las siguientes:

En primer lugar, el TEDH considera que la aplicación de medidas o criterios generales⁷⁸, a efectos de incluir una condena en un certificado de antecedentes penales, sin tener en cuenta el caso concreto sino, por ejemplo, solo considerando una categoría delictiva (delitos violentos, sexuales, segunda condena sin atender al tipo delictivo, etc.), debe cumplir una serie de condiciones, que el TEDH estableció en el caso *M. C. contra Reino Unido, de 30 de junio de 2021* (§52). Estas pueden resumirse en tres:

- (1) Que aporten certeza, evitando la arbitrariedad que con mayor probabilidad podría generar la incertidumbre de supeditar cada supuesto al análisis caso por caso. Además, se pretende evitar el riesgo significativo de litigio, gasto, retraso, discriminación o arbitrariedad, que dicho análisis supondría.
- (2) Que permita discriminar supuestos más graves, de otros que lo son menos, como, por ejemplo, estableciendo un régimen diferente para adultos y menores o atendiendo a la gravedad del delito cometido. Esta consideración permite evaluar si la medida de carácter general entra dentro del margen de apreciación con el que cuentan los Estados para realizar injerencias en la vida privada; y

⁷⁸ Estas medidas se refieren, en el caso *M. C. contra Reino Unido, de 30 de junio de 2021*, a las condiciones establecidas en la reforma de la normativa que entró en vigor el 29 de mayo de 2013, en sustitución de la ley de 1997 por la que el TEDH condenó a Reino Unido en el caso *M. M. v. contra Reino Unido* (2012), según las cuales una condena no sería divulgada en el ECRC (*Enhanced Criminal Records Certificate*), o certificado de antecedentes penales. Estas condiciones son las siguientes:

1. Si han pasado 11 años desde la condena o 5 años y medio si la condena fue impuesta a un menor de edad (regla de la vigencia).
2. Si es la única condena de la persona (regla de la condena múltiple).
3. Si no dio lugar a una pena privativa de libertad.
4. Si no fue por uno de ciertos delitos específicos (principalmente delitos violentos, sexuales y otros relacionados con la protección de menores y personas vulnerables).

- (3) Que la justificación de la aplicación de la medida general sea convincente, restando así importancia al impacto de esta en el caso concreto, aunque debe ofrecerse la posibilidad de que aquel disminuya con el tiempo.

En segundo lugar, y con relación precisamente a este último elemento, el tiempo, el TEDH establece que la información debe conservarse por no más tiempo del requerido para los fines para los que es almacenada. El factor temporal es considerado especialmente relevante por el TEDH, que ha afirmado, como ya se ha comentado, que las condenas son parte de la vida privada de la persona, más aún cuanto más distantes se encuentren en el tiempo⁷⁹. Sin embargo, no existe un criterio temporal determinado por el TEDH en el que se establezca un plazo considerado contrario al Convenio.

En este sentido, el TEDH no establece un límite temporal concreto a partir del cual las condenas no deban ser tenidas en cuenta, ni considera irracional o desproporcionados ciertos límites⁸⁰, sino que permite cierta flexibilidad en este punto al estimarlo un juicio de valor difícil. Así, en el caso *Aycaguer contra Francia, de 22 de septiembre de 2017*, el TEDH consideró que el límite temporal de 40 años constituía en la práctica un almacenamiento indefinido⁸¹, razón, entre otras, por la cual apreció la vulneración del art. 8 CEDH. Sin embargo, en el caso *Gardel contra Francia, de 17 de diciembre de 2009* (§68), el tribunal estimó legal el plazo de 30 años, considerando la gravedad de la condena pasada, que en este supuesto fue una violación a una menor.

En tercer lugar, el TEDH ha estimado que deben almacenarse datos relevantes o pertinentes y no excesivos respecto a los fines para los que son almacenados. Así se determinó en el caso *Gardel contra Francia, de 17 de diciembre de 2009*, (§62), apenas comentado.

En cuarto lugar, se estima así mismo por el tribunal que las autoridades deben proveer de medios al condenado para poder solicitar la eliminación de la información, con el fin de garantizar que el periodo de almacenamiento de los datos sea proporcionado a la naturaleza de

⁷⁹ Casos *B. B. contra Francia, de 17 de marzo de 2010*, §68; *M. M. contra Reino Unido, 2012*, §188; *M. L. y W. W. contra Alemania, 2018*, §§98-100 y *Catt. contra Reino Unido, 2019*, §93.

⁸⁰ 11 años en el caso de adultos y 5 años y medio, en el caso de menores, en el caso *M. C. contra Reino Unido, de 30 de junio de 2021*.

⁸¹ Hay que tener en cuenta aquí que esto se entendió así también porque dicho límite no estaba previsto en un decreto diferente (*Aycaguer contra Francia, de 22 de septiembre de 2017*, §42).

los delitos y los objetivos de las restricciones⁸². Además, este proceso de eliminación debe tener carácter judicial para asegurar un control independiente de la justificación de la conservación de la información con las garantías suficientes⁸³.

En quinto, y último, lugar, el TEDH ha establecido que los datos deben protegerse de forma efectiva para evitar usos inapropiados y erróneos⁸⁴. Sin embargo, cuáles son estos usos, a mi juicio, no queda del todo claro de la postura del Tribunal. Así, en cuanto a los fines del almacenamiento, el apartado 2 del artículo 8 CEDH alberga unos supuestos tasados, de carácter amplio, en los que la medida se considera necesaria en un Estado democrático, como son (a) la seguridad nacional, (b) la seguridad pública, (c) el bienestar económico del país, (d) la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, (e) la protección de la salud o de la moral, o (f) la protección de los derechos y las libertades de los demás.

No obstante, este elenco parece poco discriminatorio, pues, si bien puede serlo para cierto tipo de información sobre la vida privada, resulta difícil pensar en un supuesto que no encaje en alguna de estas categorías cuando hablamos de la comisión previa de un delito y la posibilidad de prevenir la reincidencia. Por ello, es justo respecto de esta garantía donde, a mi juicio, se encuentra la mayor problemática del registro de antecedentes penales, debiendo plantear en este punto la utilidad de los antecedentes penales con especial referencia a su uso para el acceso al mercado laboral.

En relación con este tema, el TEDH se pronunció en el caso *M. M. contra Reino Unido, 2012*, en el que una empleada solicitó y reveló sus antecedentes penales⁸⁵ al empleador, que se los requirió para obtener el empleo. Así, en este supuesto el TEDH afirmó que el hecho de haberlos solicitado personalmente la interesada, con su consentimiento, ante la petición del empleador, no la priva de la protección del artículo 8 CEDH, pues en realidad, las personas no tienen alternativa si un empleador en la profesión elegida insiste, y tiene derecho a hacerlo,

⁸² Casos *B. B. contra Francia, de 17 de marzo de 2010*, §68 y *Aycaguer contra Francia, de 22 de septiembre de 2017*, §38.

⁸³ Caso *Gardel contra Francia, de 17 de diciembre de 2009*, §69.

⁸⁴ Casos *B. B. contra Francia, de 17 de marzo de 2010*, §61 y *Aycaguer contra Francia, de 22 de septiembre de 2017*, §38.

⁸⁵ En este caso, referidos a la llamada «*caution*» del ordenamiento inglés, que es una suerte de amonestación o advertencia de la policía.

en la divulgación⁸⁶. De este modo, dicho consentimiento estaría condicionado por que el derecho a la vida privada no se vulnere⁸⁷.

V. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha puesto de manifiesto que es cada vez mayor la atención que actualmente reciben las consecuencias colaterales que un sujeto sufre tras haber sido condenado por la comisión de un delito, siendo una de las más importantes la repercusión que los antecedentes penales tienen en su reinserción social, considerando que estos forman parte de su vida privada y, por tanto, no son públicos.

Sin embargo, si algo queda patente es que se nos presenta en este tema un verdadero desafío jurídico en nuestros días: ¿cómo podemos aspirar a conseguir la tan cuestionada reinserción social de una persona en un momento histórico en el que la información relativa a sus antecedentes penales se almacena, intercambia y difunde, siendo cada vez más difícil que desaparezca?

Algunas medidas previstas para ello son el derecho al olvido en Internet, reconocido por el TJUE o la cancelación o eliminación de los antecedentes penales, que se recoge como derecho del condenado en el ordenamiento jurídico español, y que forma parte del estándar establecido por el TEDH para la protección del derecho a la vida privada y familiar, aunque cuenta con plazos especialmente extensos en nuestro derecho, en detrimento de la resocialización de los sujetos ex condenados.

Partiendo de la definición de exclusión social de Díez Ripollés, puede afirmarse que el sujeto que cuente con antecedentes penales se encontrará en condiciones individuales y sociales en las que le resultará más difícil infringir la ley, no por contar con ellos en sí, sino porque su almacenamiento en los diferentes registros no se limita a su permanencia en estos sin más, yendo más allá al utilizar aquellos actualmente para un fin socialmente excluyente, en el que hay que tener en cuenta los plazos antes citados: impedir el acceso a un empleo. Especialmente acusado es dicho carácter excluyente en el caso de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad en España, donde el plazo de 30 años corresponde con buena parte del tiempo que una

⁸⁶ Caso *M. M. contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2013, §189.

⁸⁷ Caso *M. M. contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2013, §106, apunte de Lord Hope.

persona adulta forma parte de la población activa, a menos que el delito, y el correspondiente plazo, vayan referidos a un menor, caso más preocupante aún si cabe.

Paralelamente a lo anterior, la creación del ECRIS en Europa, si bien no pretende unificar los sistemas de registro nacionales, sí trae consigo una consecuencia clara, como es la de que todo efecto que de contar con antecedentes penales se derive en el derecho interno de un Estado por la comisión de un delito bajo su jurisdicción, se extenderá a aquellos supuestos en que se cuenten con antecedentes penales en otro Estado. De este modo, la tendencia es la expansión en el intercambio de dicha información entre Estados, con el fin, siempre recurrente, de prevenir la delincuencia.

Dicho fin, utilizado por la propia Comisión Europea para alentar a los controles de antecedentes penales en la precontratación, parece valer para todo, incluso para el uso de esta información por parte de empleadores privados a potenciales empleados, aun cuando no existe una ley que les ampare para hacerlo. Así, los informes sobre la aplicación práctica del ECRIS muestran que en los últimos años las solicitudes para fines distintos del proceso penal han llegado a ser casi la mitad del total de estas. De esa cifra, el 70% está constituido por solicitudes realizadas por particulares, que podrían enmascarar la dependencia de obtener un empleo a presentar un historial delictivo limpio, considerando que aquí no se incluyen los delitos sexuales, supuesto que sí está legalmente previsto.

Estas prácticas, que son una manifestación de las llamadas consecuencias colaterales informales o *de facto*, y que acercan la realidad europea al tan criticado sistema estadounidense, podrían estar buscando de alguna forma evitar la comisión de delitos futuros en el seno de una empresa, con la consiguiente posible exención de responsabilidad penal para esta que de ello se deriva. No obstante, dichas prácticas son absolutamente contrarias al CEDH, al establecer el artículo 8.2, que las posibles injerencias que se permiten en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, por un lado, son por parte de la autoridad pública, y, por otro, deben estar previstas por la ley. Además, y respecto a las condiciones del almacenamiento, la cuestión más problemática que subyace es la de qué usos son considerados inapropiados y erróneos, y frente a los que habría que proteger la información. Este extremo no queda claro de la postura del TEDH, dado el carácter amplio y poco discriminador de los fines que recoge el precepto y que impide que, en el análisis de proporcionalidad que realiza el Tribunal, sean imaginables supuestos que no encajen en alguno de ellos. No obstante, lo que sí queda patente es que la solicitud de un

certificado de antecedentes penales por un sujeto, tras la petición de un empleador, no priva a aquel de la protección del artículo 8 pues, como ha reconocido el TEDH, su consentimiento está condicionado a la obtención de un empleo, es decir, podría afirmarse que no es del todo libre.

Para concluir, y en la necesidad de seguir reflexionando aún sobre lo que se consideran fines apropiados, solo queda destacar que el propio TEDH ha reconocido que las políticas penales en Europa evolucionan y acuerdan, junto con la represión, dar una importancia crucial al objetivo de la reinserción del encarcelamiento, cuya consecución supone principalmente —dice el Tribunal—, la prevención de la reincidencia⁸⁸. No obstante, la reinserción, entendiéndola también como inclusión social, implica que el sujeto previamente condenado se encuentre en condiciones individuales y sociales para desarrollar voluntariamente una vida conforme a la ley, para lo cual, dar publicidad a sus antecedentes penales no parece ser, a mi juicio, una medida que contribuya a ello.

En definitiva, como apuntaba Garland, no hay que olvidar que los delincuentes también son ciudadanos y que sus intereses de libertad son nuestros intereses de libertad⁸⁹. Esta libertad se encuentra actualmente marcada por la digitalización de toda nuestra información, incluida la personal, por lo que la creación de antecedentes penales eternos⁹⁰ o del llamado «castigo digital»⁹¹ amenazan con ser ya una realidad. Solo queda poner nuestros esfuerzos en establecer límites jurídicos para que dicha realidad no ceda ante la protección de nuestros derechos fundamentales, y así no seguir perpetuando la exclusión social que ello genera, confiando en la posibilidad de una verdadera reinserción social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Jurado, J. A., «Cesta 8. Antecedentes policiales y penales», en García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

⁸⁸ *Caso Gardel contra Francia, de 17 de diciembre de 2009*, §64.

⁸⁹ Garland, D., *The Culture of Control*, ob. cit., p. 182.

⁹⁰ Como se titula la obra de Jacobs, J. B., *The Eternal*, ob. cit.

⁹¹ Lageson, S. E., *Digital Punishment*, ob. cit.

- Becker, H., *Outsiders, hacia una sociología de la desviación*, Siglo veintiuno editores, 1ª ed., 4ª reimpresión, Buenos Aires, 2018.
- Bushway, S. D. & Kalra, N., «A Policy Review of Employers' Open Access to Conviction Records», *Annual Review of Criminology*, 2021, 4:165-89.
- Cerezo Domínguez, A. I. (Coord.), *Política criminal y exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el intercambio entre los Estados miembros, a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), de información de los registros de antecedentes penales*. 29.6.2017. COM (2017) 341 final.
- , *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo al intercambio a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), de información extraída de los registros de antecedentes penales de los Estados miembros*. 21.12.2020. COM (2020) 778 final.
- Cordea, A. / Rovira, M. / Henley, A., «Collateral consequences of criminal records from the other side of the pond: How exceptional is American penal exceptionalism?», *Criminology & Criminal Justice 00(0). Special Issue: Collateral Consequences of Criminal Records*, SAGE, 2023, pp. 1-21.
- Cordea, A. / Rovira, M. / Van 'T Zand-Kurtovic, E., «Collateral consequences of criminal records from a cross-national perspective: An introduction», *Criminology & Criminal Justice 00(0). Special Issue: Collateral Consequences of Criminal Records*, SAGE, 2023, pp. 1-9.
- Díez Ripollés, J. L., «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el proyecto de código penal de 1992», *Diario La Ley*, tomo 2, Editorial LA LEY, 1993.
- , «La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada», *RECPC* 13-12, 2011.
- , «Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos», *InDret*, n. 4, 2014.
- , «El abuso del sistema penal», *RECPC* 19-01, 2017.
- , *Derecho penal español. Parte general*, 5ª edición revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- Díez Ripollés, J. L. / García España, E., «RIMES: Un instrumento de comparación de políticas criminales nacionales desde la exclusión social», *Polít. Crim.* Vol. 15, n. 30, 2020.
- Faisal, K., «Balancing between right to be forgotten and right to freedom of expression in spent criminal convictions», *Security and Privacy* 4(4): e157, 2021.
- Fernández Cabrera, M., «Naturaleza jurídica de la normativa relativa al registro de delincuentes sexuales a la luz de la jurisprudencia del TEDH y crítica a toda la regulación», *Estudios Penales y Criminológicos*, 42, 2022.
- García España, E., «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión», *RECPC* 19-15 (2017).
- García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- , «La política criminal comparada según los resultados de la aplicación de RIMES», en García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- García España, E. / Díez Ripollés, J. L., «La exclusión social generada por el sistema penal español», *InDret*, n. 1, 2021.
- García Magna, D., *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Garland, D., *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, 2001.
- Henley, A., «Criminalisation, criminal records and rehabilitation: From supervision to citizenship?», *Probation Journal*, Vol. 69(3), 2022, pp. 273-277.
- Jacobs, J. B., *The Eternal Criminal Record*, Harvard University Press, 2015.
- Jacobs, J. / Larrauri, E., «European Criminal Records & Ex Offender Employment», *Oxford Handbooks Online*, New York: Oxford University Press, NYU School of Law, Public Law Research Paper, No. 15-41, 2015.
- Jackson, A. M. / Davies, G. M., «Making the case for ECRIS: Post-‘Brexit’ sharing of criminal records information between the Euro-

- pean Union and the United Kingdom», *The International Journal of Evidence & Proof*, SAGE Journals, Vol. 21, Issue 4, 2017.
- Lageson, S. E., *Digital Punishment: Privacy, Stigma, and the Harms of Data-Driven Criminal Justice*, Oxford University Press, 2020.
- Larrauri, E., «Criminal record disclosure and the right to privacy», *Criminal Law Review* (London, England), January 2014.
- , «Legal protections against criminal background checks in Europe», *Punishment & Society* 16(1), 2014, pp. 50-73.
- Larrauri, E. / Rovira, M., «Publicidad, certificados y cancelación de los antecedentes penales ¿La cultura del control se consolida en España desde las nuevas leyes de 2015?», *InDret*, n. 3, 2020.
- , «Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 23-01*, 2021.
- Larrauri, E., «¿Es legítima la difusión de la identidad del agresor condenado? A propósito de la STS 25/2021, de 25 de enero», *InDret* 2.2021.
- Rovira, M., «The Global Rise of Criminal Background Checks», *International Criminology* (2023) 3:1-11.
- Stacey, C., «Rehabilitation in the internet age: The Google-effect and the disclosure of criminal records», *Probation Journal*, Vol. 64(3), 2017, pp. 269-275.
- Travis, J., «Invisible Punishment: An Instrument of Social Exclusion», en Mauer, M. / Chesney-Lind, M. (ed.): *Invisible Punishment. The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, The New Press, New York, 2002.

ESTUDIOS

EL CÓMO FRENTE AL QUIEN EN LA REFORMA DE LA INSTRUCCION PENAL: DIAGNÓSTICO Y CAMBIOS

(THE HOW VERSUS THE WHO IN THE REFORM OF THE CRIMINAL INVESTIGATION: DIAGNOSIS AND CHANGES)

Adriano J. Alfonso Rodriguez

Doctor en Derecho (Centro UNED Lugo)

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *La instrucción-investigación: actores y elementos para el diagnóstico.* 2.1. *El fiscal investigador en nuestro ordenamiento.* 2.2 *¿El juez investigador-garante en su laberinto?* 2.3. *De la policía judicial y otras acusaciones.* 3. *Modificación de la reglas procedimentales: el cómo frente al quién.* 3.1. *Aproximación al debate.* 3.2. *Una nueva fisonomía para la investigación preparatoria.* 3.3. *El juicio de acusación (o una audiencia preliminar penal).* 4. *Conclusiones.* 5. *Bibliografía.*

Resumen: Nuestro proceso penal está en un importante período de cambio, animado por los debates que prefieren centrarse más en el quién que en el cómo de la reforma. Es cierto que en la actualidad existen disfunciones que pueden ser corregidas abordando, quizás, cambios más modestos que optar por la radical supresión del Juez Instructor. El Fiscal investigador ya existe en nuestro ordenamiento, sin que podamos hablar de argumentos absolutos que nos obliguen a inclinarnos por un modelo u otro. Es cierto que hay que implementar cambios en la investigación previa, repensando el papel de las acusaciones no públicas, y estableciendo un juicio de acusación con una fisonomía distinta a la actual, cambios que puedan operar idénticamente con independencia del titular de la investigación. Quizá el

Fiscal Europeo nos sirva como prueba definitiva de ensayo, pero, en ningún caso, debe ser el único motivo de cambio.

Palabras clave: Reforma, investigación, Fiscal, Juez, garantías.

Abstract: Our criminal process is in an important period of change, animated by debates that prefer to focus more on the who than on the how of the reform of criminal investigation. It is true that currently there are dysfunctions that can be corrected by addressing, perhaps more modest changes than opting for the radical elimination of the investigating judge. The investigative prosecutor already exists in our legal system without us being able to speak of absolute arguments that force us to lean towards one model or another. We must rethink the changes, the roles of other accusations in the investigation and changes that may operate outside the head of investigation, without the European Prosecutor being able to be used as sole motive.

Key word: Reform. Investigation. Prosecutor. Judge. Guarantees.

1. INTRODUCCION

El proceso penal representa el cauce organizado expresivo del poder estatal para la aplicación del derecho en un marco de garantías para el sujeto pasivo de la investigación¹. Es decir, si el Derecho Penal es el instrumento más autoritario del que aquel dispone para afirmar la aplicación de la ley es preciso, para ello, refinar las garantías² que en nuestro país resultan de una norma, más que centenaria, la LE-CRIM aprobada el 14 de septiembre de 1882, un texto que nos situó a la vanguardia de Europa, configurado bajo una estructura meditada y lógica³ que intentaba acabar con siglos de un sistema procesal poco respetuoso de los derechos individuales y sujeto a vicios de funcio-

¹ Que como apunta CARNELUTTI constituye en un status al sujeto, pero a la vez imputar es un acto procesal y la formulación de una pretensión penal. *Vid. Cuestiones sobre el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, págs. 136 y 140.

² *Cfr. DOMINI*, Massimo con otros autores, *El derecho penal frente al «enemigo»* en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión» (Vol. I), CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006, pág. 647.

³ *Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO*, Nicolás, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales*, Estudios Jurídicos nº 2004 (CD-ROOM de conferencias impartidas en el Centro de Estudios Jurídicos para Fiscales, Secretarios Judiciales, Médicos Forenses y Abogados del Estado); Curso «La instrucción penal en el Secretario Judicial. Incidencia de la reforma», pág. 5047.

namiento que lo convertían en una suerte de rareza no homologable con los países de su entorno⁴. Sin embargo, pese a tener en su momento un carácter novedoso, nuestro legislador ha demostrado tener una clara adicción a su reforma parcial y constante que ha traído consigo una paradoja: El ordenamiento procesal penal no tiene una Ley actualizada, al contrario de lo que acontece con las otras jurisdicciones (civil, contenciosa, militar y social), lo que provoca que se entremezclen preceptos de dudosa aplicabilidad⁵, aflorando una rara convivencia entre realidades diversas, unas muy antiguas y otras más recientes, y que si bien mantiene en pie un sistema perfectamente constitucional, lo cierto es que plantear una nueva norma se presenta como un objetivo indeclinable.

Así, cada modificación aprobada, y que remienda las cada vez más débiles costuras de la LECRIM, supone un paso adelante y un paso hacia atrás⁶, en la que subyace un escenario complejo por cuanto es evidente que los cambios que se proyectan, singularmente sobre el titular de la investigación, implican un cambio radical de cultura procesal que busca transitar del Juez al Fiscal en cuanto responsable de la función indagadora lo que impactará en el sistema organizativo, en la distribución de los medios materiales y personales, y en el esquema de garantías, por tanto, no es menor el reto que, legislatura tras legislatura, tiene el Ministerio de Justicia a la hora de presentar su modelo

⁴ Resultan esclarecedores los siguientes pasajes de la EM con los que ALONSO MARTÍNEZ retrató el sistema en 1882 y así señalaba que «Educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la Justicia y de coadyuvar activamente a su recta administración, haciendo, como el ciudadano inglés, inútil la institución del Ministerio público para el descubrimiento y castigo de los delitos, han formado ideas falsas sobre la política judicial y se han desviado cada vez más de los Tribunales, mirando con lamentable recelo a Magistrados, Jueces, Escribanos y Alguaciles, y repugnando figurar como testigos en los procesos. Pero este mal será mayor cuanto más tiempo pase; y como lo cual no puede seguir, sin desdoro de la Nación y de los Poderes que la gobiernan, lo mejor es decidirse, que alguna vez se ha de empezar, si la España no ha de ser una excepción entre los pueblos cultos de Europa y América». La cursiva es mía.

⁵ Cfr. CARMONA RUANO, Miguel (Dir.) con otros autores, *Hacia un nuevo proceso penal* en «Hacia un nuevo proceso penal», Manual de formación continuada nº 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág., 17.

⁶ En este sentido, las sucesivas reformas han traído consigo el protagonismo del Fiscal como órgano investigador como ocurre en el proceso de menores, pero que sin embargo ha incrementado el poder de investigación policial en los denominados «juicios rápidos», o la tarea de impulso cuando se trata del Tribunal del Jurado, haciendo convivir varios sistemas en un mismo ordenamiento junto con la figura del Fiscal Europeo, recientemente incorporado a nuestro modelo procesal, que implica una advertencia clara en cuanto al posible sistema que podría esperarse.

de Código Procesal Penal⁷, que nunca cuaja. Lo relevante, sin embargo, no es tanto el quién instruye sino cómo lo hace, lo que nos obliga a analizar la actual posición del Fiscal, Juez, Policía y acusaciones no públicas en cuanto «motores» de la investigación y pensar en cambios más limitados, pero más enfocados al hacer que al ser.

2. LA INSTRUCCION-INVESTIGACIÓN: ACTORES Y ELEMENTOS PARA EL DIAGNÓSTICO

2.1. El fiscal investigador en nuestro ordenamiento

La esencia nuclear de la instrucción penal ha sido aclarada por nuestro TS (SSTS 228/2015, de 21 de abril, de la Sala II (Ponente: Sr. Martínez Arrieta) FJ 1º, y 138/2021, de 17 de febrero, Sala II, Ponente: Sr. Magro Servet, FJ 1º), que ha zanjado la cuestión, al menos jurisprudencialmente, referida a la **naturaleza de la instrucción**, aceptando una concepción mixta⁸ y que aúna la visión jurisdiccional y administrativa del sumario y que implica desgajar dos conceptos diferentes. Así tenemos la «**instrucción**», propiamente dicha, que comprendería supuestos cuya titularidad ostenta exclusivamente el Juez en funciones de garantía que prevé la CE en su art. 117.4 como son la limitación de derechos fundamentales y su conculcación autorizada (v. gráficamente la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones orales, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, apertura de la correspondencia o la entrada en domicilio, entre otras) y lo que es propiamente «**investigación**», que es una actividad administrativa, e instrumental, de la averiguación del hecho delictivo, las circunstan-

⁷ Han resultado dos Anteproyectos y un Borrador de Proyecto. El primer intento, el ALECRIM 22 de julio de 2011, siendo Ministro de Justicia don Francisco Caamaño Domínguez (PSOE). Bajo el mandato del Ministro don Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez (PP) se elaboró un borrador de Código Procesal Penal de 2013. Y el reciente ALECRIM de 26 de enero de 2021, del Ministro don Juan Carlos Campo Moreno (PSOE), asumido por su sucesora, la Ministra doña Pilar Llop Cuenca (PSOE), que en idéntica sintonía, pero con lógicos matices, pretendían mutar el sistema de un Juez Instructor a un Fiscal investigador sin transcender, ninguno de ellos, más allá de la categoría de anhelo.

⁸ **Doctrinalmente** en relación a esta concepción, *vid.* PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución*, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, Valencia, 1979, págs. 154-155; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio, *Las diligencias previas: Contenido. La investigación judicial: Su contingencia y exclusión*, Estudios Jurídicos-Ministerio Fiscal I, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2000, pág. 108; CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1998, pág. 335.

cias de su comisión y la autoría que comprenden diligencias varias que pueden ser ordenadas por la Fiscalía a la Policía en el desarrollo de sus indagaciones preliminares (art. 5 EOMF y art. 773 LECRIM) pero, y es lo habitual, son ejecutadas en el marco de una instrucción dirigida por la autoridad judicial (art. 299 LECRIM) entendida ésta como un todo del que la investigación es una parte integrante⁹.

No hay que olvidar que, igualmente, la Policía Judicial puede desarrollar, de hecho es el principal órgano técnico investigador, autónomamente funciones de indagación (art. 282 LECRIM), con lo que se eleva a tres los órganos habilitados para el desarrollo de tareas de verificación de la comisión de hechos delictivos, estableciéndose en nuestro país un sistema de «triple ventanilla». No parece posible, por tanto, hablar de «Fiscal Instructor» al modo de un Juez, pues el acusador público lo que puede hacer es «investigar», pero nunca «instruir» limitando derechos fundamentales al modo de aquel, ni ahora ni en el futuro¹⁰. Por tanto, no cabe hablar de una futura instrucción por el acusador público, **sino de la dirección única por éste de la investigación**, recopilando evidencias para sustentar la acción penal y despojando al Juez de estas funciones. Sin embargo, la figura del «Fiscal investigador», como tal, ya existe en nuestro ordenamiento jurídico como antes anticipamos.

En primer lugar, la Fiscalía investiga en el **procedimiento abreviado y para mayores de edad penal**, a través del art. 773 LECRIM en relación con el art. 5 EOMF. Sorprende que con sólo dos precep-

⁹ Cfr. MARTÍN MARTÍN, José Antonio, *La instrucción penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 63; RODRIGO SEGURA, Myriam, *El proceso penal español en el que interviene la Fiscalía Europea*, Revista del Ministerio Fiscal nº 9, 2020, pág. 19.

¹⁰ Apunta, **institucionalmente**, la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2017 que «Por el Fiscal Superior de Andalucía se aclara que, en tanto no se produzca una reforma del proceso penal atribuyendo la instrucción al fiscal, *nos hemos de referir no al Fiscal «instructor» sino al Fiscal «investigador»*, entendiendo por tal aquel Magistrado que realiza de manera imparcial una actividad previa al proceso inspirada en los principios de proporcionalidad, contradicción y defensa. La cursiva es mía. Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Martín*, Madrid, Vol. I, 2017, pág. 865. **Doctrinalmente**, vid. XIOL RÍOS, José Antonio, *Líneas fundamentales del futuro proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La reforma del Proceso Penal», Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 215; ORTEGO PÉREZ, Francisco, *I Jornades sobre reforma del procés penal*, Justicia 97 nº 3 y 4, pág. 1216; RIFA SOLER, José María, con otros autores *Las nuevas modalidades de enjuiciamiento rápido introducidas por la Ley 38/02*, en «Libro Homenaje al Dr. D. Eduardo Font Serra», T.II, Ministerio de Justicia-Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, nota (9), pág. 1739.

tos, uno de ellos en un norma estatutaria, se ponga en pie un procedimiento de indagación, pero es que hay que completarlo con la doctrina que emana de la Fiscalía para integrarlos y entender cómo configurarlo, siendo la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal, la última de una larga lista ¹¹ que viene a determinar las herramientas de las que dispone en el desarrollo de esta actividad, que constituyen las denominadas «diligencias de investigación»¹², **de carácter preprocesal y preparatoria de la acción penal**, destinada a la apertura de un proceso judicial (STS 882/2014, de 19 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Ferrer García), FJ 9º), **sin valor probatorio** (STS 280/2016, de 11 de enero, de la Sala II, Ponente: Sr. Marchena Gómez, FJ 2º B) y, en cuyo curso, puede decidir una serie de diligencias como la declaración del sospechoso (art. 5.2 EOMF), con pleno respeto al derecho de defensa¹³, de la víctima y testigos (art. 773.2 II LECRIM). A estas añadimos, conforme la Circular 2/2022 FGE, la posibilidad de disponer de reconocimientos fotográficos y en rueda, vigilancias y seguimientos policiales, obtener informaciones de portales de transparencia, acceso a fuentes

¹¹ *Vid.* sobre la investigación de Fiscalía **el cuerpo doctrinal** compuesto por la Circular de la FGE núm. 1/1989, sobre el procedimiento abreviado introducido por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, Instrucción de la FGE núm. 1/1995, sobre atribuciones y competencias de los fiscales especiales antidroga en los diferentes territorios, Consulta de la FGE núm. 2/1995, acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad que es derogada por la Circular 2/22. Consulta de la FGE núm. 1/2005, sobre la competencia de las fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas, Instrucción de la FGE núm. 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 CE, Instrucción de la FGE núm. 12/2005, sobre atribuciones y competencias de la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y de sus fiscales delegados. Instrucción de la FGE núm. 4/2006, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada, Instrucción de la FGE núm. 1/2008, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial, Circular de la FGE núm. 2/2012, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos, Instrucción de la FGE núm. 2/2013, sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis, Circular de la FGE núm. 4/2013, sobre las diligencias de investigación que resulta derogada, Consulta de la FGE núm. 1/2015, sobre el acceso a lo actuado en las diligencias de investigación a quien invoca un interés legítimo que también se deroga por la Circular 2/22. Circular de la FGE núm. 3/2018, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, Circular de la FGE núm. 1/2021, sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹² Como señala el art. 9 del Reglamento del Ministerio Fiscal 305/2022.

¹³ *Vid.* sobre esta cuestión, más ampliamente ALFONSO RODRÍGUEZ, Adriano J., *Investigación penal del Ministerio Público y derecho de defensa*, Revista de Derecho de la Uned n° 25, 2019, págs. 171-213.

digitales abiertas, incorporación de fuentes de prueba obtenida por particulares (grabaciones) e informaciones periodísticas. Asimismo, el Ministerio Público puede ordenar, en el desarrollo de sus investigaciones, la recogida del ADN abandonado, exhumación de cadáveres, la práctica de la diligencia de alcoholemia, encargar informes periciales u obtener el IMSI o IMEI de los teléfonos móviles. Finalmente, puede acordar la designación de un agente encubierto- siempre que no sea informático, que es competencia judicial- dando cuenta a la autoridad judicial (art. 282 bis LECRIM) y la circulación y entrega vigilada (art. 263 bis LECRIM), algo que únicamente se permite en determinados hechos delictivos.

En segundo lugar, en el **proceso penal militar**, la Fiscalía puede, en virtud del art. 123 del **Código Procesal Penal Militar 2/1989, de 13 de abril**, desarrollar diligencias de investigación de manera idéntica al proceso penal civil y, por tanto, son trasladables el conjunto de actuaciones que anteriormente se han señalado, teniendo presente la pertenencia, en virtud del EOMF, de la Fiscalía Militar y su integración dentro del Ministerio Público (arts. 12 j), 18, 19 c), 21.1). Es evidente, que una hipotética modificación de la LECRIM, en cuanto a convertir al acusador público en responsable único de la investigación preliminar, necesariamente traería la modificación del proceso penal militar¹⁴, pero no porque no exista el Fiscal investigador en su ordenamiento.

¹⁴ La Memoria de la Fiscalía General del año 2020 aborda la cuestión si bien de manera muy limitada, al señalar que «Quedan pendientes, como así se hacía notar en las memorias de los últimos años, las reformas de tipo orgánico y procesal. Se ha de recordar a estos efectos el mandato al Gobierno contenido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 14/2015, del Código Penal Militar, para que en el plazo de dos años remita al Congreso de los Diputados un proyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Esta reforma deberá tener presente dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, la implantación de la doble instancia en la jurisdicción militar y, en segundo término, se plantea la conveniencia de que, llegado el caso, *el Fiscal Jurídico Militar pudiera asumir la labor investigadora de los procedimientos penales*». La cursiva es mía. Vid. las reiteraciones que se hacen, en FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excma. Sra. Doña Dolores Delgado García*, Madrid, 2020, pág. 189; FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excma. Sra. Doña Dolores Delgado García*, Madrid, 2021, pág. 193; FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz*, Madrid, 2022, pág. 223. Es evidente **que el Ministerio Público castrense no tiene que asumir ninguna investigación penal porque ya la tiene.**

En tercer lugar, el **proceso de menores de la Ley 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de Menores (LORPM)** respondió nuevamente a la necesidad de hacer ajustes conforme los parámetros y garantías constitucionales en relación a la posición del Juez y la imposible aceptación que pudiese, a la vez, ostentar funciones de acusación algo que puso de manifiesto la STC 36/1991, de 14 de febrero¹⁵. Como señala el art. 6 de la LORPM, en relación con el art. 3.5 EOMF, le corresponde a la Fiscalía «la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento». Los investigados por este procedimiento, menores de entre 14 y 17 años, se ven sujetos a responder de los hechos delictivos que hubieran podido cometer, frente a un Ministerio Público que actúa como órgano director de la investigación y un Juez que se encarga de garantizar sus derechos y sentenciar, representando un primer giro de paradigma en nuestro sistema procesal y, para determinados sectores, un elemento de inspiración futura en el proceso de mayores¹⁶.

¹⁵ Esta resolución procedió a declarar la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM), aprobada por Texto Refundido de 11 de junio de 1948, por su incompatibilidad con el art. 24 de la CE y las garantías que de esta norma constitucional se desprenden, en tanto que en el proceso de menores, recogido en la Ley cuestionada, el Juez desarrollaba tareas de investigación pero también fallaba. *Vid.* su FJ 6°.

¹⁶ *Cfr.* MARTÍNEZ ZATO, Juan José, *La Ley de responsabilidad penal del menor, ¿Antesala de la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal?* en «Homenaje a Antonio Hernández Gil», Vol. III, MARTÍNEZ- CALCERRADA GÓMEZ, Luís (Director/ Coordinador), Editorial Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 3173 y ss.; NIETO LUENGO, María, *Beneficios e inconvenientes (perjuicios) de la instrucción del proceso penal de menores por el Ministerio Fiscal*, Revista de Derecho UNED n° 8, 2011, págs. 347-348; SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, *La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores* en «Justicia Penal de Menores y Jóvenes», GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coordinadores penales), GÓMEZ COLOMER, Juan Luís (Coordinador procesal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 212; ALONSO GONZÁLEZ, Ana Belén, *La futura reforma de la Ley Procesal Penal. Estudio de Derecho Comparado. El Juez de Garantías en el seno del proceso acusatorio*, Estudios Jurídicos n° 2011 (CD-ROOM de conferencias impartidas en el Centro de Estudios Jurídicos para Fiscales, Secretarios Judiciales, Médicos Forenses y Abogados del Estado), pág. 26. En contra, no obstante, GÓMEZ COLOMER, Juan Luís con otros autores, *Sobre el Ministerio Público Alemán*, en «Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos», ARROYO ZAPATERO, Luís Alberto, GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.), Universidad de Salamanca y Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 799; ARMENTA DEU, Teresa,

En cuarto, y último lugar, **la introducción del Fiscal Europeo** que se ha llevado a cabo a través de la **Ley 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017**, resultando que «La protección de los intereses financieros ha sido una exigencia constante en la Unión Europea y la importancia de este objetivo ha provocado que la evolución legislativa haya ido girando para justificar la facultad sancionadora de la Unión frente al delito»¹⁷, representado la aparición de esta figura una pieza de importancia destinada a reforzar dicha persecución, que en nuestro país coexistiría con la autoridad judicial, situación que, como se ha señalado institucionalmente, no implica necesariamente que tenga que llevarse a cabo un cambio completo en los modelos procesales penales «ni siquiera en aquellos en los que pervive el Juez Instructor»¹⁸. No obstante, tal y como pone de manifiesto la EM de la Ley 9/21, podríamos estar ante la antesala de un futuro cambio de régimen procesal¹⁹.

La regulación del Fiscal Europeo deriva de diferentes textos que han desembocado en su creación. Así el **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)**²⁰, el **Reglamento 2017/19 (RFE) juntamente con la Directiva 2017/1371 de protección de intereses financieros de la Unión (DPIF) completan el corpus que reflejan los elementos anatómicos de esta institución**. A estas normas añadimos, el **Real Decreto 882/2022, de 18 de octubre**, por el que se regula el procedimiento para la selección y designación de la terna

El Fiscal Instructor ¿es necesario?, Cuadernos de Derecho Público nº 16, 2002, págs. 202-203.

¹⁷ Vid. PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *La competencia de la Fiscalía Europea: Criterios materiales y territoriales para su determinación*, Revista Internacional Consinter de Direito, nº VIII, 1º semestre de 2019, pág., 256.

¹⁸ Vid. CONSEJO FISCAL, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, Fiscalía General del Estado, 2021, pág. 6. Por otro lado, coherente con el considerando (15) del Reglamento 2017/1939 «El presente Reglamento no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en que se organizan las investigaciones penales».

¹⁹ Señala la EM «El modelo que implanta el Reglamento, en sintonía con la mayoría de los Estados de la Unión, atribuye la dirección de la investigación penal a la Fiscalía Europea, siendo también la autoridad que decidirá sobre su terminación, postulando o no a continuación el ejercicio de la acción penal. Ante tal circunstancia, se hace necesaria una regulación que inserte en la legislación española las figuras previstas en el Reglamento, evitando antinomias y anudando nuestro sistema procesal a la nueva institución europea». La cursiva es mía.

²⁰ Ex. art. 86 TFUE.

de candidatos a Fiscal Europeo y candidatos a Fiscal Europeo Delegado en España.

La estructura organizativa se diseña con un núcleo central configurado por el Colegio, las Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo, los Fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos, y el Director Administrativo. El Colegio, a su vez, estará compuesto por el Fiscal General Europeo y un Fiscal Europeo por Estado miembro. Pero esta organización, se descentraliza en cada Estado que tendrá Fiscales Europeos Delegados (FED) que son los encargados de desarrollar las diversas investigaciones, predicándose la absoluta independencia de la Fiscalía Europea, y por ende de todos sus integrantes, hacia el exterior sin permitirse que pueda recibir ningún tipo de instrucción por parte de países o instituciones comunitarias²¹.

La Ley 9/2021-sin perder de vista el RFE, en tanto el derecho nacional es subsidiario- configura un nuevo procedimiento penal que tiende a complicar el «tablero procesal» en nuestro país²² otorgando poderes de investigación a la acusación pública europea (art. 17), si bien acotada a determinados hechos reflejados en la directiva PIF y nuestro Código Penal (delitos contra la Hacienda Pública de la Unión, fraude de subvenciones y ayudas europeas, blanqueo, cohecho y contrabando contra los intereses de la Unión, organización criminal y los delitos «*indisociablemente vinculados*» y con relación a los tres

²¹ Ex. art. 6 del Reglamento 2017/ 1939. Vid. **doctrinalmente**, a este respecto, CALDERÓN CUADRO, Pía, *La Fiscalía Europea. Alguna clave para su entendimiento*, Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, págs. 248-250; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, *Dirección de la investigación por el Fiscal Europeo: limitación de derechos fundamentales y secreto de actuaciones*, Revista del Ministerio Fiscal n° 9 , 2020, pág. 99; ESTÉVEZ MENDOZA, Laura, *La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales*, Revista de Estudios Europeos N° extraordinario monográfico 1-2017 , pág. 113; FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck, *Estado de Derecho, independencia judicial y autonomía del Ministerio Fiscal. Hacia un modelo europeo de Fiscal*, Estudios de Deusto Vol. 70/1, enero-junio 2022, pág. 113; FERNÁNDEZ VIDAL, Begoña, *Control jurisdiccional de los actos de la Fiscalía Europea: Artículo 42 Reglamento de la Fiscalía Europea*, Revista de Estudios Europeos, n.º Extraordinario monográfico 1, 2023, pág.31.

²² Apunta el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL que «Por eso la reforma que se pretende, que introduce un nuevo procedimiento penal en el ya múltiple ordenamiento nacional, ha de ser extraordinariamente cuidadosa a fin de minimizar lo que en algún momento el Tribunal Supremo *ha denominado esquizofrenia procesal*. Se llama en consecuencia la atención acerca del diferente contenido, en relación con la investigación del Ministerio Público, de la proyectada nueva LECrim y la que ahora se somete a informe de este Consejo». Vid. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, Secretaria General CGPJ , 2021, pág. 6. La cursiva es mía.

primeros supuestos ex. art. 4), que desplaza en aquellos asuntos de su competencia al Juez Instructor. En este sentido las funciones del FED de investigar, para sustentar la acusación, discurre por el procedimiento que la propia Ley establece pero manteniendo a la LECRIM y al procedimiento abreviado como supletorios, descartando la aplicación del enjuiciamiento a través de Jurado. De hecho, se atribuye la competencia a la Audiencia Nacional (Sala Penal o Juzgado Central de lo Penal), o en caso de aforamiento los Tribunales Superiores (Sala Civil y Penal) y el Tribunal Supremo (Sala Segunda), órganos donde se constituirán un «Juez de Garantías» (art.7). En todo caso, el RFE ha dejado margen para el diseño de un procedimiento de investigación al legislador nacional (Título III; arts. 17-63).

Hay que destacar que el expediente que configura la Ley 9/2021 para el FED deriva del desarrollo de una actividad de investigación destinada a sustentar el eventual ejercicio de la acción penal en materias que son de su competencia, contraponiendo a su actividad la intervención del **Juez de Garantías** encargado de autorizar la restricción de los derechos fundamentales, acordar las medidas cautelares personales, asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma y autorizar el secreto de la investigación, y su prórroga, adoptar las medidas de protección de testigos y peritos a instancia del FED, juntamente con resolver impugnaciones contra los decretos del Fiscal, correspondiéndole decidir sobre la apertura del juicio oral o sobre el sobreseimiento (art. 8), **concentrándose en un mismo Juez funciones de garantía y de decisión sobre fase intermedia.**

El FED **iniciará sus indagaciones** una vez comunicada su posible comisión a través de denuncia, querrela, «o por cualquier medido previsto legalmente», comunicación por autoridad o por investigación policial (art. 18), permitiéndose la intervención de la acusación particular (art. 36.1)²³ pero excluyéndose la participación de la acu-

²³ Se admite la personación de la **acusación particular** «en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite del escrito de acusación» (art. 36.1) permitiéndole el acceso al procedimiento (art. 38) para participar en la investigación (art. 41), la aportación de informaciones (art.40) y proponer diligencias de investigación (art. 39) junto con el ejercicio de la acción civil (art. 37). Juntamente con el reconocimiento de la personación de la acusación particular, se procede, ya se ha apuntado, **a la exclusión de la acusación popular del procedimiento de investigación** (art. 36.5), paradoja que el CONSEJO DE ESTADO en su dictamen 268/2021, de 22 de abril, ha apuntado, así «A la vista de todo ello, ha de considerarse que la *exclusión de la acción popular en el concreto ámbito* a que se refiere el Anteproyecto es una legítima opción de política criminal que el legislador puede adoptar. Sin embargo, ha de llamarse la atención sobre las consecuencias que esa exclusión puede tener desde la perspectiva del principio de equivalencia (expresamente recogido en el considerando

sación popular (art. 19.3). El procedimiento de investigación se inicia por un decreto donde se pone de manifiesto hechos, calificación jurídica, persona investigada y víctima/s (art. 23.1), quienes, por otro lado, podrán impugnarlo frente al Juez de Garantías (art. 23.3). En síntesis, a la luz de los arts. 26 a 35, el investigado, que es persona física o jurídica (art. 47), adquiere dicha condición si existen indicios de responsabilidad penal, o una situación de detención, con lo que tiene derecho a la asistencia letrada, de acceso y conocimiento de las actuaciones, participación en las diligencias, o proponerlas, solicitar el aseguramiento de una prueba o limitarse a guardar silencio, debiendo practicarse, una vez existan indicios de responsabilidad penal, la primera comparecencia sin que quepa un «retraso injustificado» salvo declaración de secreto, pudiendo hacer las manifestaciones que estime con relación a los hechos, o incluso reconocerlos ante el Juez de Garantías. Por tanto, implica una investigación de parte donde se reconoce el ejercicio del derecho de defensa ante el conjunto de diligencias de investigación a practicar²⁴, juntamente con el uso de medidas cautelares y reales²⁵, que puede desplegar el FED.

88 del Reglamento de la Fiscalía Europea, en términos que ya quedaron transcritos) *si esa acción popular se mantiene en el Derecho español para acciones similares a las reguladas en el Reglamento de la Fiscalía Europea y se excluye en estas últimas...*». La cursiva es mía.

²⁴ .En el curso de su investigación-a ejecutar conforme la LECRIM, teniendo presente las especialidades de la propia Ley y con previsión en los arts. 42 a 51; Título III, Capítulo IV- el FED, **podrá acordar** la declaración de testigos, con posibilidad de adoptar medidas de protección, obtener dictámenes periciales, disponer la entrada y registro en domicilio particular consentido o en situación de delito flagrante, la entrada y registro en lugares cerrados, que no tengan la consideración de domicilio, y entrada y registro en supuestos de flagrancia delictiva y consentida en relación con el domicilio de las personas jurídicas, dictar una orden de conservación de datos, autorizar una circulación y entrega vigilada y solicitud de diligencias en investigaciones transfronterizas. Asimismo, el FED podrá solicitar medidas de «intercepción de las comunicaciones y medidas de investigación tecnológica» al Juez de Garantías (art. 48). Hay que recordar que la investigación no está sujeta al plazo previsto en el art. 324 LECRIM de 12 meses, al ser excluida su aplicación expresamente (art. 42.2 II).

²⁵ En relación a las **medidas cautelares reales** pueden ser acordadas por el Fiscal Europeo mediante decreto motivado susceptible de ser impugnado ante el Juez de Garantías (art. 63) y puede, por un lado, acordar aquellas destinadas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias «*incluidas las responsabilidades civiles, las multas y costas*» y del decomiso (art. 53), aquellas que pueden afectar a terceros responsables civiles (art. 55), medidas cautelares con relación a personas jurídicas y especialmente de suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos y intervención de la empresa y suspensión de percepción de ayudas, beneficios o incentivos públicos o de la Seguridad Social (art. 54). Cabe que el FED resuelva sobre peticiones que le sean dirigidas por el actor civil y la acusación particular (art. 58), pudiendo decidir una caución sustitutoria (art. 59), y en su caso ampliar o reducir la medida acordada (art. 60) e igualmente puede acordar medidas

Es evidente que lo que nos muestra legislación es la configuración, en sus contornos, de un **Fiscal que puede investigar** pero que las atribuciones que pertenecen propiamente a lo que conocemos como instrucción, y en lo referido a la limitación de los derechos fundamentales, sigue en poder del **Juez que a la vez también puede indagar**, salvo el supuesto, que acabamos de examinar, juntamente con el Fiscal de Menores, del Fiscal Europeo que configura un Juez de Garantías sin funciones investigadoras, creando un escenario extraordinariamente llamativo en nuestro proceso penal.

2.2. ¿El juez investigador-garante en su laberinto?

La intervención de un Juez debe interpretarse como un freno a las tentaciones del Ejecutivo ,y sus posibles excesos, singularmente en el sistema punitivo en cuanto expresión de la cara más autoritaria del Estado que implica una posible afectación a los derechos fundamentales que necesariamente, teniendo presente la necesaria eficacia en la persecución del ilícito, pueden ser objeto de conculcación. Por tanto, la función judicial de garantía (art. 117.4 CE) es la aduana que supervisa si la razonabilidad de lo pretendido en la investigación justifica el sacrificio del derecho fundamental (arts. 17, 18, 19 ó 24 CE, esencialmente) que se interesa, protección que se despliega no solamente en el campo penal, sino también en el administrativo en relación a determinados órganos no policiales que **llevan a cabo tareas de indagación** que pueden, también, chocar con los derechos fundamentales habitualmente afectados en la investigación penal y que implica un **control de la legalidad de la actividad administrativa** (art. 106.1 CE), coherente, por otro lado, con esa función de garantía antes proclamada. Ejemplos no nos faltan, al producirse una traslación del esquema de protección y salvaguarda del proceso penal al sancionador administrativo²⁶.

de realización anticipada y uso provisional de los bienes decomisados (art.61). La **medida cautelar personal esencial** que puede adoptar el FED es la detención (art. 78), decisión que adoptará mediante decreto impugnabile ante el Juez de Garantías, debiendo presentarse al detenido de manera inmediata o en un plazo máximo de 24 horas ante el propio Fiscal incluido los supuestos de detención de varias personas de las que alguna pudiera haber cometido un delito cuya competencia le este reservado al FED, juntamente con la posibilidad de solicitar aquellas otras medidas cautelares personales (prisión provisional, medidas sustitutivas de prisión provisional o libertad provisional) al Juez de Garantías (arts. 79 y ss.).

²⁶ Cfr. CHOCLAN MONTALVO, José Antonio con otros autores, *El derecho constitucional a la presunción de inocencia* en «Derechos Procesales Fundamentales», LÓPEZ LÓPEZ, Enrique, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (Dir.), Manual

Así, la necesidad de autorización judicial por el Juez de lo Contencioso-Administrativo se ha puesto de manifiesto para la entrada y registro desarrollada por miembros de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** en la sede social de una empresa (Cfr. STS 253/2023, 28 de febrero, de la Sala III, Ponente: Sr. Del Riego Valledor, FJ 3.9º) en tanto afecta al art. 18.2 CE, o cuando idéntica actividad vulneradora de la inviolabilidad domiciliaria resulta desplegada por parte de miembros de la **Administración Tributaria**. De hecho, la intervención en función de garantía no sólo se produce *ex ante*, en el momento de tomar la decisión autorizante limitativa del derecho fundamental, sino, también, *ex post facto* una vez practicada la entrada y registro con lo que la supervisión judicial destinada a verificar la adecuación de lo actuado por un órgano administrativo se despliega, tras la ejecución de la medida, mediante una pertinente dación de cuenta con relación a la documentación de lo actuado (Cfr. STS 1099/2022, 26 de julio, Sala III, Ponente: Sr. Jara Merino, FJ 5º; art. 143 LGT 58/2003, de 17 de diciembre). Por tanto, se convierte al Juez Contencioso en «Juez Garante» frente a las actuaciones invasivas de la Administración²⁷.

La **intervención judicial sobre la actividad de los servicios secretos**, si bien ajena al desarrollo de un función de garante, resulta de la Ley 2/2002, de 6 de mayo, que en un único artículo, impactando con su derecho transitorio en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, (LOPJ, en su arts. 125, 127, 135 e introduce el art. 342 bis en el mismo texto), decide concentrar en un Magistrado del Tribunal Supremo, de la Sala II o III, las funciones de concesión y supervisión de operaciones de inteligencia a desarrollar por el Centro Nacional de Inteligencia (CNI) que impliquen colisión con la *inviolabilidad domiciliaria* (art. 18.2 CE) y la *interceptación de comunicaciones* (art. 18.3 CE). Sin embargo, aunque hay que destacar la intervención judicial autorizante bajo el riguroso criterio de un integrante de

de Formación Continua nº 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 654.

²⁷ Como ha señalado con diáfana claridad la STS 1422/2022, de 2 de noviembre, de la Sala III, Ponente: Sr. Montero Fernández, en su FJ 4º «*El Juez de lo Contencioso administrativo, llamado a fiscalizar y controlar la actuación administrativa, se convierte en Juez de garantía llamado a evitar las posibles quebras constitucionales que tan parca regulación podría conducir de convertir dicha potestad en mero formulismo sin asumir el papel que le corresponde, «la posición del juez de garantías lleva consigo el deber de poner en entredicho, como método que forma parte esencial de su control, los datos o indicios que se le proporcionen, a fin de adoptar la decisión que proceda sin dejar en manos del órgano administrativo fiscal una encomienda vaga y general respecto de la cual el auto de autorización sea una especie de nihil obstat, de respaldo rutinario y complaciente»*. La cursiva es mía.

nuestro alto tribunal²⁸, es más bien una garantía de naturaleza relativa en el desarrollo de actividades por parte de nuestro servicio de inteligencia cuyo notable trabajo tiene el aval judicial, pero ni estamos en presencia de un proceso penal, ni la función del Magistrado del TS es semejante a la de un Juez Instructor dirigiendo una investigación (Cfr. STS 1094/2010, 10 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Marchena Gómez) en FJ 2.A). Aquí puede hablarse de garantía judicial, no de Juez de Garantías, por cuanto no hay control de la actividad por el órgano autorizante, ni lo obtenido conforma una causa que luego aflorará en un juicio.

Nada de lo anterior, sin perjuicio de poner de manifiesto el protagonismo de la autoridad judicial cuando se habla de garantías, tiene que ver con la persecución del hecho delictivo que implica el desarrollo de la política criminal que resulta formulada por el Ejecutivo donde se recaba el concurso de Jueces y Fiscales²⁹ convirtiéndolos en actores esenciales en cuanto que, sin una adecuada respuesta procesal, cualquier intento de implementar eficazmente dicha política deviene en ilusorio. Asimismo, el proceso penal es un campo de tensión entre la actividad de represión penal y los derechos de aquellos que resultan afectados por ella, con lo que la presencia de un tercero ajeno e imparcial deviene en imprescindible. De esta reflexión, que impacta sobre la consideración que resulta pertinente adivinar sobre la instrucción penal, y que engloba investigación y protección garantista, se derivan una serie de consecuencias claras.

En primer lugar, la función instructora judicial **no es determinar la existencia de un ilícito penal**, que está reservado para el juicio oral donde se practican pruebas, **sino acreditar la existencia de indicios de conducta criminal** que perimetran la *notitia criminis*, y que justifican, tras la actividad de investigación, la apertura del juicio (Cfr. STS 138/2021, de 17 de febrero, Sala II, Ponente: Sr. Magro Servet, FJ 1º), o la clausura de lo actuado, recordando que salvo determinadas excepciones y bajo concretos requisitos de preconstitución que permiten su acceso al plenario (Cfr. STS 690/2021, de 15 de septiem-

²⁸ En torno al sistema de interceptación del CNI y que recoge el amplio debate en torno al sentido del procedimiento autorizante del Magistrado del TS, *vid.* ALFONSO RODRÍGUEZ, Adriano J., *Gobernanza democrática y rendición de cuentas: control judicial de las actividades de inteligencia (ODS 16.6)*, Revista de Derecho de la UNED nº 31, 2023, págs. 55-111.

²⁹ *Vid.* como claro paradigma, donde específicamente se pone de manifiesto la necesidad de contar con los jueces y fiscales, CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL, *Estrategia nacional contra el crimen organizado y delincuencia grave 2019-2023. La seguridad es un proyecto en común*, Gobierno de España- Ministerio de Presidencia, relaciones con las Cortes e Igualdad, Madrid, 2019, págs. 10, 36 y 41.

bre, de la Sala II, Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, FJ 3º), **las diligencias sumariales, se reitera, no tienen categoría de pruebas**, y ello por cuanto, de ser así, vaciarían de contenido el propio plenario. En segundo lugar, la investigación criminal dirigida por el Juez **es, adicionalmente, un marco de garantías** donde el indagado despliega contradictoriamente su derecho de defensa (Cfr. STS 527/2021, de 16 de junio, de la Sala II, Ponente: Martínez Arrieta, FJ 2º) en razón del *status* que le ha sido asignado que le permiten discutir los elementos indiciarios, que se han podido recopilar en su perjuicio, para conseguir el archivo de las actuaciones. En tercer lugar, la instrucción penal, como antes se anticipó, se relaciona intensamente con la política criminal y de seguridad pública³⁰ en tanto es un cauce organizado para la persecución del hecho delictivo, **encargándose del ejercicio de la acción penal un órgano distinto del propio Juez, en concreto la acusación pública, particular o popular, de modo que** «quien instruye, no puede acusar». Finalmente, el contacto del Juez con el material de la investigación **le inhabilita para juzgar esos mismo hechos**, así «quien instruye, no puede juzgar» (Cfr. SSTC 145/88, de 12 de julio, FJ 7º, 164/88 de 26 de septiembre, FJ 1º; 11/89, de 24 de enero, FJ 3º; 106/89, de 6 de junio, FJ 2º; 98/90, de 24 de mayo, FJ 4º;).

El problema que evidencia nuestro sistema es la complejidad de articular dos de los fines esenciales vistos, es decir, los difíciles equilibrios que tiene que hacer la autoridad judicial entre verificar los indicios criminalidad que le son imputados a un sospechoso con la comprobación que tiene que desarrollar a través de la investigación y, a la par, garantizarle los derechos a ese mismo investigado. Ese vínculo que se establece entre el Juez con la mal llamada «búsqueda del éxito de la investigación»³¹, que más que juzgar prejuzga, sirve para que un autorizado sector de la doctrina afirme la eliminación de toda faceta garantista de la instrucción³². Pese a ello, y no hay que olvidar-

³⁰ Como apunta MORENO CATENA el proceso penal sirve para garantizar la seguridad pública como valor digno de especial protección en tanto elemento de cierre en la lucha contra la criminalidad y de medidas de política criminal que deben adoptar los poderes públicos. *Vid. La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal*, Cuadernos Penales José María Lidón nº 7, 2010, pág. 13.

³¹ *Vid. AROZAMENA LASO, Ángel, Hacia un sistema de instrucción penal más racional y garantista. Fiscal Investigador y Juez de Garantías, Estudios Jurídicos nº 2008 (CD-ROOM de conferencias impartidas en el Centro de Estudios Jurídicos para Fiscales, Secretarios Judiciales, Médicos Forenses y Abogados del Estado)*, págs. 15-16; MORENO CATENA, Víctor, *El papel del Fiscal en la investigación de los delitos en «Libro Homenaje a Antonio González-Cuellar García «Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI»*, Editorial Colex, Madrid, 2006, pág. 988.

³² *Vid. VIVES ANTÓN, Tomás Santiago, Doctrina Constitucional y Proceso Penal*, Revista del Poder Judicial nº especial II, 1987 págs. 99-100; DAMIÁN MORENO, Juan,

lo, la fisonomía de ésta es perfectamente constitucional (SSTC 41/98, de 24 de febrero, FJ 14º; 174/2001, de 26 de julio, FJ 2º).

La decisión del curso que ha de tomar la investigación que practica el Juez se complica, cuando lejos de preocuparse por la existencia de indicios, se procede a desarrollar una instrucción excesivamente completa que busca, sin quererlo, la culpabilidad del investigado, contradiciendo el propio espíritu de la LECRIM³³. Es, por tanto, una deficiente comprensión del sentido de aquella la que provoca que el Juez Instructor penetre en un escenario difícil en el desarrollo de sus actividades, excesivamente dilatadas, que amenazan con degradar a la nada el acto de juicio, cuando es la investigación la que está al servicio del plenario y no al revés.

Así, no hay que olvidar que el **que en el curso de la instrucción penal** al Juez le corresponde una multiplicidad de actividades, que puede acordar incluso de oficio (art. 303 LECRIM), como escuchar al investigado (arts. 385 y ss., LECRIM), cuya confesión no le impide comprobar los hechos (art. 405 LECRIM), a víctima (art. 109 LECRIM), y testigos (art. 410 y ss., LECRIM), adoptar medidas cautelares de diferente naturaleza (arts. 544 bis o ter o el arts. 615 o 621 bis LECRIM), encargar informes periciales (art. 456 y ss., LECRIM), practicar una inspección técnica ocular (arts. 326 y ss., LECRIM), preconstituir prueba (arts. 449 bis y ter LECRIM) o la variada gama de decisiones limitativas de derechos fundamentales destinadas a la efectividad de la investigación (arts. 588 bis a) y ss., LECRIM), sin olvidar la referida a la privación provisional de libertad de los implicados (art. 503 y ss., LECRIM) medida que puede acordar incluso inaudita parte (art. 505. 6 LECRIM) con la condición de la existencia de una petición por parte de una acusación (art. 505. 1 LECRIM).

¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?, Diario La Ley n.º 7302, 2008-IV, pág. 2089; LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Fiscal Instructor ¿Sí o no?*, Diario La Ley n.º 6884, 2008-I, págs. 1700-1701; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *Razones para superar el sistema de instrucción. A propósito del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n.º 24, 2011, pág. 32.

³³ Como puso la EM de nuestra más que centenaria LECRIM y que hoy podemos señalar con claridad «Es preciso en primer término sustituir la *marcha perezosa y lenta del actual procedimiento* por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cual más importantes: *uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto*, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad». La cursiva es mía.

El desarrollo de las anteriores actividades provoca, de ordinario, una duración ilimitada, pese a los intentos del art. 324 LECRIM de fijar un tiempo no menor (12 meses) en su desarrollo, dificultándose la apertura del juicio que dilucide las hipotéticas responsabilidades del investigado anticipando la denominada «pena de banquillo» con las lógicas consecuencias que para el afectado tienen. En todo caso, no todo es responsabilidad del Juez pues en la «En la duración de un procedimiento judicial intervienen múltiples variables, aunque a los efectos de nuestro análisis podemos agruparlos esencialmente en tres: de un lado, el sistema de justicia, que debe tener la dotación suficiente de recursos, lo que implica una organización eficiente, con el número de tribunales necesarios por razón del lugar y de los asuntos que deban ventilar, servidos por personal suficiente y con los recursos técnicos adecuados, que atiendan los asuntos de. manera diligente y responsable; de otro lado, la actuación procesal de las partes, tanto acusadoras como, especialmente, acusadas, que pueden obstaculizar el procedimiento paralizándolo o frenando su curso normal; en tercer lugar, la complejidad del asunto de que se trate y, en materia penal, las dificultades que entrañen los hechos delictivos»³⁴.

Y a todo ello, y es una cuestión absolutamente esencial, hay que añadir **la decisión sobre la apertura del juicio** cuya evaluación le corresponde **al mismo órgano judicial que la ha dirigido**, en una fase intermedia (arts. 622 y 780.1 LECRIM) donde lejos de analizar aspectos esenciales como es el fundamento indiciario de la acusación presentada, se limita a prefigurar un relato fáctico anticipatorio de una posible responsabilidad penal del encausado, limitando el material acusatorio (hechos y sujetos) sobre el que va a versar el ulterior juicio, si bien no condicionando la calificación jurídica, ni el contenido de conclusiones provisionales que se formulen en su caso por las acusaciones (STS 688/2022, de 7 de julio, Sala II, Ponente: Sra. Polo García, FJ 3º.4). Pero es que, también, puede poner fin al procedimiento, con lo que si dicta un auto de sobreseimiento libre emite una resolución con el efecto de cosa juzgada, optando por funciones de decidir-sentenciar- aquel que ha instruido. El problema no es tanto que un Juez evalúe lo realizado en una fase intermedia (*juicio de acusación*) decidiendo o proponiendo la apertura de juicio, sino que sea **el mismo Juez que ha intervenido en la investigación** el que lo

³⁴ Vid. MORENO CATENA, Víctor con otros autores, *El plazo razonable en la investigación de los delitos. Una garantía de la presunción de inocencia en «La Administración de Justicia en España y América. José Martín Ostos (liber amicorum)»*, MARTÍN RÍOS, Pilar; PÉREZ MARÍN, María Ángeles (Dirs); PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique, DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, María Luisa (Coord.), Astigi Editorial, Sevilla, 2021, págs. 1309-1310.

haga, siendo difícil cuestionar lo que se ha hecho revocando el propio trabajo o los criterios de actuación³⁵.

Se olvida, asimismo, la problemática que supone tener un proceso penal que encierra en sí mismo una pluralidad de procedimientos (sumario, diligencias previas, enjuiciamiento rápido de determinados delitos y de los delitos leves, el procedimiento del Tribunal del Jurado o de aforados, entre otros) que provocan disfunciones varias³⁶ pese a existir un «núcleo duro» de actividades comunes a desarrollar (declaración de investigado, víctima, testigos, recabar dictámenes periciales, entre otras)³⁷ que obliga a acomodar las diligencias practicadas al cauce que procede en función de la pena abstracta que se le asigna al delito cometido. No se entiende la razón de tener una multiplicidad de procedimientos para el Juez Instructor, y a la vez, la existencia de un procedimiento único, con una propuesta en tal sentido, si se lleva a cabo la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación preliminar³⁸. Es algo que carece de justificación y que complica el trabajo de la autoridad judicial, con lo que es lógico que ante la inercia procesal que se ha mantenido incólume durante mucho tiempo se busque un cambio. Pero es lógico, pues se ha colocado legislativamente al Juez en un laberinto que complica su trabajo y le

³⁵ DE CASAS MORAL señalaba, en fechas muy tempranas, que había que evitar la situación del Juez en la que éste tuviera que declarar que hizo lo que no había que hacer o que no había méritos para proceder, evitando que quien imagine el juicio juzgase y buscase con afán el material para quien acusase. *Vid. Del Ministerio Público en los sumarios*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. XI, 1857, págs. 104-105.

³⁶ Como retóricamente y con acierto se pregunta GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO «¿Es estrictamente necesario que en cada tipo de proceso penal el régimen de apertura del juicio oral y de presentación de los escritos de calificaciones provisionales por las partes sea distinto? En el proceso común para delitos muy graves se abre el juicio oral por el órgano decisor, la Audiencia, y posteriormente se suceden los escritos de calificaciones. En el proceso ante el Tribunal del Jurado, es el Juzgado de Instrucción el competente para abrir el juicio oral, previa presentación por las partes de sus escritos de calificación. En el proceso abreviado se interpone la acusación, se acuerda la apertura del juicio por el Juzgado de Instrucción y se presenta después el escrito de defensa. En el llamado «juicio rápido» nueva receta: primero se dicta auto de apertura de juicio oral por el órgano instructor y luego se formulan la acusación y la defensa». *Vid. La reforma de...op.cit.*, pág. 5048.

³⁷ Lo que RAMOS MÉNDEZ califica como homogeneidad de las diligencias de instrucción en cada procedimiento, sin necesidad de «triplicar» las disposiciones y teniendo en cuenta la simplificación introducida por el procedimiento abreviado. *Vid. El proceso penal: lectura constitucional*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, pág. 49.

³⁸ Resulta llamativo que la reforma que está destinada a establecer un Fiscal responsable de la investigación prevea **un solo procedimiento de investigación**. *Vid. ALECRIM* de 22 de julio de 2011 (art. 457 y ss.), BCPP de 2013 (arts. 239 y ss.) o ALECRIM del año 2021 (arts. 520 y ss.) o el propio procedimiento de la Fiscalía Europea.

dificulta el ejercicio de sus funciones. Por tanto, la instrucción judicial no es un mal modelo, sino que los obstáculos existentes son los que complican su desempeño. Si se replican errores, da igual quien dirija la investigación.

2.3. De la policía judicial y otras acusaciones

Además del Juez y del Fiscal, **la Policía Judicial es un órgano investigador** si bien en una situación de dependencia respecto de aquellos en la indagación del delito y la averiguación del delincuente conforme se apunta constitucionalmente. Así, el art. 126 CE se limita a establecer una policía destinada a tener un papel de importancia en el proceso penal, sin que se trate de una «policía de la Justicia» sino «colaboradora de la Justicia»³⁹ para el enjuiciamiento penal⁴⁰ y como comisionado técnico y ejecutor de las decisiones que adoptan aquellos, pero encargándose, a la vez, de **satisfacer los objetivos de política criminal y de seguridad diseñadas por el Ejecutivo**, con lo que se produce una dependencia orgánica de éste y funcional de Jueces y Fiscales, con un modelo basado en la dispersión normativa⁴¹, en la pluralidad de cuerpos y la distinción entre el carácter genérico y específico que adopta su organización⁴², cuyos poderes han ido en

³⁹ Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, Roberto, *Policía Judicial y Constitución*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 215.

⁴⁰ Vid. MORENO CATENA, Víctor, *Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial*, Revista «Poder Judicial» número especial VIII, 1988, págs. 144-145.

⁴¹ Además de la CE y la LECRIM (art. 282 y ss.), se constata regulación en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio (arts. 547-550), la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos Seguridad 2/1986, de 13 de marzo (arts. 29-36) complementado por el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de Policía Judicial, sin incluir las normas de policía de las Comunidades Autónomas con modelo integral y la regulación en materia de coordinación de policías locales.

⁴² La existencia de una pluralidad de cuerpos, unos estatales (Policía Nacional, Guardia Civil y Servicio de Vigilancia Aduanera) que hay que conjugar con las Comunidades Autónomas con modelos integrales (Cataluña, País Vasco y Navarra; STC 184/2016, 3 de noviembre, FJ 4º) juntamente con la intervención en materias propias de las policías dependientes de las Corporaciones Locales que tienen protagonismo en el proceso penal (ATS 299/2017, 26 de enero, de la Sala II, Ponente: Sr. Soriano Soriano, FJ 1º) o las funciones policiales atribuidas a los agentes forestales (art. 58.4 de la Ley de Montes 43/2003, 21 de noviembre). Como se expone **institucionalmente**, la FGE en su Memoria (2017) «Esta Policía judicial específica tiene como principios rectores la permanencia, estabilidad y especialización, con estricta sujeción o dependencia funcional respecto de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal en la ejecución de cometidos relativos a la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente (...) En virtud del expresado sistema, lejos de crearse un cuerpo específico y diferenciado de Policía Judicial, coexisten los dos citados modelos: genérico y específico, con la única diferencia entre ambos de

aumento en función de la evolución legislativa de nuestro derecho procesal, curiosamente, en detrimento de los poderes de investigación de la acusación pública⁴³.

Sin embargo, pese al carácter aparentemente subordinado de las agencias policiales, su actividad deviene en esencial. De ordinario, son los primeros conocedores del ilícito penal, llevando a cabo una primera calificación jurídica de los hechos, con competencia para el archivo de las actuaciones en los casos de inexistencia de autor conocido (art. 284.2 LECRIM), lo que permite un filtro inicial importante. Hay que significar, además, que son quienes disponen de los medios técnicos (laboratorios, tecnología, logística), y personales, por lo que la investigación procesal se subordina a las disponibilidades, tiempos y prioridades de los órganos policiales, algo a lo que es ajeno el Juez o Fiscal quienes no disponen de medios de compulsión que les permitan aprontar, o acelerar, los informes o las actuaciones pendientes. Esta situación provoca que se produzcan delegaciones masivas por la autoridad judicial-fiscal en la Policía para su práctica que provocan una pérdida del control efectivo de la investigación y una situación de subordinación policial más bien formal, que real, respecto del titular de la investigación **sea este quién sea**.

Al hilo de lo anterior, al disponer de los medios y ser los primeros interlocutores de la víctima o perjudicado tomando conocimiento de los hechos denunciados, esa actuación fija una «primera versión de la verdad»⁴⁴, que condiciona a quién dirige la investigación sea el Juez o el Fiscal, y cuya intervención cristaliza en la **elaboración del**

la especialización en técnicas de investigación con que cuentan los miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial». *Vid.* FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada (2017)*...op.cit., págs. 879-880. *Vid.* igualmente, la STS 831/2007, de 5 de octubre, de la Sala II, (Ponente: Sr. Marchena Gómez), FJ 1º.

⁴³ Evidenciado en la arquitectura procesal derivada de las Leyes de reforma 38/ y 8/2002 de 24 de octubre de implementación de los denominados juicios rápidos (arts. 795 y ss. LECRIM), dejándose claro institucionalmente, en la Circular 1/2003, de 7 de abril, de la FGE la preponderancia del atestado policial, por tanto de la investigación practicada por los cuerpos de seguridad, en el nuevo sistema que se ponía en pie. ASENCIO MELLADO apunta que «La Policía Judicial, por tanto, va a ser en definitiva la que en la práctica va a determinar el procedimiento penal aplicable sin dejar en ocasiones margen de actuación alguno a los tribunales». *Vid. Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 100. *Vid.* similares críticas en FLORES PRADA, Ignacio con GONZÁLEZ CANO, Isabel, *Los nuevos procesos penales (II). El juicio rápido*, Tirant lo Blanch reformas, Valencia, 2004, nota (39), pág. 42.

⁴⁴ CAMPOS NAVAS señala que la «principal fuente de introducción de elementos de averiguación y prueba de la mayor parte de los delitos» junto con las investigaciones de otros órganos especializados. *Vid. Iniciativa, obtención y acopio de los medios de prueba en el proceso penal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2002, pág. 69.

atestado cuyo valor de simple denuncia (*Vid.* SSTC 22/88, de 18 de febrero, FJ 3º; 217/89, de 21 de diciembre, FJ 2º; 51/95, de 23 de febrero, FJ 2º; 303/93, de 25 de diciembre, FJ 4º) no evita para que sea una herramienta elemental para la adopción judicial de medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales (arts. 544 bis o ter LECRIM), o la prisión preventiva (arts. 502 y ss. LECRIM) del sospechoso⁴⁵. La incardinación de los investigadores policiales en el Ejecutivo (Ministerio de Interior o Consejería respectiva)⁴⁶ provoca una compleja situación en la que hay que conjugar, además de la dependencia puramente formal de Jueces y Fiscales con la autonomía real de las fuerzas policiales⁴⁷, un escenario de «doble lealtad», en virtud de su doble subordinación, que trae consigo que se informe, primeramente, del resultado de la investigación a los mandos naturales y posteriormente al Juez (o Fiscal)⁴⁸.

Da la sensación, por tanto, que hay una poderosa «instrucción policial» inicial, realizada con un margen de autonomía sustancial en virtud de los medios existentes y de la falta de una regulación precisa respecto de la denominada «dación de cuenta» de lo llevado a cabo, pues lo que realmente apronta a los agentes es la existencia de la **necesaria regularización de una medida restrictiva** de un derecho fundamental como la detención del art. 492 LECRIM, aunque nada impide la puesta en libertad por aquellos que la ejecutan (art. 496 LECRIM), o **para la practica de una medida invasiva** que afecta a un derecho fundamental (arts. 588 bis a) y ss., LECRIM) que es preciso

⁴⁵ DELMAS MARTY pone de manifiesto que «A causa de un desplazamiento de funciones, la decisión tomada por la policía de presentar a un delincuente ante la Justicia-o de no hacerlo- se ha transformado en decisión esencial, y lo mismo ocurre con la decisión de arrestar o de dejar en libertad, que determinará, frecuentemente , la prisión provisional». *Vid. Modelos actuales de política criminal*, Centro de Publicaciones-Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pág. 65. *Vid.* igualmente BINDER, Alberto, *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, Coordinación Editorial, México, 2014, pág. 67.

⁴⁶ En este sentido, hay que recordar la revolucionaria propuesta del BCPP de 2013, en su art. 80, que convertía al Fiscal General del Estado en el máximo responsable policial, al insertar orgánicamente a la Policía Judicial en el seno de la Fiscalía con el propósito implícito de crear un cuerpo autónomo con una «Ley de Organización y Funcionamiento» propia.

⁴⁷ *Cfr.* SECCIÓN TERRITORIAL DEL PAÍS VASCO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA, *Policía Judicial*, Revista «Jueces para la Democracia» n° 0, 1986, págs. 27-34 ZUBIRI DE SALINAS, Fernando, *La Policía Judicial*, Revista del Poder Judicial núm. 19, 1990, pág. 73; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo (Dir.) con otros autores, *Criterios para agilizar la instrucción* en «Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial», Manual de Formación Continuada n° 46, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 37-39.

⁴⁸ *Vid.* RAMÍREZ ORTIZ, José Luís, *Jueces y Policías. Algunas razones de una relación disfuncional*, Revista Poder Judicial n° 88, 2009, pág. 81.

solicitar previamente a la autoridad judicial que la habilite. Hasta ese momento el desarrollo de la indagación policial es, de facto, clandestina, sin sujeción a plazos concretos, normalmente concluido con un atestado con pretensiones de exhaustividad y que señala el camino a seguir al Juez, o al acusador público, en el marco de sus propias investigaciones, con la paradoja de repetir lo practicado en sede judicial o fiscal (declaraciones de víctima, perjudicado, investigado y testigos) lo que ya se ha hecho ante la Policía **fruto de una descoordinación estructural**⁴⁹. Lógicamente, esta situación debería motivar un cambio de enfoque que determine un modelo policial de investigación más ágil, eficaz y coordinado que facilite un sistema de persecución garantista, a la vez que riguroso.

Además de la Policía, **el investigado convive en nuestro ordenamiento procesal con otras acusaciones además de la pública**. Así, tenemos la acusación popular constitucionalizada en el art. 125 CE y la acusación particular insertada en el art. 24 de nuestra *Lex Superior* (Cfr. STC 34/1994, de 31 de enero, FJ 2º), con lo que toda reforma pasaría por no perder de vista a estas dos figuras, aunque ya se ha hecho en la investigación del Fiscal Europeo prescindiendo de la intervención de la acusación popular (art. 36.5 Ley 9/2021, de 1 de julio)⁵⁰ limitando la intervención de la acusación particular (arts. 36-41 Ley 9/2021, de 1 de julio), cuya titularidad ostentan ofendidos y perjudicados, al ejercicio de la acción penal y civil, la propuesta de diligencias junto con la facilitación de informaciones y la participación en los actos de investigación, singularmente en el aseguramiento de la fuente de la prueba. La posible recopilación de material por dos actores penales, el oficial y el particular, aunque con una presencia determinada, y sin la posibilidad de la intervención de la popular, ahora se convierte en una realidad diáfana en la investigación del FED.

Doctrinalmente, la presencia de la acusación popular, ha sido vista como un elemento de contrapeso y control del Ministerio Fiscal

⁴⁹ Que MORENO CATENA señala en virtud de la dependencia existente de Jueces, Fiscales y autoridades gubernativas, pues al depender de todos exactamente no dependen de ninguno y de ahí que la instrucción quede en sus manos. *Vid.* con otros autores *El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito* en «Hacia un nuevo proceso penal», Manual de formación continuada nº 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 79.

⁵⁰ Que resulta justificada en el informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL al tratarse de un derecho de configuración legal que el legislador puede limitar sin que exista un derecho a participar en todos los procedimientos. *Vid. Informe sobre el Anteproyecto de Ley...op.cit.*, pág. 76.

presidida por una suerte de desconfianza histórica⁵¹, siendo una institución utópicamente pensada para evitar la existencia del acusador público⁵², al modo del sistema inglés⁵³, donde cualquier ciudadano podía mantener «la paz de la Reina» que motivó además la tardía aparición en Gran Bretaña de un cuerpo semejante a la Fiscalía⁵⁴. Hay que señalar que el derecho comparado, donde el Fiscal actúa como *dominus* único de la investigación (Alemania, Portugal e Italia) no conoce la acusación popular, limitando adicionalmente la presencia de la acusación particular⁵⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico la acusación popular no ha sustituido al Ministerio Fiscal, sino que se ha situado procesalmente como una parte más al lado del acusador público, una suerte de coadyuvante, si bien sustentando una pretensión acusatoria propia e independiente no siempre con motivos jurídicamente claros⁵⁶. La investigación de la Fiscalía Europea, como antes se apuntó, sólo permite la presencia de la acusación particular, evitando la presencia de la popular lo que con-

⁵¹ Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia Penal*, Revista del Poder Judicial nº 8, 1987, pág. 30; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luís María, *Siete tesis sobre la idea de Fiscal Investigador*, Teoría & Derecho nº 1, 2007, pág. 37; ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 83.

⁵² Vid. GIMENO SENDRA, Vicente, *La acusación popular*, Revista del Poder Judicial nº 31, 1993, pág. 88.

⁵³ Como señala la EM de la LECRIM de 1882 «Educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la Justicia y de coadyuvar activamente a su recta administración, haciendo, como el ciudadano inglés, inútil la institución del Ministerio público para el descubrimiento y castigo de los delitos...». La cursiva es mía.

⁵⁴ Vid. AULET BARROS, José Luís, *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1998, pág. 629; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luís María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, págs. 37-38.

⁵⁵ Vid. STS 1045/2007, de 17 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater) que ya tempranamente ha señalado que «...Si se observa el derecho procesal de las democracias europeas se comprobará que la tendencias legislativa es sumamente restrictiva, pues sólo se suele reconocer el derecho a tomar parte en el proceso penal, junto al Ministerio Público, a los perjudicados civiles (p. e.: los códigos procesales italiano, [art. 74 y ss.], francés, [art. 85 y ss.], portugués [art. 71 y ss.] o permitir sólo una participación adhesiva supeditada a la del Fiscal [Alemania, StPO § 395], o admitir una participación subsidiaria en el caso de desistimiento del Fiscal [Austria, StPO §§ 46 y ss.]). Ello es consecuencia de la atribución del ius puniendi al Estado en forma monopolista que caracteriza al derecho penal moderno» (FJ 5º).

⁵⁶ Su presencia ha sido objeto de profundas críticas por su abuso y mal empleo. Vid. MORENO CATENA, Víctor, CORTES DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012 pág. 104; ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Lo que debe ser el Ministerio Público*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1929 págs. 530-531; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pág. 245.

trasta con la propia postura institucional que resulta de las investigaciones de la Fiscalía nacional, en relación con la participación de otras acusaciones en la investigación preliminar, descartando la participación de ambas acusaciones⁵⁷. Asimismo, nos encontramos con un sistema de instrucción penal dirigido por el Juez que permite la presencia tanto de la acusación popular (art. 270 LECRIM), como de la particular (art. 109 bis LECRIM), en el desarrollo de sus funciones. Esto no puede ser más paradójico: tres escenarios distintos en función del titular de la actividad investigadora. Y a ellos añadimos la presencia sólo de la acusación particular en el proceso de menores cuya investigación dirige el Ministerio Público (art. 25 LORRPM 5/2002, de 2 de enero).

No obstante, la presencia en la actividad de instrucción judicial de otras acusaciones no públicas carece de sentido al revelar un cierto grado de desconfianza en la Fiscalía que no está justificada institucionalmente⁵⁸. En todo caso, su intervención en la fase preparatoria implica una agravación de la posición del investigado que puede verse expuesto a diferentes posturas con fines y medios propios, que tienden a ralentizar el procedimiento con peticiones que pueden llegar a ser infundadas y redundantes, con lo que teniendo presente que en la fase de indagación no hay acusación, sino que esta se formula con posterioridad, lo coherente es permitir su participación en dos momentos, en concreto, en el **juicio de acusación y en el plenario propiamente dicho** con lo que se garantiza su presencia delimitando el objeto de debate, ejercitando la pretensión penal e interviniendo en la práctica probatoria. En suma, unificar y limitar la intervención de otras acusaciones parece razonable y contribuye, garantizando su participación, a agilizar el procedimiento.

3. MODIFICACION DE LA REGLAS PROCEDIMENTALES: EL CÓMO FRENTE AL QUIÉN

3.1. Aproximación al debate

Ya se puso de manifiesto, anteriormente, el clamor por una nueva LECRIM, que singularmente afecta al cambio de titular en la direc-

⁵⁷ Así lo establece el art. 8.2 del RD 305/2022, de 3 de mayo por el se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal. Por otro lado, la Consulta 2/2022, de 20 de diciembre señala que no son trasladables a la investigación del Ministerio Fiscal las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal acerca de la acusación particular y popular.

⁵⁸ Así, la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater) FJ 11°.

ción de la fase instructora, que se ha puesto de manifiesto en algunos **programas electorales**⁵⁹ o desde sectores **institucionales**⁶⁰ que defienden un cambio de modelo procesal penal, convirtiendo al Ministerio Público en el pivote básico sobre el que debe bascular la reforma. **Doctrinalmente**, hay división entre quienes desean un cambio⁶¹

⁵⁹ El PSOE en su programa para las elecciones generales de 2019 proponía «Aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que garantice un proceso penal moderno, democrático y plenamente adaptado a los principios constitucionales, atribuyendo la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal y fortaleciendo las garantías constitucionales». *Vid. Programa electoral del PSOE. Elecciones generales 2019*, pág. 177. otros partidos como el PP o Podemos no reflejaban en sus programas de 2019 intención explícita alguna de modificar o promulgar una nueva LECRIM. *Vid. Partido Popular, Programa electoral 2019. Todo lo que nos une; Podemos, Programa de Podemos para un nuevo País. La historia la escribes tu.*

⁶⁰ *Vid.* las manifestaciones en torno a la necesidad de una reforma en el proceso penal por parte de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en los últimos siete años, en *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excma. Sra. Doña Consuelo Madrigal Martínez-Pereda (Vol.I)*, Madrid, 2016, pág. 6; *Memoria de la Fiscalía General elevada (2017)...op.cit.*, pág. XIV; *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excma. Sra. Doña María José Segarra Crespo (Vol.I)*, Madrid, 2018, pág. XXI; *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excma. Sra. Doña María José Segarra Crespo (Vol.I)*, Madrid, 2019, pág. LVIII-LVII; *Memoria de la Fiscalía General elevada (2020)...op.cit.*, pág. 1145; *Memoria de la Fiscalía General elevada (2021)...op.cit.*, pág. 79; *Memoria de la Fiscalía General elevada (2022)...op.cit.*, pág. XXII y 80.

⁶¹ *Vid.* sin ánimo exhaustivo **doctrinalmente**, MORENO CATENA, Víctor con otros autores, *La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en «La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 45 y ss.; VIVES ANTÓN, Tomás, *Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito*, Teoría & Derecho n° 1, 2007, pág. 117; GIMENO SENDRA, Vicente, *Filosofía y principios de los «juicios rápidos»*, Diario La Ley n° 5667, 2002-VII, págs. 1558-1559; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 130-135; FLORES PRADA, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 489 y ss.; ALMAGRO NOSETE, José, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, pág. 29; RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, *¿El Juez de Instrucción es inconstitucional?*, Actualidad Jurídica Aranzadi n° 261, 1996, pág. 9; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal* en «El Poder Judicial en Europa. Conferencia de Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas», T. II, Madrid, 1989, pág. 115; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (Dir.) con otros autores, *La instrucción de las causas por delitos. Naturaleza. Órgano que debe realizarla. Iniciación* en «La instrucción del sumario y las diligencias previas», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 158 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique con otros autores, *La posición del Fiscal en la investigación penal*, en «La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Editorial

, frente aquellos que se oponen⁶² al fin del sistema de instrucción judicial. **Jurisprudencialmente**, el TC no ha opuesto objeciones a un posible cambio de modelo admitiendo otras opciones alternativas frente al Juez Instructor, que es constitucionalmente válido, pero avalando un hipotético cambio⁶³, mientras que el TS ha señalado la parado-

Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 15 y ss.; VARELA CASTRO, Luciano con otros autores, *La investigación en el proceso penal*. Ministerio Fiscal y Juez «para» la instrucción, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La Reforma del Proceso Penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 955-956; CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen con otros autores, *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La Reforma del Proceso Penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 41; MARTIN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, pág. 312. .

⁶² Vid. sin ánimo exhaustivo, CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso...* op.cit., pág. 216; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor con otros autores, *El artículo 125 de la Constitución: La acción popular y su fortalecimiento*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La reforma del Proceso Penal», Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989; MONTERO AROCA, Juan con otros autores, *La investigación penal: ¿Jueces o Fiscales?*, Revista del Poder Judicial n° 92, 2011, págs. 28-32; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés con otros autores, *Sobre el Ministerio Fiscal y la instrucción del proceso penal* en «Juan Montero Aroca. El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango» GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia, CALDERÓN CUADRADO, Pía (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 978-986; GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado*, Revista del Ministerio Fiscal n° 4, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, págs. 103 a 105; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración política-jurídica*, Revista de Derecho Procesal n° 2, 1990, pág. 255; ORTIZ ÚRCULO, Juan, *Juez o Fiscal instructor; o todo lo contrario*, Revista «El Notario del Siglo XXI» n° 72, marzo-abril 2017, pág. 10; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal*, Revista Jurídica de Castilla y León n° 14, 2008, págs. 209-216; VÁZQUEZ SOTELO, José Luís, *Crisis de la justicia y reforma del proceso penal* en el I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «Crisis de la Justicia y Reformas del Proceso Penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 377 y 378; VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *En contra del fiscal investigador*, Revista «El Notario del Siglo xxi» n° 72, marzo-abril 2017, págs. 11-15; IBÁÑEZ ANDRÉS, Perfecto, *Ni Fiscal Instructor, ni Habermas «procesalista» (a pesar de Vives Antón)*, Revista de Jueces para la Democracia n° 2-3/1992, 1992, pág. 43; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Siete tesis...* op.cit, págs. 28 y ss..

⁶³ La STC 145/88, de 12 de julio, indicaba en su fundamento jurídico quinto que «... en el sistema de procedimiento penal regulado por la L.E.Cr., en la que para los casos de delito se preveían dos fases distintas: La sumarial, en la que un Juez lleva a cabo la instrucción, y la vista oral, en la que un Tribunal conoce y falla la causa. Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional-la cursiva es -, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma suprema» Así, el ATC 47/94, de 8 de febrero, señala que «... De todo ello se sigue que aún entendiendo que la atribución

ja del sistema de investigación penal⁶⁴. Finalmente, esta voluntad de cambio se sintetizado **en los tres intentos legislativos frustrados:** ALECRIM del año 2011, BCPP de 2013 y de nuevo el ALECRIM de 2021 que han buscado el cambio en el director de la investigación atribuyendo el cometido al Fiscal y acabando con el Juez Instructor.

Los *argumentos a favor* del cambio, situando al Fiscal como titular único, son variados como la aproximación al **derecho comparado** en relación a los países de nuestro entorno⁶⁵, la **incorporación del Fiscal Europeo**, la necesidad de implementar **celeridad y rapidez**⁶⁶,

de la investigación de una causa penal a órganos distintos de los incardinados en el poder judicial sea una posible opción del legislador, no es menos legítima la opción, hasta ahora elegida, de atribuir la instrucción a los órganos judiciales, y así lo pusimos de relieve en nuestra STC 145/1988» (FJ 2º). La cursiva es mía.

⁶⁴ Así, la STS 980/2016, de 11 de enero, Sala II (Ponente: Marchena Gómez) en su FJ 2º que resulta adecuado transcribir, indica gráficamente que «Ya encierra una *extravagancia legislativa* que nuestro sistema admita la posibilidad de que el ciudadano al que se impute un delito sea sometido a una *investigación inicial de naturaleza preparatoria* (arts. 5 del EOMF y 773.2 LECrim) de una *segunda etapa, también de naturaleza preparatoria* (arts. 299 y 771.1 LECrim). *Cuando lo preparatorio precede a lo preparatorio , no resulta fácil encontrar justificada esa doble secuencia sobre la que se construye la fase de investigación del hecho imputado...».* La cursiva es mía.

⁶⁵ **Institucionalmente**, por la Fiscalía General en su Memoria del año 2022 ha puesto de manifiesto que «Es evidente que, siendo el Ministerio Fiscal, al igual que las demás instituciones, un órgano de su tiempo, seguirá siendo objeto de sucesivas modificaciones que adapten sus funciones a la cambiante realidad social y a las futuras necesidades. De hecho, en la actualidad la carrera se encuentra frente a un gran reto evolutivo, pues de todos es conocida la voluntad del prelegislador de atribuir la investigación de los delitos al Ministerio Fiscal. *Ello implicará un cambio radical de modelo del proceso penal español, en armonía con el derecho comparado y coherente con la necesaria adaptación de nuestro ordenamiento jurídico interno al espacio de libertad y justicia que representa la Unión Europea».* La cursiva es mía. *Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria elevada (2022)...op.cit., pág. XXII. Vid. doctrinalmente* GIMENO SENDRA, Vicente, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Una apuesta por la figura del Fiscal Instructor*, *Economist & Jurist* n° 100, 2006, pág. 58; CRESPO BARQUERO, Pedro, *Las garantías en la instrucción por el Fiscal*, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 1998, págs. 205-205; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, *La investigación penal por el Ministerio Fiscal: una apuesta para el futuro*, *Revista Tribunales de Justicia* n° 10, 2000, págs. 1073-1074; MARTÍN PASTOR, *El Ministerio Fiscal como director...*, op.cit., págs. 110-112; MARTÍNEZ ARRIETA, *La instrucción de...*, op. cit., págs. 164-165; FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs.523-524.

⁶⁶ La Memoria de la Fiscalía de 2017 lo señalaba al afirmar «Esta opción legislativa, presente en sendos proyectos de reforma nonatos creados en dos diferentes etapas políticas requiere de la reordenación de las tareas de jueces y fiscales y tendrá sin duda importantes efectos beneficiosos sobre el proceso, y sobre todo, en su *celeridad y agilización*, al tiempo que redundará en una mejora de las garantías de todas las partes: supondrá una clara definición de roles, donde a la Fiscalía le corresponde la dirección de la instrucción, mientras que los Jueces de garantías controlan la legalidad y el respeto a las garantías procesales en la

la implementación del **principio acusatorio** rompiendo con la dimensión inquisitiva propia de la instrucción judicial⁶⁷ junto con la **instauración del principio de oportunidad** en cuanto elemento de descongestión de la justicia penal⁶⁸. Los *argumentos en contra* de atribuir la dirección de la investigación al Fiscal basculan en torno a tres presupuestos esenciales como son la **naturaleza procesal de la instrucción**⁶⁹ que exige la realización de enjuiciamientos constantes por parte del Juez, la **dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo**⁷⁰

actuación del Fiscal; reducirá los tiempos de instrucción, toda vez que la reforma permitirá abordar lo que el Consejero de Estado y exministro de Justicia Landelino Lavilla identificó como la desnaturalización por desbordamiento de su carácter instrumental». Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada (2017)*... op.cit., pág. XIV. La cursiva es mía.

⁶⁷ Cfr. **doctrinalmente** entre otros, MARTÍN PASTOR, *El Ministerio Fiscal como director...*, op. cit., págs. 355-366; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La investigación penal por...*, op. cit., pág. 1075; MARTÍNEZ ARRIETA, *La instrucción de...*, op. cit., págs. 158-160; FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 534; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de...* op. cit., pág. 185; RODRÍGUEZ RAMOS, *¿El Juez de Instrucción...*, op.cit., pág. 2; ; CALVO SÁNCHEZ, *La reforma del...*, op.cit., pág. 17. **Institucionalmente**, la Memoria de la Fiscalía de 2020 señala, si bien en el apartado de cooperación internacional, que «Convergencia que resulta compleja como consecuencia de las diferencias entre nuestro modelo de Ministerio Fiscal y los que predominan tanto en Europa como en Iberoamérica, donde se cuenta mayoritariamente con *sistemas acusatorios y un fiscal investigador*». Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada (2020)*...op.cit., pág. 965.

⁶⁸ Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, *El principio de oportunidad*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La reforma del Proceso Penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 395-406; CUADRADO SALINAS, Carmen, *Discrecionalidad del Fiscal y flexibilización de la acción penal. El interés público en una administración eficaz de la Justicia*, Revista General de Derecho Procesal n° 18 (<http://www.iustel.es>), 2009, págs. 1-26.; MENA ÁLVAREZ, José María, *El principio de inoportunidad*, Revista «Jueces para la Democracia» n° 8, 1989, pág. 11.

⁶⁹ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Jueces imparciales, Fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia Penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1998, pág. 70; GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *El debate acerca del quien de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 2001, pág. 107; MONTERO AROCA, Juan, *Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la Ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral*, Teoría & Derecho n° 1, 2007, págs. 57-61.

⁷⁰ Cfr. MENA ÁLVAREZ, José María, *El Fiscal: entre su potenciación y su instrumentalización*, Revista «Jueces para la Democracia» n° 2, 1987, págs. 5-7; MARTÍN PALLÍN, José Antonio con otros autores, *¿Tiene futuro el Juez de Instrucción?* en «Dogmática y Ley Penal» (Libro homenaje a Enrique Bacigalupo Zapater), T. II, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1411; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Sobre la conveniencia de...* op.cit., pág. 209; ANDRÉS IBÁÑEZ, *Ni Fiscal Instructor...* op.cit., pág. 46.

y **que el acusador es parte del procedimiento**⁷¹ con la dificultad que supone el que dirija la investigación.

Sin entrar a hacer valoraciones profundas en relación a los diferentes argumentos, que se nos plantean por autorizadísimos sectores doctrinales, lo cierto es que hay que relativizar la cuestión por cuanto el sistema de Juez Instructor ha sido avalado en su constitucionalidad, del mismo modo que el cambio respecto del Fiscal lo sería, por tanto, sobre este aspecto, no cabe oponer tacha en tanto que los dos modelos son posibles. Asimismo, ambas posiciones, no pueden verse en un plano absoluto, de modo que los argumentos que oponen unos a otros puedan ser refutados con ideas plenamente solventes.

En este sentido podría decirse que el derecho comparado no debe de servirnos para ver lo que hay que hacer, sino precisamente lo que no hay que hacer⁷², que el Fiscal Europeo tiene unos poderes muy relativos y si el Juez Instructor ha convivido con el Fiscal de Menores también puede hacerlo con aquel⁷³, **permitiéndonos comprobar si es el modelo que buscamos**, que la celeridad y rapidez en la investigación parece olvidar que lo rápido debe ser **la celebración del juicio**⁷⁴ practicándose la investigación con todo rigor por cuanto puede

⁷¹ Apunta CARNELUTTI que el Ministerio Público es un Juez que se hace de parte, que no debe instruir sino ayudar en la instrucción. *Vid. Cuestiones sobre el proceso...*op.cit., págs. 213 y 216-217. *Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, La Fiscalía española ¿Debe ser una institución independiente?* UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018, pág. 182.

⁷² *Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, Vid. El uso del derecho comparado en el derecho procesal en «La Administración de Justicia de España y América. José Martín Ostos (Liber Amicorum)»*, MARTÍN RÍOS, Pilar; PÉREZ MARÍN, María Ángeles (Dir.); PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique; DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, María Luisa (Coord.), Astigi Editorial, Sevilla, 2021, pág. 794.

⁷³ Como ha apuntado el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL en el informe sobre la Ley que implementa la Fiscalía Europea « En la medida en que el Reglamento, como seguidamente se verá, *da pie a suscitar esa cuestión, parece un tanto aventurada la idea, reflejada en la Exposición de Motivos del anteproyecto, conforme a la cual el modelo incorporado a la norma proyectada constituye la transición hacia un cambio de paradigma en el proceso penal español*, que confluiría en la definitiva y completa atribución de las funciones instructoras al Ministerio Fiscal, tanto más cuando todavía está en tramitación la reforma procesal que habría de alumbrar ese cambio de paradigma». *Vid. Informe sobre el Anteproyecto de Ley...*op.cit., pág. 12. La cursiva es mía. Lo descarta igualmente y con claridad el CONSEJO FISCAL. *Vid. Informe del Consejo Fiscal...*op.cit., págs. 5-6.

⁷⁴ Como señala la EM de la LECRIM de 1882 «Es preciso en primer término sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, *sin embargo, la celeridad del juicio* para la realización de dos fines a cual más importantes: *uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el*

servir para exculpar, y no necesariamente para inculpar, a alguien, que el principio acusatorio, esencialmente, busca evitar que quien instruye tenga potestades para acusar con lo que es una cuestión más relacionada con la imparcialidad judicial, que con el tema de la investigación⁷⁵. Finalmente, que el principio de oportunidad ya se evidencia en nuestro ordenamiento jurídico-penal (arts. 142.2. IV, 147.4, 152.2 IV, 161.2, 171.3, 201.1, 215.1 228, 291.1, 296.1 CP entre otros) o jurídico-procesal (art. 800.5 LECRIM, con el sobreseimiento libre ante la falta de presentación de escrito de acusación dentro del plazo de cinco días en el enjuiciamiento rápido) con un modelo de Juez Instructor, por tanto nada tiene que ver con el objeto de discusión.

Por otro lado, puede indicarse que la instrucción, como ha señalado nuestro TS, es de naturaleza mixta, siendo **la investigación una actividad administrativa** que no tiene por qué ser desempeñada por un Juez. Asimismo, cuando se habla de dependencia del Ministerio Fiscal parece que comprende a todos y a cada uno de sus integrantes cuando quien es nombrado por el Gobierno es el Fiscal General del Estado (art. 124. 4 CE), **disponiendo los Fiscales de autonomía técnica en su toma de decisiones pese a la jerarquía existente**. Finalmente, la condición de parte del Fiscal permite que su investigación, controlada por un Juez de Garantías, sirva para evitar abusos o arbitrariedades con lo que precisamente se pone a ambos (acusador e investigado) en pie de igualdad **al estar sujetos a la supervisión de un tercero ajeno a la investigación** (Juez).

En todo caso, en el debate suscitado, se ha puesto el acento más en el quién que en el cómo señalando que las ventajas del quién inciden en el cómo. Y lo cierto es que hay cuestiones básicas, con independencia del sujeto responsable de la investigación, y que deberían llevarnos a configurar una arquitectura garantista del proceso de indagación penal, lo mismo sin llevar a cabo una mutación estructural y cultural en nuestro sistema, cuyo futuro desconocemos, en el que se produce una situación de «desvestir a un santo para vestir a otro»⁷⁶ reproduciendo errores con un mero cambio de sujetos⁷⁷. Debemos,

descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad.». La cursiva es mía.

⁷⁵ Vid. STC 60/1995, 17 de marzo, FJ 5º.

⁷⁶ Cfr. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *Investigación e instrucción: Diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro* en «El Juez de instrucción y el Juez de garantías: Posibles alternativas», MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Dir.), *Estudios de Derecho Judicial* nº 42, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pág. 71.

⁷⁷ Así **institucionalmente**, la Memoria FGE de 2017 donde la Fiscalía de León o de Lérida objetan los cambios pretendidos a los efectos de poder en el cambio

por tanto, diseñar una investigación y un juicio de acusación que resista el debate del quién y nos lleve a lo importante: el cómo.

3.2. Una nueva fisonomía para la investigación preparatoria

La investigación previa fase que precede, o no, al enjuiciamiento del delito, se basa en los «indicios», no en «pruebas» porque éstas son propias de la fase de juicio (SSTC 137/88, de 7 de julio, FJ 2º; 161/90 de 19 de octubre; FJ 2º o 51/95 de 23 de febrero, FJ 2º, entre otras) por tanto su función es «esclarecer la sospecha» por parte del investigador⁷⁸, no de práctica probatoria, como regla general, con lo que ante la existencia de indicios hay que enviar a las partes a juicio para que allí se declare su responsabilidad, o no hacerlo si tales indicios no se dibujan con relativa solidez en el seno de la indagación. Es equivocado concebir la investigación penal como un agotamiento absoluto de todos los elementos destinados a convertir el juicio en un mero trámite confirmador de la culpabilidad, antes al contrario, deben estar configurados por las diligencias imprescindibles destinadas a comprobar los hechos en tanto que, y no puede olvidarse, la rapidez en la celebración de juicio es del máximo interés, no sólo del propio investigado, sino también de la sociedad⁷⁹.

Por tanto, procede rechazar una visión que puede llegar a implicar una hipervaloración de lo actuado en la fase preparatoria pues antes del juicio hay que relativizar todo lo obtenido, por cuanto ni es ni constituye material probatorio, de ahí que proceda defender su no exhaustividad⁸⁰ correspondiendo a la fase de juicio desarrollar una actividad de acreditación pertinente y completa. Sentado lo anterior, **debe existir un único procedimiento** que comprenda una secuencia de fases ordenadas por cuanto la existencia de variantes y sistemas

de sujeto reproducir errores actuales. *Vid. Memoria elevada (2017)...* op.cit., págs. 866-867.

⁷⁸ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique con otros autores, *La noción de un proceso penal con todas las garantías* en «Derechos Procesales Fundamentales» GUTIÉRREZ-ALVIZ CORRADI, Faustino; LÓPEZ LÓPEZ, Enrique (Coord.), *Manuales de Formación Continua n°22*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 489.

⁷⁹ Que detalla en sus fundamentos, señalando su raíces en el proceso estadounidense LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y su conexión con el proceso debido. *Vid. La duración de la instrucción*, Revista «El Notario del Siglo xxi» n° 74, julio-agosto 2017, págs. 42-43.

⁸⁰ En este sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana n° 2-3, 1982, pág. 382.

diversos en función de la pena abstractamente asignada no se justifica y, en todo caso, sólo debe tenerse en cuenta a los efectos de asignar su enjuiciamiento a un tribunal unipersonal, colegiado o jurado, no debiendo condicionar las actuaciones de investigación que deben tener unas reglas comunes con independencia de la calificación jurídica y la pena prevista.

Es necesaria **una primera subfase de carácter policial** efectivamente supervisada por el responsable de la investigación procesal⁸¹ y evitando espacios de opacidad o discrecionalidad, en tanto en cuanto el Estado de Derecho es la contención del poder policial⁸², y que no se limite a «sacralizar» procesalmente lo actuado por las fuerzas de seguridad sin las debidas garantías⁸³. Las actas elaboradas por la «Policía Judicial» entendida en sentido amplio⁸⁴, con una selección muy rigurosa de sus responsables, son fruto de la comprobación de la *notitia criminis* y se construirán, bajo principios estrictos de objetividad y neutralidad⁸⁵, con obligación de secreto, determinando sujetos (sospechoso, víctima, testigos), hechos y fuentes de prueba junto con

⁸¹ Como apunta la STS 14/2018, de 16 de junio, Sala II (Ponente: Sr. Marchena Gómez), FJ 2.1º «Nuestro sistema no admite una instrucción policial con aroma de clandestinidad, que justifique la ocultación de líneas de investigación y que degrade la figura del Juez instructor a la condición de un distante espectador no interesado en el conocimiento de todo aquello que en la investigación va aflorando, unas veces con estrecha vinculación con los hechos, otras sin relación con ellos». La cursiva es mía. En lo que afecta al Fiscal, la Circular 1/89, de 8 de marzo, de la FGE sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1989, de 28 de diciembre, afirmaba «No es necesario poner de relieve a los señores Fiscales que tanto la dirección de la investigación policial como la delegación en ella de la práctica de diligencias concretas no puede representar ni que el Fiscal se convierta en un «Jefe» de la Policía, ni que aquella delegación constituya una libre acción de la misma, de forma que el Fiscal pase a ser un mero homologador de las actuaciones policiales». La cursiva es mía. Este párrafo se invoca en la Instrucción 1/2008, de 1 de julio, sobre dirección de Policía Judicial y Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de actividad extraprocesal de Fiscalía. La Recomendación (2000) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 6 de octubre de 2000 propone otorgar al Ministerio Fiscal la comprobación de la legalidad de la investigación desarrollada por la Policía, a la vez de controlar que ésta respeta los derechos humanos de los implicados en la investigación

⁸² Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raul, *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 165.

⁸³ Vid. DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, Emilio, *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 100.

⁸⁴ Integrada por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y «Aquellos otros funcionarios e integrantes de organismos y servicios públicos a quienes, en el exclusivo ámbito de actuación en el que se les habilite específicamente, se confiera por ley dicha condición» (art. 530 ALECRIM 2021).

⁸⁵ Cfr. BENITO LÓPEZ, Alejandro M^a, SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón con otros autores, *La investigación penal* en «Hacia un nuevo proceso penal», CARMONA RUANO, Miguel (Dir.), Manual de Formación Continuada nº 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 212-213.

efectos e instrumentos del delito y todo ello mediante el **uso de soportes tecnológicos de grabación de las declaraciones y diligencias practicadas, susceptible de reproducción, juntamente con una adecuada transcripción, destinado a evitar la reiteraciones innecesarias ante el investigador procesal**, existiendo un derecho de defensa de quien tiene el estatus en ese momento de *sospechoso*, con lo que cabe aportación de elementos de descargo que deberán constar en esas actas, incluyendo todos los elementos exculpatorios que deben ser conocidos, en todo momento, por la defensa. Las unidades policiales tendrán absoluta coordinación con órganos o expertos de otras administraciones a quienes podrán solicitar asistencia u orientación que coadyuve a una investigación ágil, eficaz y rigurosa⁸⁶, que igualmente deberá constar en las actas que se elaboren.

La investigación policial concluye cuando se han practicado **las diligencias imprescindibles para la determinación de los indicios existentes**, salvo el transcurso de plazo de detención, y cuyo documento de elaboración (atestado) debe cesar cumplidos los siguientes fines: archivo policial **comunicado** por inexistencia de delito o de autor, o por autor desconocido, servir para la formulación de acusación directa por suficiencia de diligencias practicadas o para solicitud de sobreseimiento judicial, por necesidad de práctica de diligencias complejas (pericias, comisiones rogatorias...) o complementarias, o que pudieran exigir limitación de derechos fundamentales, y, si cabe, para la celebración de juicio inmediato. En todo caso, la necesidad de medidas limitativas de derechos fundamentales (interceptación de comunicaciones, balizamientos, colocación de micrófonos, entradas y registros domiciliarias...), a adoptar por la autoridad judicial, única competente, pone fin a la investigación policial.

La investigación procesal, como segunda subfase, no puede ser iniciada de oficio⁸⁷ sino por comunicación de las fuerzas de seguridad

⁸⁶ La Recomendación nº R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, ya señala que «Las autoridades a las que corresponde el ejercicio de la acción penal, la instrucción o el enjuiciamiento de un asunto, *debieran poder disponer, en su caso, de la asistencia de expertos, en campos como la psicología, la medicina, la psiquiatría, la contabilidad, la economía, las finanzas o la policía científica*, en número suficiente para afrontar la creciente tecnicidad de la criminalidad y la práctica de las pruebas». La cursiva es nuestra.

⁸⁷ Implica una toma de postura que puede condicionar la toma de decisiones. En todo caso, y en lo que afectaba al Juez de Instrucción, y la propia complejidad de aceptar una actuación de oficio, *cfr.* VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, Revista Jurídica de Cataluña nº 2, 1984, pág. 106; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Editorial Trivium Procesal, Madrid, 1991, pág. 24. La Circular 1/89, de 8 de marzo, señala a propósito de la incoación de oficio de

y debe ser *limitada temporalmente, subsidiaria* o, en su caso, *complementaria* de las diligencias practicadas hasta ese momento y expuestas en el atestado, siendo el marco de garantías que debe servir para confirmar los cargos imputados policialmente, de modo que, salvo la decisión de archivo policial que, una vez comunicada, será ratificada judicialmente⁸⁸, aquellas diligencias que se practiquen exigen acentuar la presencia del ahora «investigado/s» que resulte identificado como presunto responsable de la comisión de un hecho delictivo⁸⁹. En esta subfase **no cabe la participación de las acusaciones no públicas** sin perjuicio de darles conocimiento de lo actuado, una vez concluida la investigación, para que puedan en su caso participar en el juicio de acusación y, en su caso, en el plenario.

En la **investigación procesal** se lleva a cabo la «lectura de cargos» (hechos y calificación) y se escucha nuevamente la declaración del investigado preceptivamente⁹⁰, siendo el escenario pertinente para la adopción de medidas cautelares reales o personales que le pudieran afectar y donde la contradicción debe acentuarse al máximo, en la necesaria dialéctica acusación-defensa, lo que permite, igualmente, la preconstitución de prueba⁹¹. Igualmente y en ese escenario de contradicción procesal se desarrollaran exclusivamente aquellas **diligencias, que no consten en las actas policiales en soporte debido**⁹², destinadas primero a confirmar los indicios (acusación) y una vez se practiquen todas ellas, **y sean conocidas por la defensa**, está podrá proponer las suyas para obtener el archivo, reconocer los hechos, en su caso, para obtener beneficio de reducción, o solicitar el pase a juicio de acusación directo para que se decida sobre la procedencia de reenvío a plenario. La Fiscalía, tras la práctica de **todas las diligencias**, podrá formular pretensión acusatoria, lo que permitiría la participación de las otras acusaciones, o solicita el archivo que será

investigación por el Fiscal parece inclinarse por un uso prudente en su caso y que . Ciertamente *éste no debe precipitarse a provocar la iniciación de un proceso penal sin suficientes elementos de juicio y sólo por noticias o referencias cuya exactitud no ha contrastado*». La cursiva es mía.

⁸⁸ Para recurrir en su caso la decisión por la víctima o la persona perjudicada que pueda motivar en su caso una reapertura del procedimiento.

⁸⁹ Vid. doctrina de la STC 290/1993, de 4 de octubre, (FJ 1º).

⁹⁰ Vid. la SSTC 186/90, de 15 de noviembre, 66/89, de 17 de abril.

⁹¹ Vid. la STS 690/21, de la Sala II, Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, en su FJ 3º.

⁹² Como apunta la Recomendación nº R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987 «La conveniencia de la instrucción previa debiera ser apreciada por la autoridad judicial, *teniendo en cuenta los resultados de la investigación policial*, la gravedad y complejidad del asunto y el reconocimiento de los hechos del inculpado». La cursiva es mía.

comunicado al perjudicado u ofendido, o en su caso al acusador popular, para que puedan interponer recurso a los efectos de forzar el juicio de acusación, salvo su confirmación⁹³. La presentación de escrito de pretensión punitiva (Fiscalía u otras acusaciones o ambas), con escrito detallado que justifica su ejercicio, necesariamente, provoca el paso a la siguiente fase que es el juicio de acusación.

3.3. El juicio de acusación (o una audiencia preliminar penal)

Resulta de suma importancia rechazar una visión mecánica de la apertura de juicio y esperar a que allí se decida la suerte del implicado, pues trivializar tal decisión implica un perjuicio irreparable para el acusado, junto con una pérdida esencial de recursos públicos necesarios⁹⁴. En este sentido, resulta pertinente una fase intermedia que sea verdaderamente tal, evitando una valoración del propio trabajo⁹⁵ que condicione el envío a juicio en la medida en que se ha tenido contacto con el material de investigación que haya ido conformando una visión, no sobre el desarrollo de la investigación misma, sino con relación a una hipotética decisión sobre la apertura de juicio. Es precisa, por tanto, una audiencia preliminar penal, y que, con independencia de la configuración del sistema directivo de la investigación penal, debe tener dos rasgos esenciales. Es una **fase estrictamente judicial** y además el **Juez que intervenga en esta fase no debe haber**

⁹³ Que en función del sistema puede ser ante el superior del Fiscal en caso de ser éste el responsable de la investigación o, en todo caso, con o sin Juez Instructor ante el órgano de apelación. La Recomendación (2000) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 6 de octubre de 2000, haciendo una precisión de interés, avala la posibilidad de que la partes interesadas, especialmente las víctimas, puedan impugnar la decisión del Fiscal oponiéndose a considerar como remedio la posibilidad de recurso ante el superior jerárquico del Fiscal, pues razona que la decisión recurrida ante los superiores se ha podido adoptar siguiendo las instrucciones jerárquicas de éstos.

⁹⁴ Cfr. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La fase intermedia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas n° 4, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 158.

⁹⁵ Que GIMENO SENDRA también lo explica de manera gráfica en el sentido de que el Juez quiere conjurar el riesgo de que los órganos jurisdiccionales superiores (Audiencia) no revoque el sumario practicado, cuestión que además liga al desarrollo de instrucciones excesivamente largas. Vid. *El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La reforma del proceso penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 242.

tenido ningún tipo de contacto con la fase de investigación⁹⁶ ni el material generado en ésta. Pero además, es una fase que debe ser **oral y contradictoria con la participación de las acusaciones y de la defensa**⁹⁷, evitando el mero formalismo. Su sentido es confirmar los cargos o «fundabilidad de la acusación»⁹⁸, frente a la persona (existen o no indicios de la responsabilidad que se le atribuye) y por los hechos objeto de calificación (correlación fáctico-jurídica) y reenviar a juicio, **si procede**⁹⁹, dejando claro de qué, **exactamente**, tiene que defenderse el ahora «acusado»¹⁰⁰.

Para ello, es preciso que alguien acuse, de modo que sin acusación no cabe apertura de juicio y, a la vez, se trata de verificar la suficiencia de la investigación preparatoria y su solidez, por cuanto el manto de la presunción de inocencia abarca igualmente esta fase. Hay, pri-

⁹⁶ Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás Santiago, *Comentarios a la Ley de medidas urgentes de reforma penal II. La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 133; LETELIER LOYOLA, Enrique, *Sobre la conveniencia de establecer una fase intermedia por audiencias en los procesos penales acusatorios*, Justicia 2011 n° 1-2, pág. 186; VARELA CASTRO, Luciano con otros autores, *El juicio sobre la acusación* en «Hacia un nuevo proceso penal», CARMONA RUANO, Miguel (Dir.), Manual de formación continuada n° 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 312. Llama la atención la indicación del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL en la configuración de la fase intermedia y **la necesidad de la intervención de un segundo Juez en lo que se refiere al sistema de Fiscalía Europea, así** « Ello no obsta para señalar que, dada la trascendencia de esta fase en la que el juez está llamado a decidir si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, es decir, a decidir sobre la admisibilidad de la acción penal, podría considerarse la opción de atribuir expresamente la competencia a un segundo magistrado, no contaminado por las resoluciones que previamente se han adoptado por la autoridad judicial durante la fase investigadora, como ha podido ser una denegación del sobreseimiento solicitado por la defensa en su impugnación del decreto de incoación, o las relativas a la práctica de diligencias de investigación, y ello partiendo de que el ejercicio del control jurisdiccional realizado por el juez de garantías en la fase previa debe responder a la amplitud que le otorga el artículo 42 del RFE, como se reitera en el presente informe,...». La cursiva es mía. *Vid. Informe sobre el Anteproyecto de Ley...* op.cit., pág. 94.

⁹⁷ Hay que recordar la pionera STC 186/90, 3 de diciembre, FJ 7º-8º donde se declara la perfecta constitucionalidad de la no participación en la fase intermedia del investigado en el proceso abreviado basando su argumentación en la participación que tiene en la fase investigadora y conforme el principio acusatorio, planteamientos que no impiden aceptar, antes al contrario, la necesaria participación en esta fase intermedia del investigado para que pueda pronunciarse en algo tan relevante como es su sometimiento a juicio.

⁹⁸ *Vid.* ORTELLS RAMOS, Manuel con otros autores, *Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)*, Cuadernos de Derecho Judicial «El procedimiento abreviado», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág.131.

⁹⁹ Como señala la STC 157/90, de 8 de noviembre, en su FJ 4º, en el sentido que no existe un derecho incondicionado a la apertura de un proceso

¹⁰⁰ *Vid.* la STC 44/85, de 22 de marzo, FJ 3º.

mariamente, que acreditar que se disponen de elementos que **fundamentan una acusación, algo distinto de la prosperabilidad de una condena**, que sirva para la apertura de un juicio y sólo ante este escenario, la defensa puede alegar y justificar la ausencia de elementos que lo habiliten.

Igualmente, es la fase de participación que garantiza **la intervención de las acusaciones no públicas**, ausentes en la investigación, manteniendo intacto su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al permitirles instar la apertura del juicio, en caso de haber prosperado el recurso ante la negativa a traspasar ese umbral por la acusación pública, o traspasado, al existir acusación formulada, limitando la posibilidad de interesar la apertura en los supuestos de intereses individuales propios del perjudicado o de naturaleza supraindividual en el caso de la acusación popular. Igualmente la audiencia preliminar penal, puede tener varios fines adicionales: **la necesidad de completar en interés de la defensa, y de las acusaciones no oficiales, diligencias imprescindibles, que permitan verificar lo sólido de la pretensión punitiva, incluida la declaración del investigado nuevamente, antes de decidir sobre la apertura, o una vez, acordada ésta, excepcionalmente preconstituir prueba que corra el riesgo de no poder celebrarse en sede de plenario, favorecer una posible sentencia de conformidad con presencia de todos los implicados, o la celebración del enjuiciamiento en caso de la degradación delictiva** y en todos los supuestos resulta celebrado ante un Juez que no ha tenido contacto con el material investigador con lo que se maximiza la imparcialidad, al margen de quién sea el responsable de la investigación.

Concluido el análisis, el Juez dictará un auto de confirmación total/parcial de cargos y reenvío a juicio, incluyendo el relato de hechos configurado por las acusaciones y la calificación, dando traslado para la formulación del escrito de defensa. Con esto quedan determinados hechos y fundamentos jurídicos junto con la propuesta probatoria, delimitando el objeto de debate con certeza. Pero también puede, ante la falta de indicios de criminalidad fruto de la inexistencia de solidez respecto del fundamento de la acusación, archivar provisional o definitivamente el procedimiento (inexistencia de delito). El auto en el que acuerde la confirmación total o parcial de cargos y que declare la apertura de juicio no será susceptible de recurso ni tampoco los supuestos de archivo provisional, en tanto cabría la reapertura, solo el auto de archivo definitivo sería susceptible del recurso oportuno. Finalmente, esta fase puede concluir con sentencia de conformidad o para enjuiciamiento por delito leve ante un Juez que no ha instruido.

4. CONCLUSIONES

La LECRIM de 1882 constituyó, en su momento, un avance esencial en cuanto a configurar un nuevo modelo procesal penal que intentó situar a nuestro país entre los avanzados de su entorno. Sin embargo, la realidad ha desbordado los estrictos marcos sobre los que se asienta nuestro sistema en los que ninguno de los actores esenciales en funciones de investigación-acusación cumple plenamente con sus funciones, lo que ha llevado a un debate muy intenso que se ha centrado más bien en el sujeto responsable de la instrucción que en el modo de practicarla teniendo presente que no existen argumentos absolutos que nos obliguen a mutar el modelo de órgano instructor como si ello coadyuvara a tener un modelo más garantista. Es un nuevo modo de entender la investigación y la fase intermedia lo que contribuye a los fines a los que debe servir el proceso penal: verificar la existencia de indicios para que, con agilidad y rigor, se decida prontamente sobre si se procede a someter o no a juicio al indagado, algo que no se ve condicionado por quién sea el «órgano instructor» sino en la adecuada comprensión de esas dos fases, sobre todo teniendo en cuenta el papel de la Policía y la intervención de las acusaciones no públicas, lo que obliga a repensar si cumplen adecuadamente con el papel que tienen encomendado. Es preciso indicar que el Fiscal investigador ya existe en nuestro ordenamiento, de manera mucho más acusada, si cabe, con la implantación de la Fiscalía Europea, producto de la Ley 9/2021, **que nos permitirá observar la pertinencia del modelo antes de establecerlo**, recordando que el Juez Instructor en cuanto director sumarial no es *per se* el problema. Es la falta del control de las investigaciones policiales, la reiteración e hipervaloración de lo actuado en sede instructora y una deficiente configuración de la fase intermedia, con lo que hay que pensar más en qué fisonomía debe tener la indagación previa, con la implantación de un verdadero juicio de acusación, que responda a garantías procesales básicas, con independencia del responsable procesal de la investigación. Es precisa una indagación policial ágil pero también rigurosa y supervisada, que evite la reiteración, mediante el uso de medios tecnológicos para una adecuada constatación, en una posterior investigación procesal limitada a decidir sobre si procede continuar, ante la presencia de indicios, a un juicio de acusación, fase judicial y contradictoria, celebrado ante quien no ha tenido contacto con la investigación, que puede servir a finalidades para las que hoy no está pensada y teniendo estos cambios la opción de ser implementados, **con independencia del protagonismo del Fiscal o del Juez en la dirección investigadora**, donde la reforma que se haga tendría que tener en cuenta el

cómo porque **de nada sirve cambiar al sujeto si se repiten idénticos errores.**

5. BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Rodríguez, Adriano J., *Investigación penal del Ministerio Público y derecho de defensa*, Revista de Derecho de la Uned n° 25, 2019.

—, *Gobernanza democrática y rendición de cuentas: control judicial de las actividades de inteligencia (ODS 16.6)*, Revista de Derecho de la UNED n° 31, 2023.

Alonso González, Ana Belén, *La futura reforma de la Ley Procesal Penal. Estudio de Derecho Comparado. El Juez de Garantías en el seno del proceso acusatorio*, Estudios Jurídicos n° 2011 (CD-ROOM de conferencias impartidas en el Centro de Estudios Jurídicos para Fiscales, Secretarios Judiciales, Médicos Forenses y Abogados del Estado).

Arozamena Laso, Ángel, *Hacia un sistema de instrucción penal más racional y garantista. Fiscal Investigador y Juez de Garantías*, Estudios Jurídicos n° 2008 (CD-ROOM de conferencias impartidas en el Centro de Estudios Jurídicos para Fiscales, Secretarios Judiciales, Médicos Forenses y Abogados del Estado).

Armenta Deu, Teresa, *El Fiscal Instructor ¿es necesario?*, Cuadernos de Derecho Público n° 16, 2002.

—, *Lecciones de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Asencio Mellado, José María, *Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Aulet Barros, José Luís, *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1998.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Lo que debe ser el Ministerio Público*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1929.

Almagro Nosete, José, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996.

Asencio Mellado, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Editorial Trivium Procesal, Madrid, 1991.

Bacigalupo Zapater, Enrique con otros autores, *La noción de un proceso penal con todas las garantías* en «Derechos Procesales Funda-

- mentales» Gutiérrez-Alviz Corradi, Faustino; LOPEZ LOPEZ, Enrique (Coord.), *Manuales de Formación Continua n°22*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- Bacigalupo Zapater, Enrique con otros autores, *La posición del Fiscal en la investigación penal*, en «La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.
- Benito López, Alejandro M.^a, Saez Valcarcel, Ramón con otros autores, *La investigación penal* en «Hacia un nuevo proceso penal», Carmona Ruano, Miguel (Dir.), *Manual de Formación Continua n° 32*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- Binder, Alberto, *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, Coordinación Editorial, México, 2014.
- Cabezudo Rodríguez, Nicolás, *Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal*, *Revista Jurídica de Castilla y León* n° 14, 2008.
- Calderón Cuadro, Pía, *La Fiscalía Europea. Alguna clave para su entendimiento*, *Rev. Boliv. de Derecho* N° 29, enero 2020.
- Calvo Sánchez, María del Carmen con otros autores, *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La Reforma del Proceso Penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- Campos Navas, Daniel, *Iniciativa, obtención y acopio de los medios de prueba en el proceso penal*, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2002.
- Carmona Ruano, Miguel (Dir.) con otros autores, *Hacia un nuevo proceso penal* en «Hacia un nuevo proceso penal», *Manual de formación continuada n° 32*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- Carocca Pérez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- Castillejo Manzanares, Raquel, *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Editorial La Ley, Madrid, 2010.

- Consejo Fiscal, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, Fiscalía General del Estado, 2021.
- Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, Secretaria General CGPJ , 2021.
- Consejo de Estado, *Dictamen 268/2021. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, 2021.
- Consejo de Seguridad Nacional, *Estrategia nacional contra el crimen organizado y delincuencia grave 2019-2023. La seguridad es un proyecto en común*, Gobierno de España- Ministerio de Presidencia, relaciones con las Cortes e Igualdad, Madrid, 2019.
- Crespo Barquero, Pedro, *Las garantías en la instrucción por el Fiscal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 1998.
- Cuadrado Salinas, Carmen, *Discrecionalidad del Fiscal y flexibilización de la acción penal. El interés público en una administración eficaz de la Justicia*, Revista General de Derecho Procesal nº 18(<http://www.iustel.es>), 2009.
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal en «El Poder Judicial en Europa. Conferencia de Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas»*, T. II, Madrid, 1989.
- Choclan Montalvo, José Antonio con otros autores, *El derecho constitucional a la presunción de inocencia en «Derechos Procesales Fundamentales»*, López López, Enrique, Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino (Dirs.), Manual de Formación Continua nº 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- Damián Moreno, Juan, *¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?*, Diario La Ley nº 7302, 2008-IV.

- Delmas-Marty, Mireille, *Modelos actuales de política criminal*, Centro de Publicaciones-Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.
- De Casas Moral, Antonio, *Del Ministerio Público en los sumarios*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. XI, 1857.
- De la Oliva Santos, Andrés, *Jueces imparciales, Fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia Penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1998.
- De la Oliva Santos, Andrés con otros autores, *Sobre el Ministerio Fiscal y la instrucción del proceso penal* en «Juan Montero Aroca. El derecho procesal español del siglo xx a golpe de tango» Gómez Colomer, Juan Luis, Barona Vilar, Silvia, Calderón Cuadrado, Pía (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- De Llera Suárez-Barcelona, Emilio, *Las diligencias previas: Contenido. La investigación judicial: Su contingencia y exclusión*, Estudios Jurídicos-Ministerio Fiscal I, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2000.
- , *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- De Porres Ortiz de Urbina, Eduardo (Dir.) con otros autores, *Criterios para agilizar la instrucción* en «Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial», Manual de Formación Continuada nº 46, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.
- De Urbano Castrillo, Eduardo, *Investigación e instrucción: Diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro* en «El Juez de instrucción y el Juez de garantías: Posibles alternativas», Marchena Gómez, Manuel (Dir.), Estudios de Derecho Judicial nº 42, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.
- Díez-Picazo Giménez, Luís María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
- , *Siete tesis sobre la idea de Fiscal Investigador*, Teoría & Derecho nº 1, 2007.
- Estévez Mendoza, Laura, *La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales*, Revista de Estudios Europeos Nº extraordinario monográfico 1-2017.
- Fairén Guillén, Víctor con otros autores, *El artículo 125 de la Constitución: La acción popular y su fortalecimiento*, II Congreso de De-

- recho Procesal de Castilla y León «La reforma del Proceso Penal», Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- Fernández Vidal, Begoña, *Control jurisdiccional de los actos de la Fiscalía Europea: Artículo 42 Reglamento de la Fiscalía Europea*, Revista de Estudios Europeos, n.º Extraordinario monográfico 1, 2023.
- Flores Prada, Ignacio con González Cano, Isabel, *Los nuevos procesos penales (II). El juicio rápido*, Tirant lo Blanch reformas, Valencia, 2004.
- Fernández Le Gal, Annaïck, *Estado de Derecho, independencia judicial y autonomía del Ministerio Fiscal. Hacia un modelo europeo de Fiscal*, Estudios de Deusto Vol. 70/1, enero-junio 2022.
- Fiscalía General del Estado, en los últimos siete años, en *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado Excma. Sra. Doña Consuelo Madrigal Martínez-Pereda*, Madrid, Vol. I, 2016.
- , *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Martín (Vol. I)*, Madrid, 2017.
- , *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado Excma. Sra. Doña María José Segarra Crespo (Vol. I)*, Madrid, 2018.
- , *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado Excma. Sra. Doña María José Segarra Crespo (Vol. I)*, Madrid, 2019.
- , *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado Excma. Sra. Doña Dolores Delgado García*, Madrid, 2020.
- , *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado Excma. Sra. Doña Dolores Delgado García*, Madrid, 2021.
- , *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz*, Madrid, 2022.
- Flores Prada, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Gimeno Sendra, Vicente, *El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La reforma del proceso penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

—, *La acusación popular*, Revista del Poder Judicial n° 31, 1993.

—, *Filosofía y principios de los «juicios rápidos»*, Diario La Ley n° 5667, 2002-VII.

—, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Una apuesta por la figura del Fiscal Instructor*, Economist & Jurist n° 100, 2006.

González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990

—, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales*, Estudios Jurídicos n° 2004 (CD-ROOM de conferencias impartidas en el Centro de Estudios Jurídicos para Fiscales, Secretarios Judiciales, Médicos Forenses y Abogados del Estado; Curso «La instrucción penal en el Secretario Judicial. Incidencia de la reforma»).

Gómez Colomer, Juan Luis, *Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia Penal*, Revista del Poder Judicial n° 8, 1987.

—, *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado*, Revista del Ministerio Fiscal n° 4, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997.

—, con otros autores, *Sobre el Ministerio Público Alemán*, en «Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos», Arroyo Zapatero, Luís Alberto, Gómez de la Torre, Ignacio (Coord.), Universidad de Salamanca y Castilla La Mancha, Cuenca, 2001.

—, *El debate acerca del quien de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 2001.

—, *La Fiscalía española ¿Debe ser una institución independiente?* UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018.

—, *El uso del derecho comparado en el derecho procesal* en «La Administración de Justicia de España y América. José Martín Ostos (Liber Amicorum)», Martín Ríos, Pilar, Pérez Marín, María Ángeles (Dir.); Pérez-Luño Robledo, Enrique; Domínguez Barragán, María Luisa (Coord.), Astigi Editorial, Sevilla, 2021

- Ibáñez Andrés, Perfecto, *Ni Fiscal Instructor, ni Habermas «procesalista» (a pesar de Vives Antón)*, Revista de Jueces para la Democracia n° 2-3/1992, 1992.
- Letelier Loyola, Enrique, *Sobre la conveniencia de establecer una fase intermedia por audiencias en los procesos penales acusatorios*, Justicia 2011 n° 1-2.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *La duración de la instrucción*, Revista «El Notario del Siglo xxi» n° 74, julio-agosto 2017.
- Lorca Navarrete, Antonio María, *Fiscal Instructor ¿Sí o no?*, Diario La Ley n° 6884, 2008-I.
- Martín Martín, José Antonio, *La instrucción penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Martín Pallín, José Antonio con otros autores, *¿Tiene futuro el Juez de Instrucción?* en «Dogmática y Ley Penal» (Libro homenaje a Enrique Bacigalupo Zapater), T. II, López Barja de Quiroga, Jacobo, Zugaldía Espinar, José Miguel (Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Martín Pastor, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.
- Martínez Arrieta, Andrés (Dir.) con otros autores, *La instrucción de las causas por delitos. Naturaleza. Órgano que debe realizarla. Iniciación* en «La instrucción del sumario y las diligencias previas», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.
- Martínez Pérez, Roberto, *Policía Judicial y Constitución*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.
- Martínez Zato, Juan José, *La Ley de responsabilidad penal del menor, ¿Antesala de la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal?* en «Homenaje a Antonio Hernández Gil», Vol. III, Martínez-Calcerrada Gómez, Luís (Director/Coordinador), Editorial Ramón Areces, Madrid, 2001.
- Mena Álvarez, José María, *El Fiscal: entre su potenciación y su instrumentalización*, Revista «Jueces para la Democracia» n° 2, 1987.
- , *El principio de inoportunidad*, Revista «Jueces para la Democracia» n° 8, 1989.
- Montero Aroca, Juan, *Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la Ley y de las garantías de las partes en la*

- preparación y en la evitación del juicio oral*, Teoría & Derecho nº 1, 2007.
- Montero Aroca, Juan con otros autores, *La investigación penal: ¿Jueces o Fiscales?*, Revista del Poder Judicial nº 92, 2011.
- Moreno Catena, Víctor, *Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial*, Revista «Poder Judicial» número especial VIII, 1988.
- , con otros autores, *La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en «La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.
- , *El papel del Fiscal en la investigación de los delitos* en «Libro Homenaje a Antonio González-Cuellar García «Derecho y Justicia Penal en el siglo xxi», Editorial Colex, Madrid, 2006.
- , *La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal*, Cuadernos Penales José María Lidón nº 7, 2010.
- Moreno Catena, Víctor, Cortes Domínguez, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- Moreno Catena, Víctor con otros autores, *El plazo razonable en la investigación de los delitos. Una garantía de la presunción de inocencia* en «La Administración de Justicia en España y América. José Martín Ostos (liber amicorum)», Martín Ríos, Pilar, Pérez Marín, María Ángeles (Dirs); Pérez-Luño Robledo, Enrique, Domínguez Barragán, María Luisa (Coord.), Astigi Editorial, Sevilla, 2021.
- Narváez Rodríguez, Antonio, *La investigación penal por el Ministerio Fiscal: una apuesta para el futuro*, Revista Tribunales de Justicia nº 10, 2000.
- , *Dirección de la investigación por el Fiscal Europeo: limitación de derechos fundamentales y secreto de actuaciones*, Revista del Ministerio Fiscal nº 9, 2020.
- Nieto Luengo, María, *Beneficios e inconvenientes (perjuicios) de la instrucción del proceso penal de menores por el Ministerio Fiscal*, Revista de Derecho UNED nº 8, 2011.
- Ormazabal Sánchez, Guillermo, *La fase intermedia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas nº 4, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

- Ortego Pérez, Francisco, *I Jornades sobre reforma del procés penal*, Justicia 97 n° 3 y 4.
- Ortells Ramos, Manuel, *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración política-jurídica*, Revista de Derecho Procesal n° 2, 1990.
- , con otros autores, *Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)*, Cuadernos de Derecho Judicial «El procedimiento abreviado», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- Ortiz Úrculo, Juan, *Juez o Fiscal instructor; o todo lo contrario*, Revista «El Notario del Siglo xxi» n° 72, marzo-abril 2017.
- Pastor López, Miguel, *El proceso de persecución*, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, Valencia, 1979.
- Pérez Marín, María Ángeles, *La competencia de la Fiscalía Europea: Criterios materiales y territoriales para su determinación*, Revista Internacional Consinter de Direito, n° VIII, 1° semestre de 2019.
- Ramírez Ortiz, José Luís, *Jueces y Policías. Algunas razones de una relación disfuncional*, Revista Poder Judicial n° 88, 2009.
- Ramos Méndez, Francisco, *El proceso penal: lectura constitucional*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- Rifa Soler, José María con otros autores, *Las nuevas modalidades de enjuiciamiento rápido introducidas por la Ley 38/02*, en «Libro Homenaje al Dr. D. Eduardo Font Serra», T.II, Ministerio de Justicia-Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004.
- Rodrigo Segura, Myriam, *El proceso penal español en el que interviene la Fiscalía Europea*, Revista del Ministerio Fiscal n° 9, 2020.
- Rodríguez Fernández, Ignacio, *Razones para superar el sistema de instrucción. Apropósito del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n° 24, 2011.
- Rodríguez Ramos, Luís, *¿El Juez de Instrucción es inconstitucional?*, Actualidad Jurídica Aranzadi n° 261, 1996.
- Ruiz Vadillo, Enrique, *El principio de oportunidad*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La reforma del Proceso Penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- Salom Escrivá, Juan Salvador, *La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los meno-*

res en «Justicia Penal de Menores y Jóvenes», González Cussac, José Luís, Tamarit Sumalla, Josep María (Coordinadores penales), Gómez Colomer, Juan Luís (Coordinador procesal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Sección territorial del País Vasco de Jueces para la Democracia, *Policía Judicial*, Revista «Jueces para la Democracia» n° 0, 1986.

Varela Castro, Luciano con otros autores, *La investigación en el proceso penal. Ministerio Fiscal y Juez «para» la instrucción*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La Reforma del Proceso Penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

—, con otros autores, *El juicio sobre la acusación* en «Hacia un nuevo proceso penal», Carmona Ruano, Miguel (Dir.), Manual de formación continuada n° 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Vázquez Sotelo, José Luis, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, Revista Jurídica de Cataluña n° 2, 1984.

—, *Crisis de la justicia y reforma del proceso penal* en el I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «Crisis de la Justicia y Reformas del Proceso Penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

Velasco Núñez, Eloy, *En contra del fiscal investigador*, Revista «El Notario del Siglo xxi» n° 72, marzo-abril 2017.

Vives Antón, Tomás Santiago, *Doctrina Constitucional y Proceso Penal*, Revista del Poder Judicial n° especial II, 1987.

—, *Comentarios a la Ley de medidas urgentes de reforma penal II. La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

—, *Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito*, Teoría & Derecho n° 1, 2007.

Xiol Ríos, Juan Antonio, *Líneas fundamentales del futuro proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León «La reforma del Proceso Penal», Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

Zubiri de Salinas, Fernando, *La Policía Judicial*, Revista del Poder Judicial núm. 19, 1990.

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE MÉRITO Y CAPACIDAD Y SU RELACIÓN CON LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

ANALYSIS OF THE CONSTITUCIONAL PRINCIPLE OF MERIT
AND CAPACITY AND ITS RELATIONSHIP WITH PERFORMANCE
EVALUATION

Jesús Bolado Alonso

Investigador en Formación en el programa de doctorado en Derecho
y Ciencias Sociales de la UNED

Miryam C. González-Rabanal

Profesora Titular del Departamento de Economía Aplicada
y Gestión Pública (UNED)

Sumario: *1. Introducción. 2. Evolución y análisis crítico del principio constitucional de mérito y capacidad y su relación con la evaluación del desempeño. 3. El principio de mérito y capacidad en la constitución de 1978. 4. Discusión y conclusiones. Bibliografía y fuentes de información.*

Resumen: Todas las Constituciones españolas desde 1837 han contemplado la idea de que el acceso a los empleos y cargos públicos se hiciera según los principios de mérito y capacidad. Por ello, la institución funcionarial ha contribuido a conformar en la mente del ciudadano la idea de que existen funcionarios y servidores cualificados que hacen que la actividad que la Administración Pública proporciona a los ciudadanos se enmarque en un sistema que garantiza la calidad del servicio prestado. Los principios de mérito y capacidad van a asegurar que, al frente de la Administración Pública, estarán funcionarios públicos, servidores de la sociedad, preparados, impar-

ciales y objetivos. Por tanto, la evaluación del desempeño de los servidores públicos debe operar bajo los principios de mérito y capacidad como base para determinar la selección de los mejores empleados públicos durante la carrera administrativa. Las cualidades requeridas para ejecutarla son atributos especiales y profesionales que han de poseer los más cualificados para el desempeño de las responsabilidades públicas.

La metodología empleada en el desarrollo del presente trabajo ha consistido en el estudio de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema del mérito y la capacidad para el desempeño de responsabilidades públicas, derivando de todo el análisis e investigación llevados a cabo un estudio jurídico-descriptivo y crítico.

Los resultados ponen de manifiesto que la implantación de la evaluación del desempeño es una herramienta adecuada para reforzar en el ámbito de la Administración Pública la selección del personal a su servicio, aplicando los principios de mérito y capacidad que se recogen en la Constitución, en la medida en que se erige en un instrumento para valorar el esfuerzo y el trabajo de todos los empleados públicos con el fin de servir mejor y más eficientemente a los intereses generales.

Palabras clave: mérito, capacidad, principio constitucional, evaluación del desempeño, Administración Pública.

Abstract: All the Spanish Constitutions since 1837 have contemplated that access to jobs and public positions be made according to merit and ability. The civil servant institution forms in the mind of the citizen the idea that there are qualified civil servants at the service of the Public Administration who ensure the system delivers a high-quality professional service. The principles of merit and capacity would guarantee that public officials, servants of society, prepared, impartial and objective, will be in charge of the Public Administration. Therefore, the evaluation of the performance of public servants must operate under the principles of merit and capacity and not «coffee for all» as a basis for determining the selection of the best public employees during the administrative career. The attributes required to execute it are special and professional qualities, which will be possessed by those who are best qualified.

The methodology used in the development of the work has consisted of the study of the legislation, doctrine and jurisprudence on the theme of merit and ability, deriving from all this analysis and research a legal-descriptive and critical study.

The results show that the implementation of performance evaluation is an appropriate tool to reinforce the selection of personnel in the Public Administration, applying the principles of merit and capacity set forth in the Constitution, insofar as it is an instrument for evaluating the effort and work of all public employees in order to better and more efficiently serve the general interest.

Keywords: merit, capacity, constitutional principle, performance evaluation, Public Administration.

1. INTRODUCCIÓN

A través de este estudio se lleva a cabo un análisis crítico y de la evolución de los principios constitucionales de mérito y capacidad, con el objetivo de aproximarnos al significado real de empleado público y del porqué se accede y se progresa en la carrera administrativa. Se analizarán las razones por las que el legislador escogió el sistema de mérito y capacidad como la forma más idónea de gestionar la función pública.

El inicio de este planteamiento se vincula a la propia historia de nuestra Administración Pública, que acoge el sistema de mérito y capacidad como la única opción natural para llevar a cabo las responsabilidades inherentes a la Gestión Pública.

La existencia de la institución funcionarial ha configurado en la mente del ciudadano la idea de que existen funcionarios y servidores cualificados vinculados a la Administración Pública que garantizan la calidad del servicio profesional prestado a los ciudadanos. Por tanto, la evaluación del desempeño de los servidores públicos puede operar como fundamento para medir, relacionar y establecer el progreso de los servidores públicos en base a estos principios, a la vez que permite insistir en el interés de evaluar la eficiencia junto a la eficacia de las actuaciones públicas, como base para determinar la evolución de los mejores empleados públicos durante el desarrollo de la correspondiente carrera profesional en la Administración Pública.

Es decir, los principios de mérito y capacidad van a garantizar que al frente de la Administración estarán funcionarios públicos, servidores de la sociedad, formados y cumplidores con sus obligaciones.

La metodología empleada en el desarrollo del presente trabajo ha consistido en el estudio de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema del mérito y la capacidad para el desempeño de responsabilidades públicas, para poner de manifiesto cómo se concreta

y cuál es la posible aportación de la evaluación del desempeño para consolidarlo en el ámbito de la función pública.

2. EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE MÉRITO Y CAPACIDAD Y SU RELACIÓN CON LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

Actualmente, los principios que regulan el acceso a la función pública traen causa de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española de 1978, referentes a la igualdad, mérito y capacidad.

Ambos preceptos no constituyen compartimentos estancos que hayan de interpretarse y aplicarse por separado, sino que se interrelacionan entre sí y no solo en lo referente al acceso a la función pública, sino también en lo relativo a la permanencia y al progreso en ella.

Los principios de mérito y capacidad son los únicos parámetros que dotan de contenido al principio de igualdad en el acceso y el progreso en la función pública. De este modo, no cabe establecer condiciones de acceso distintas a ellos¹. Su importancia radica en que parten de un movimiento caracterizado por la abolición de los privilegios del «Antiguo Régimen», siendo la nueva regla general la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley.

Desde entonces, el derecho fundamental del que tratamos, la igualdad en el acceso a la función pública, como elemento sustancial y columna vertebral de un Estado democrático, ha sido incluido en las distintas Constituciones. El primer reconocimiento constitucional en España tuvo lugar en la Carta Magna de 1837, que dispuso que *«todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según mérito y capacidad»* y, desde entonces, todas nuestras Constituciones han recogido este principio. Por consiguiente, para su comprensión vamos a analizar los principios de mérito y capacidad, tanto desde el punto de vista de nuestro constitucionalismo histórico como en el Derecho contemporáneo comparado y la jurisprudencia. El mérito y la capacidad se contraponen al sistema anglosajón de «Spoil System» (sistema de botín) en el que los cargos públicos eran «un botín del

¹ El Tribunal Constitucional, en sentencia 27/1991, de 14 de febrero, señaló que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación fundamental a la práctica de pruebas restringidas, las cuales, en general, han de considerarse un procedimiento proscrito por el artículo 23.2 de la Constitución, si bien en determinados casos excepcionales cabe justificar el recurso a ellas (Fundamento Jurídico 4).

partido vencedor de las elecciones, a repartir entre sus afines»²; y al sistema del «Antiguo Régimen» en la España de las cesantías. Dicho sistema ha sido duramente criticado por la corrupción a que daba lugar y, por ello, el principio de mérito y capacidad se postuló como una reacción frente al mismo.

En la Administración Pública Española, durante el siglo xix, predominó un sistema análogo al del botín pues existían las cesantías, de manera que el poder político en cada momento nombraba y cesaba a los funcionarios.

No obstante, debemos remontarnos a los momentos en los que nació el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, es decir, a la Revolución Francesa y a la idea de eliminar los privilegios que determinados estamentos gozaban para ocupar cargos y empleos públicos. Se trata, pues, de un derecho vinculado a Estados libres y democráticos.

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas surge en un contexto caracterizado por la necesidad de abolir los privilegios del «Antiguo Régimen», instaurando un nuevo orden basado en la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Su génesis, en consecuencia, se encuentra en el intento de eliminar los privilegios de los que gozaban el clero y la aristocracia durante el Antiguo Régimen. En concreto, en el acceso a los empleos públicos que monopolizaban, no permitiéndolo al resto de súbditos. Así, era frecuente el acceso por herencia o por compra de los empleos y cargos públicos mientras que, en un Estado de Derecho, la asunción de responsabilidades públicas no puede estar reservada a ciertas castas o grupos sociales mediante procesos de selección arbitrarios. En consecuencia, la necesidad de garantizar a todos los ciudadanos la igualdad de oportunidades en el desempeño de los empleos públicos, en un Estado Democrático de Derecho, constituyó el elemento vertebrador en el que se fundamentó este derecho fundamental³.

El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública surge, como se ha señalado, como reacción frente a los privilegios de los que, durante los «Antiguos Regímenes», gozaban ciertas clases sociales para el desempeño de empleos y cargos públicos.

² Libre nombramiento y cese del funcionariado cuando se produce la alternancia política.

³ LÓPEZ GARRIDO, D. (1993): «El acceso a la función pública en la Europa de los doce», *Revista Vasca de Administración Pública*. nº 35, p. 140.

Al analizar la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, comprobamos que habla de capacidades, virtudes y talentos para el acceso a cargos y empleos públicos, lo cual comportaba el rechazo a cualquier forma de privilegio.

Por consiguiente, entendemos que el mérito y la capacidad, en aquel momento, no se refieren a principios reguladores del acceso a los empleos públicos, sino que, más bien, buscaban la eliminación de los privilegios de los que gozaban determinados estamentos sociales.

Estos principios, tal y como los entendemos en nuestros días, forman parte de la transformación de la función pública, asentada en el sistema de mérito y capacidad frente a los antiguos sistemas caducos y pervertidos de una sociedad, no tolerables actualmente. Por consiguiente, los vigentes sistemas son fruto de una evolución histórica desde el patronazgo y la confianza política hasta la moderna Administración Pública de carácter meritocrático.

Sin embargo, en países como Estados Unidos y Gran Bretaña sucedió lo contrario. Por ejemplo, en Estados Unidos, su Constitución partió de un sistema de patronazgo o de confianza política de modo que cada cambio del gobierno llevaba consigo el cese de la práctica totalidad de los empleados públicos y su sustitución por otros de la confianza de los nuevos gobernantes.

Este sistema se vincula al Presidente Jackson (1829-1837)⁴, cuya campaña giró en torno a la necesidad de dar representatividad al gobierno y hacer accesibles los empleos públicos al «Common Man»⁵. Su presidencia se establece como el punto de partida de la ascendencia del «Spoils System» (sistema de botín) en la política estadounidense. Todo ello en respuesta a una concepción de la democracia íntimamente unida al liberalismo económico más extremo, donde el rechazo al funcionariado inamovible, del que se piensa que no es posible prescindir, fue más radical.

En la frase del presidente Jackson: «*los trabajos confiados a los agentes del Estado son tan fáciles que todo hombre inteligente puede adaptarse a ellos sin demora*»⁴, se resumen estas ideas.

En síntesis, se trata de despojar de sus puestos a los funcionarios de ideología contraria y recompensar con ellos a los propios partida-

⁴ JACKSON, A.: *Biographical Directory of the United States Congress*. Congress of the United States. Consultado el 12 de febrero de 2021. <https://bioguide.congress.gov/search//bio/j000005>

⁵ PRATS I CATALÁ, J. (1995) «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito», *Documentación Administrativa*. núm. 241-242, pp. 26 y ss.

rios, después de ganar las elecciones, de modo que los empleos públicos pasan a ser una conquista de los vencedores. Esta forma de pensar explica el éxito del modelo de patronazgo o clientelar⁶, que funcionó a lo largo del siglo XIX, degenerando finalmente al sistema de botín o «Spoil System». Por ello, el principio de mérito y capacidad para el acceso a los cargos públicos no está en la Constitución americana de 1787, que parte del principio contrario de libre designación presidencial de los cargos públicos no electivos.

Sin embargo, el fuerte crecimiento económico tras la Guerra Civil americana y su consiguiente expansión hicieron que fuera inadecuado el sistema de patronazgo lo que generó una grave crisis del sistema y dio como resultado que el Senado aprobara la «Pendleton Act», en 1883, que crea la «Civil Service Commission», dando así el primer paso para el establecimiento de un sistema de mérito en la función pública en EE. UU.

Al tiempo que en los Estados Unidos el sistema de botín suponía que el presidente podía recompensar con los cargos funcionariales a quienes hubieran posibilitado su triunfo electoral, en Inglaterra era potestad regia, si bien ejercitada por el gobierno constitucional, nombrar y cesar a los funcionarios «at pleasure».

La transformación vivida en EE. UU. fue similar a la experimentada en Inglaterra a principios del siglo XIX, en donde el acceso a los empleos públicos seguía basándose en un sistema de patronazgo. En este proceso de cambio resulta revelador el siguiente texto al que alude Sánchez Morón: «*El desastre militar en la Guerra de Crimea, dirigida por unos mandos militares seleccionados por este mismo sistema, y la necesidad de su sustitución por un Civil Service basado en una sólida formación de los funcionarios, seleccionados conforme a sus competencias*»⁷.

La evolución del concepto y, principalmente, los nuevos fundamentos de crecimiento de la sociedad moderna les hicieron darse cuenta de que la selección de los más aptos era una garantía de la eficacia de la Administración Pública, así como una forma de garantizar la objetividad y la neutralidad política de los funcionarios de los Estados más modernos.

⁶ Los puestos públicos son ocupados de manera discrecional, sin ningún tipo de filtro competitivo de méritos y competencias, a través de compra de puestos y puestos públicos heredados por familiares.

⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2000): «Igualdad Mérito y capacidad en el empleo público», en VV.AA., *El principio de Igualdad*, Madrid: Dykinson, nº 2, pp. 141 y ss.

Todos ellos son principios que, actualmente en la UE, han de presidir la actuación de los funcionarios profesionales, que quedan así protegidos frente a las presiones del poder político que caracterizaban los viejos sistemas de «Spoil System».

En suma, se empezó a considerar que el acceso mediante sistemas basados en la capacidad y el mérito, la inamovilidad de los funcionarios, la objetividad y la neutralidad política en su actuación garantizaban la integridad de la función pública moderna.

A diferencia de lo sucedido en Estados Unidos e Inglaterra, en el constitucionalismo francés y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el principio de mérito y capacidad aparece al mismo nivel, en el mismo precepto que el principio electivo.

Este derecho ha sido reconocido a lo largo del constitucionalismo histórico español, así como en las distintas declaraciones internacionales de derechos, y en numerosas Constituciones europeas y americanas. Por ello, a través de su estudio y análisis comprendemos el porqué de su origen y su evolución a lo largo de los distintos periodos históricos.

Adentrarnos en la historia de nuestro constitucionalismo histórico⁸ supone descubrir del mismo modo la evolución de la sociedad desde los «Antiguos regímenes» hasta los modernos Estados y poderla comparar con la seguida por otros países.

Primeramente, hay que delimitar que los principios de mérito y capacidad se encuentran unidos al principio de igualdad en el acceso a la función pública.

Durante todo el siglo xix, en España, la historia del acceso a los empleos públicos está plagada de prácticas similares a las ya comentadas, amparadas por normas legales o reglamentarias, que desvirtuaron la igualdad de acceso a los cargos públicos, mediante los principios de mérito y capacidad.

En el constitucionalismo español histórico, implantado por la Constitución de Cádiz⁹ de 1812, se apuesta por la solución anglosajona y no se recoge el principio de mérito y capacidad, en congruencia con el pensar mayoritario de los liberales españoles de aquella época para los que el nombramiento y cese de los servidores públicos, con

⁸ <http://www.unioviado.es/historiaconstitucional/index.php/historiaconstitucional/index> Consultado el 2 de febrero de 2021.

⁹ <https://edit.um.es/blog/la-biblioteca-digital-saavedra-fajardo-de-pensamiento-politico-incluye-la-revista-daimon-a-texto-completo/> Consultado el 27 de enero de 2021. Biblioteca de Historia Constitucional Martínez Marina.

excepción de los jueces, debía hacerse a favor del personal de confianza de los ministros, en justa correspondencia con la responsabilidad que asumían en la gestión ministerial.

Era el monarca, al que las Constituciones atribuían la facultad de nombrar o remover a los empleados públicos¹⁰, quien dio lugar a la generalización de las cesantías o, lo que es lo mismo, la sustitución de los empleados públicos por otros funcionarios distintos, afectos al nuevo gobierno.

La Constitución de Cádiz de 1812, en su artículo 23, mencionaba lo siguiente: «Solo los que sean ciudadanos podrán obtener empleos municipales y elegir para ellos en los casos señalados por la ley», vinculando a los ciudadanos con el acceso a los empleos públicos.

No obstante, hubo intentos de arreglarlo en la época de Fernando VII. En este sentido, merece destacar la labor del Ministro de Hacienda López Ballesteros, el cual dictó un Real Decreto, de 27 de enero de 1824, que permitía la continuación en sus cargos de todos los funcionarios cesados el año anterior y siempre que se demostrase que hubiesen cumplido satisfactoriamente con su cometido.

Sin embargo, el principio de mérito y capacidad se introduce como tal en la Constitución de 1837, durante la regencia de María Cristina de Borbón. Fue una Constitución de consenso entre los dos partidos mayoritarios, el progresista y el moderado, que permitiría la alternancia de los dos partidos liberales sin que hubiera que modificar la Constitución cada vez que tuviera lugar un cambio de gobierno. En ella, se traducen los términos franceses más humanistas de «virtud» y «talento» por los más burocráticos de «mérito» y «capacidad». Así, en el artículo 5, luego reiterado en la Constitución de 1845, se señala: «Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según mérito y capacidad», y en el artículo 47 se indica que «además [...], al Rey le corresponde:[...] nombrar todos los empleados públicos y conceder honores y distinciones de todas clases, con arreglo a leyes»¹¹.

Los debates constitucionales de aquella época reflejan que la preocupación de los constituyentes de 1837 por la igualdad en el acceso a los empleos públicos estaba íntimamente ligada a la igualdad

¹⁰ Constitución de 1812, artículo 171: «Además de la prerrogativa que corresponde al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales facultades las siguientes (5^a): proveer todos los empleos civiles y militares».

¹¹ https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1837.pdf

legal y a la proscripción de todo tipo de excepciones o privilegios de los que disfrutaba la nobleza propia del Antiguo Régimen¹².

Posteriormente, la Constitución de 1845, que estuvo en vigor durante el reinado de Isabel II, recogía en su artículo 7 una réplica del artículo 47.9 de la Constitución de 1837. De este modo, se insistía en la búsqueda de poder finalizar un periodo y comenzar una nueva sociedad. Posteriormente, Juan Bravo Murillo, durante el reinado de Isabel II y mediante el Real Decreto de 18 de junio de 1852, denominado como la Reforma de Bravo Murillo, buscó la profesionalización de la función pública. No obstante, uno de los problemas que acarreo fue el hecho de que no sirvió para garantizar la inamovilidad de los funcionarios públicos y tampoco acometió decididamente la lucha contra las denominadas cesantías, las cuales no se abordaron directamente, sino indirectamente por la vía de reglamentar las condiciones para el ingreso¹³.

Bravo Murillo¹⁴ continuó seis años más tarde denunciando el número de empleados públicos cesantes por cambios políticos y la urgente necesidad de establecer los fundamentos para establecer «reglas para el ingreso» en las Administraciones Públicas.

La Administración debía dotarse de un funcionariado que hiciera de contrapeso frente a la creciente militarización de la sociedad. Debemos tener en cuenta que la técnica del «Spoil System» estaba ampliamente extendida, por lo que los puestos se entregaban en virtud de tratos de favor¹⁵. El objetivo de Bravo Murillo era fortalecer la Administración, ya que «*con más administración y menos política*» se podría hacer frente a la agitación existente en el país a causa de las guerras y revoluciones¹⁶. Su idea fue la elaboración de una ley que fijara las bases de la función pública, regulando, a la luz de la Cons-

¹² Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes nº 153, de 29 de marzo de 1837 pp. 2362-2363.

¹³ GARRIDO FALLA, F. (1985): *Reformas de la función Pública*, Tecnos, p. 40. Madrid.

¹⁴ *Bravo Murillo: Diario de sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura 1858*. MARCUELLO BENEDICTO, J. I. (2016): *Los Proyectos de Reforma Política de Bravo Murillo en perspectiva*. Ediciones de la Universidad de Oviedo.

¹⁵ Web de «InItinere», <http://www.unioviado.es/constitucional/seminario/editorial/index.html> http://www.unioviado.es/constitucional/seminario/editorial/crbst_14.html

¹⁵ MUÑOZ LLINÁS, J. I. (2013): «La Carrera Administrativa en los orígenes del constitucionalismo español: 1812-1918». *Revista de Derecho UNED*. nº 12, Madrid: pp. 595-618.

¹⁶ PRO-RUIZ, J (2006): *Bravo Murillo: Política de orden en la España Liberal*, Madrid, SÍNTESIS, p.310.

titución entonces vigente, los aspectos relativos al acceso al empleo público, a la inamovilidad, los ascensos, etc.

Debemos tener presente que la técnica del «Spoil System», como hemos comentado, estaba extendida en la Administración Pública de algunos países, por lo que los puestos se otorgaban en virtud de tratos de favor o de lo que hoy denominaríamos «corrupción», generando una degradación del trabajo desarrollado por los empleados públicos, más pendientes de generar simpatías ideológicas, que de realizar un desempeño de sus tareas. Como indica Muñoz Llinás, *«Bravo Murillo, era plenamente consciente de esta situación, porque tenía un alto conocimiento de la Administración y, siendo así, diseñó un Proyecto de Ley que permitiera pasar del «covachuelismo» a la burocracia»*¹⁷.

A través del Estatuto de Bravo Murillo, como anteriormente en el de López Ballesteros, se empezaron a colocar las herramientas desde las que acceder al empleo público, así como para lograr el ascenso dentro de la Administración, para lo cual era necesario cumplir unos requisitos de idoneidad que se fijaban en atención a las distintas categorías.

En cuanto a los ingresos y ascensos, contempló diversas posibilidades y, así, para el ingreso en la categoría de «aspirante» se exigía estar en posesión de título académico o diploma que presupusiera estudios o, en su caso, superar el correspondiente examen público. A su vez, el ingreso como «oficial» se hacía mediante oposición y se exigía estar en posesión del título académico, o bien haber sido nombrado aspirante¹⁸. Se preveía la posibilidad de reservar una tercera parte de las plazas para aspirantes, aunque no hubieran superado la oposición. En el mismo sentido, para la categoría de «jefe de negociado» se exigía haber prestado servicios con buena nota durante, al menos, seis años en las categorías de aspirante y oficial, o bien tener el grado de Licenciado o Doctor, que acreditase dicha capacidad.

Igualmente, para acceder a las categorías de «jefe superior» y «jefe de Administración» se debía haber desempeñado servicios durante, al menos, cuatro años en la categoría inmediatamente inferior. Así mismo, se preveía promover a la categoría inmediata superior a una tercera parte de los empleados, siempre que se acreditase un mérito sobresaliente, servicios y circunstancias extraordinarias, lo que denominaríamos actualmente como el precursor de los modernos concur-

¹⁷ MUÑOZ LLINÁS, J. I. (2013): «La Carrera Administrativa en los orígenes del constitucionalismo español: 1812-1918», *Revista de Derecho UNED*, nº 12, p. 5.

¹⁸ <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1852/6572/A00001-00002.pdf> Consultado el 2 de junio de 2020.

sos de méritos o la acreditación del trabajo desarrollado a través de la evaluación del desempeño¹⁹.

Por último, destacar la creación de las llamadas «juntas de jefes» en cada Ministerio y Oficina Provincial, cuyo fin, entre otros, fue el calificar el mérito, los servicios y las circunstancias de los empleados y subalternos de éstas¹⁹, lo que hoy en día se conoce como la creación de las comisiones «ad hoc», para la valoración de méritos.

Como indica Gutiérrez Reñón, «a pesar de lo profundo de la reforma de Bravo Murillo, el tímido reconocimiento de la inamovilidad del funcionario sigue dejando a la Administración a merced del clientelismo político, y no hace de ella un lugar atractivo para la incorporación de profesionales cualificados»²⁰.

Sería posteriormente, a través del Estatuto de O'Donnell en 1866, formado por la Ley de 25 de junio de 1864 y el Real Decreto de 4 de marzo de 1866, cuando se aprobará el Reglamento Orgánico de las carreras civiles de la Administración del Estado. En virtud de dicho Estatuto, se estableció un criterio de idoneidad para el desempeño de funciones públicas, mientras se acreditase estar en posesión de la titulación correspondiente o se superaran los exámenes establecidos.

Por otro lado, se reconoció la inamovilidad de aquellos funcionarios que justificaran unos requisitos tasados como el prestar servicios durante un determinado tiempo. En lo que respecta a los ascensos, el Real Decreto contemplaba dos posibles vías: la libre elección y el criterio de la antigüedad.

El Real Decreto de 1866 consagró la estabilidad en el empleo para aquellos empleados públicos que probaran un cierto número de años en el ejercicio del mismo, «su celo, su laboriosidad y su honradez», si bien seguía operando la discrecionalidad para ciertos supuestos. Así, declaraba que «los que llevasen de 6 a 15 años en la Administración sólo podían ser separados mediante expediente justificado con informe de dos de sus jefes, en el que se determinase que no reunían las condiciones de moralidad, aptitud, lealtad y aplicación necesaria para el buen desempeño de sus cargos»²¹.

¹⁹ ARROYO YANES, L.M. (1994): *La Carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 45.

²⁰ GUTIÉRREZ REÑÓN, A.: «La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas». *Revista Documentación Administrativa*. INAP, nº 210-211, 1987, p. 31.

²¹ MUÑOZ LLINÁS, J. I. (2013): «La Carrera Administrativa en los orígenes del constitucionalismo español: 1812-1918», *Revista de Derecho UNED*, nº 12, pp. 8-9.

Finalmente se derogó este Estatuto, a cuatro meses de su entrada en vigor, acusado de utilizar la regla de la inamovilidad de los cargos para proteger a los nombrados bajo su régimen.

Más tarde, en la Constitución de 1869, aprobada bajo el Gobierno Provisional de 1869-1871 tras el triunfo de la Revolución de 1868 que puso fin al reinado de Isabel II, se señalaba en el artículo 73: « [...] *corresponde además al Rey... (8º) Conferir los empleos civiles y conceder honores y distinciones de todas clases, con arreglo a las leyes*».

El artículo 27 de la misma señalaba igualmente que: «*la obtención del desempeño de estos empleos y cargos, así como la adquisición y ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles*». De este modo, se añadía la prohibición de discriminación por motivos religiosos, al tiempo que se vinculaba el empleo público con la nacionalidad española.

La Constitución de 1876 fue la base de la Restauración Borbónica, manteniéndose hasta el golpe de Estado de Primo de Rivera. En su artículo 54 señalaba que «*corresponde además al Rey conferir los empleos civiles y conceder honores y distinciones de todas clases, con arreglo a las leyes*», limitándose a reproducir la fórmula tradicional de las Constituciones ya vistas de 1837 y 1845, sin aportar nada nuevo.

Tras la Ley de 21 de julio de 1876, que implanta la inamovilidad de todos los empleados que no se hallasen organizados en Cuerpos especiales; y la Ley de 30 de junio de 1892, que aportó la obligación de formar escalones en base a la antigüedad²², el propio Estatuto de Maura de 1918, denominado así porque se produce bajo su presidencia en un momento de crisis económica y de inestabilidad política y social en el país, supuso la generalización del sistema de oposición como vía de acceso a la función pública, necesitándose para poder presentarse a las mismas poseer la titulación correspondiente, junto con la superación previa de un curso práctico, cuya finalidad era que los aspirantes adquirieran las aptitudes necesarias para el desempeño de las funciones propias de cada Ministerio, curso al que accedían en función del mérito y la capacidad²³.

El ascenso se realizaba siguiendo los criterios de antigüedad, oposición restringida y libre designación. Además, se garantizaba la ina-

²² ARROYO YANES, L.M. (1994): *La Carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, Tirant Lo Blanch: Universidad de Cádiz, Servicio de publicaciones, p. 48.

²³ GUTIÉRREZ REÑÓN, A.: «La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas». *Revista Documentación Administrativa*. INAP, nº 210-211, 1987, p. 35.

movilidad al conjunto de empleados públicos que dependían de la Administración, base para que se estableciera una carrera administrativa, otorgando estabilidad en la Administración y erigiéndose en una garantía para el funcionario. Igualmente, se generalizaba la oposición como forma de ingreso en la función pública (mérito y capacidad) y el ascenso se realizaba según los criterios de antigüedad, oposición y libre designación, pudiendo el Consejo de Ministros acordar discrecionalmente la cesantía o separación del servicio de cualquier funcionario o auxiliar, aunque solo por exigencias del servicio, y posibilitando el recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución²⁴.

En relación a dicha regulación merece la pena criticar que se impone el principio del ascenso vinculado solamente al tiempo de permanencia en el puesto, pero al margen de la función que cada uno estuviera desempeñando en el momento. Por ello, como señala Palomar Olmedo: *«mientras los países de corte anglosajón han hecho hincapié de forma primordial en la valoración y enjuiciamiento de los méritos iniciales, esto es del ingreso; otros países, entre los cuales puede señalarse el caso español, han puesto un claro énfasis en asegurar las condiciones de inamovilidad en el empleo»*.

Una de las principales aportaciones del Estatuto de Maura es la reducción de las cesantías, despojándola de la connotación política que había sido tan característica en otros momentos de la historia precedente.

Posteriormente, con la llegada de la República y la aprobación de la Constitución de 1931, su artículo 41 garantizaba por primera vez la inamovilidad de los funcionarios públicos estipulando que *«no se podrá molestar ni perseguir a ningún funcionario público por sus opiniones políticas, sociales o religiosas...»*. No obstante, «el enchufismo» y el clientelismo siguieron presentes en la cultura burocrática y, por consiguiente, incumpliendo con lo estipulado en el artículo 40 de dicha Constitución²⁵.

La Constitución Republicana de 1931, en ese artículo 40, añadía el inciso siguiente: *«sin distinción de sexo»*, *«salvo las incompatibilidades que las leyes señalen»*. Esta Constitución incorporaba, pues, una

²⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1989): *Políticas de selección en la función pública Española (1808-1978)*, Madrid: Instituto Nacional de Administraciones Públicas, n° 20, pp. 296 y ss.

²⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1989): *Políticas de selección en la función pública Española (1808-1978)*, Madrid: Instituto Nacional de Administraciones Públicas, n° 20, pp. 299 y ss.

prohibición de discriminación por razón de sexo y una remisión a la normativa sobre incompatibilidades.

Nuestro constitucionalismo histórico acometió desde la perspectiva del mérito y la capacidad la regulación del acceso a los empleos y cargos públicos, pero también hay que constatar que la realidad ha sido en ocasiones otra muy distinta. Y así, podemos decir que, tras los diversos intentos por reducir el sistema de botín, entre los que destaca la Ley de bases de 22 de julio de 1918, el mencionado Estatuto de Maura y la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que estableció las oposiciones como sistema general, la situación no era óptima. Puede señalarse que esta reforma de 1964 es considerada como fundamental en la definición del régimen español de los funcionarios públicos, coincidiendo con un periodo de cambios y reformas administrativas, marcados con una visión de progreso y renovación del Estatuto de 1918.

Para Garrido Falla, aunque en el Estatuto de 1918 la carrera administrativa continuaba presidida por el concepto de antigüedad, en la práctica, la provisión de los puestos de trabajo era cubierta libremente²⁶. Fue el propio artículo 35 de la Ley del Procedimiento Administrativo de 1958 el que señalaba que las tareas de carácter predominantemente burocrático habrían de ser desempeñadas exclusivamente por funcionarios técnico-administrativos y auxiliares administrativos.

«Esta reforma, como señala dicho autor, se inicia bajo el impulso de López Rodó en la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno que, en 1961, había redactado un primer Anteproyecto que se sometió al informe de varios Departamentos Ministeriales. En 1962, se redactó un segundo Anteproyecto que, asimismo, se remitió a diversos Organismos e Instituciones para informe. La obra culmina en un tercer Anteproyecto, que es aprobado por el Consejo de Ministros, en abril de 1963»²⁷.

Del análisis de la ley de 1964 podemos considerar que define el concepto de los funcionarios públicos como aquellas personas incorporadas a la Administración por una relación de servicios profesionales retribuidos y tendencialmente permanentes, regulada por el Derecho Administrativo.

²⁶ ²⁶ GARRIDO FALLA, F. (1985): *Reformas de la Función Pública*. Discurso leído el día 19 de febrero de 1985, en el acto de su recepción pública como académico de número. Editorial Tecnos, p. 46.

²⁷ PALOMAR OLMEDO, A. (2016): *Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos* (11ª edición). Dykinson, pp. 26-30.

El artículo 4 de la citada Ley define al funcionario de carrera y da las claves y características esenciales del mismo: 1. Presta servicios en virtud de nombramiento legal, 2. Presta servicios con carácter permanente, 3. Figura en las correspondientes plantillas, y 4. Percibe sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado. Comprobamos cómo el principio de igualdad, mérito y capacidad constituye la piedra angular sobre la que se sustenta, al menos teóricamente, la creación de un nuevo funcionariado.

El artículo 5 establece los tipos de funcionarios de empleo. Los funcionarios eventuales son los que desempeñan puestos de trabajo considerados como de confianza o asesoramiento especial no reservados a funcionarios de carrera; siendo funcionarios interinos los que por razón de necesidad o urgencia ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera.

Por todo ello, podemos considerar la Ley de funcionarios de 1964 como un gran avance en la regulación de un cuerpo funcionario, especializado y técnico.

El Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, es uno de los primeros hitos de la reforma de la función pública después de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Se trata de una norma que incide en las pruebas selectivas, la carrera administrativa y en el acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos.

A lo largo de este recorrido histórico, hemos podido comprobar cómo en Francia, así como en los demás países afrancesados (España, Italia y Bélgica), se impuso el principio constitucional de mérito y capacidad para acceder a los cargos públicos, que hacía jurídicamente inviable o dificultaba notablemente el sistema de botín de nombramientos y ceses discrecionales. Este principio, sin embargo, no figuraba, como ya se ha comentado, en la Constitución americana de 1787, que partía del principio contrario de libre designación presidencial de los cargos públicos no electivos, pero sí en el constitucionalismo francés, así como en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en la que el principio de mérito y capacidad aparece al mismo nivel que el principio representativo, y así lo proclama su artículo 6 cuando señala: *«es la expresión de la voluntad general»*. Adicionalmente, todos los ciudadanos tienen el derecho a participar, personalmente o por medio de sus representantes, en su formación. La ley debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Por ello, se reconoce que *«todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos»*.

públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos». Además, según el preámbulo de dicha Declaración: «ya no hay noblezas, ni parias, ni distinciones (...), ni ninguna otra superioridad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, ya no hay enajenación, ni herencia de ningún oficio público». La citada Declaración también dispone en su artículo 6 que «todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos».

Así pues, el acceso al empleo público está determinado por el principio de igualdad y dicha igualdad significa que los criterios de selección son el mérito y la capacidad.

En esta Declaración, se vincula por primera vez el acceso a los empleos públicos a las virtudes y talentos de quienes accedan a ellos y se contempla la admisibilidad de todos los ciudadanos a dichos puestos. Si recordamos que uno de los privilegios del monarca era el de otorgar oficios públicos, cuando no la venta o transmisión hereditaria de los mismos, la Declaración representa un gran cambio.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala en su artículo 21.1 que «*toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país*»²⁸, reconociendo el derecho de todos los ciudadanos, sin restricción alguna a acceder a la función pública.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966²⁹ y ratificado por España en 1977, dispone en su artículo 25 que «*todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en su artículo 2 y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país*».

Otras Constituciones europeas donde aparece el principio de mérito y capacidad son la Ley Fundamental de Bonn de 1949³⁰ que, en su artículo 33.2, señala: «*Todos los alemanes tendrán, según su aptitud,*

²⁸ La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 https://www.ohchr.org/EN/UDHR/documents/UDHR_Traslations/spn.pdf Consultado el 8 de enero de 2021.

²⁹ La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 https://www.ohchr.org/EN/UDHR/documents/UDHR_Traslations/spn.pdf Consultado el 8 de enero de 2021 de 2021.

³⁰ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> Consultado el 9 de enero de 2021.

su capacidad y su competencia profesional, igualdad de acceso a cualesquiera cargos públicos»; la Constitución Italiana³¹ de 1947, en cuyo artículo 51 se indica que «todos los ciudadanos, de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley»; o la Constitución Portuguesa de 1976³² la cual, en su artículo 47.2, declara: «Todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a la función pública, en condiciones de igualdad y libertad, como norma por concurso».

En todos los casos comprobamos cómo a lo largo del tiempo se ha ido dotando a los ciudadanos de facultades que se ejercen frente a los poderes públicos y que les permiten reclamar sus derechos en los Tribunales, en el caso de que este derecho no sea respetado.

Este mismo principio, ausente de nuestra primera Constitución liberal, la de Cádiz, se recogerá en la Constitución de 1837 y en las posteriores. Todas las Constituciones españolas desde 1837 contemplaron que el acceso a los empleos y cargos públicos se hiciera según el mérito y la capacidad. La realidad en la historia señala que, no obstante, frecuentemente y amparado por distintas normas, se ha desvirtuado su sentido³³.

El principio de mérito y capacidad en cuanto produce designaciones a través de competiciones abiertas entre los ciudadanos es un principio de justificación democrática, tan sólido como el principio electivo, entendiéndolo como una disputa por los votos frente a una competencia basada en la aptitud profesional, porque los espacios a ocupar requieren, en un caso, el mayor apoyo popular y, en otro, el mayor nivel de excelencia. Contar con una sólida y eficiente burocracia era un factor imprescindible para la implantación de una Administración moderna. Esto explica que se acabara aceptando la necesidad y legitimación de una burocracia seleccionada en función del mérito y con vocación de permanencia y, así, que J.S. Stuart Mill, en 1861, impulsor del Civil Service, defendiera³⁴ la legitimación de

³¹ Constitución Italiana de 1947

http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Constituzione_ESP.pdf

Consultado el 12 de febrero de 2021.

³² Constitución Portuguesa de 1976

<https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PORTUGAL-Constitución.pdf>

Consultado el 12 de febrero de 2021.

³³ JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1989): *Políticas de selección en la función Pública Española (1808-1978)*, Madrid: Instituto Nacional de Administraciones Públicas, pp. 296 y ss.

³⁴ Considerations on Representative Government (1861) by John Stuart Mill. Chapter XIV of the Executive in a Representative Government <https://www.gutenberg.org/files/5669/5669-h/5669-h.htm>

la burocracia pública en función del principio de la excelencia, del mérito y la capacidad, rechazando la elección.

La necesidad de disponer de un funcionariado permanente y profesionalizado, exigencia del Estado moderno e instrumento imprescindible para atender al funcionamiento regular de los servicios públicos, fue expresada igualmente por Napoleón ante el Consejo de Estado, con motivo de la creación de un nuevo modelo de Universidad cuando manifestó: «*Yo quiero sobre todo una Corporación porque una Corporación no muere nunca ...Una Corporación que no tenga otra ambición que ser útil y otro interés que el interés público. Es necesario que este cuerpo tenga privilegios y que no sea demasiado dependiente de los ministros, ni del emperador*»³⁵.

En función de dicho principio, el acceso al empleo público se sujeta a una doble condición: que los funcionarios acrediten la capacidad profesional necesaria para desempeñar el cargo y que sus conocimientos y destrezas para ello superen las de otros posibles competidores, también aspirantes al mismo empleo. Los empleos públicos no pueden otorgarse discrecionalmente, sino a aquellos candidatos que acrediten mayor mérito y capacidad, un principio recogido en nuestra actual Constitución de 1978, en los artículos 23.2 y 103.3.

Con este planteamiento, autores como Parada y Fuentetaja señalan que «*la burocracia profesional, políticamente neutra, es ciertamente un colchón que amortigua el fragor de la lucha política, una transición inteligente entre dos valores igualmente democráticos: el del sistema electivo y el de la correspondencia de los cargos y funciones con la mayor capacidad y mérito, un reparto de poder entre los representantes políticos y la aristocracia profesional, algo necesario para la propia supervivencia del sistema de democrático*»³⁶.

3. EL PRINCIPIO DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Actualmente y como es propio de un Estado que se proclama «Social y Democrático de Derecho», la Constitución de 1978 ha venido a reconocer e implementar el principio de mérito y capacidad en su artículo 103.3. Por ello, se encuentra asentado en nuestro ordenamiento

³⁵ <https://edit.um.es/blog/la-biblioteca-digital-saavedra-fajardo-de-pensamiento-politico-incluye-la-revista-daimon-a-texto-completo/>

³⁶ PARADA VÁZQUEZ, R. y FUENTETAJA PASTOR, J. (2013) *Derecho de la Función Pública*. Open ediciones universitarias, S.L. Madrid.

jurídico y se articula como el eje fundamental en torno al cual debe girar todo proceso selectivo en la función pública³⁷, que se lleve a cabo por cualesquiera de las Administraciones Públicas españolas.

Sin embargo, hay que destacar que los principios de mérito y capacidad no aparecen expresamente reconocidos en el artículo 23.2, cuando se alude al acceso a las funciones y cargos públicos, sino en el artículo 103.3 CE, que no está ubicado en la Sección de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Carta Magna, lo cual sorprende, pudiendo deberse a la voluntad del legislador constituyente de no mezclar las dos cuestiones del acceso a los cargos públicos representativos y no representativos.

En principio, debió haber indicado, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, que el acceso al empleo público debe basarse en los principios de mérito y capacidad, sobre la base de una conexión sistemática entre el principio de igualdad del artículo 23.2 y los de mérito y capacidad del artículo 103.

La consulta de los debates parlamentarios que tuvieron lugar con ocasión de la redacción del artículo 23 de la Constitución de 1978 pone de manifiesto que el tema no fue pacífico. Se introdujo una enmienda formulada por el Diputado Carro Martínez³⁸ el 17 de abril de 1978, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes. En ella se proponía añadir la expresión «según su mérito y capacidad», quedando redactado así: «*Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, según su mérito y capacidad, con los requisitos que señalen las leyes*». Sin embargo, la oposición del grupo socialista, en la figura del diputado Fajardo Espínola,³⁹ en representación del Grupo Parlamentario, solicitó su supresión ante la posibilidad de que los criterios de mérito y capacidad pudieran ser tenidos en cuenta a la hora de elegir a los cargos públicos de carácter político.

Finalmente, el diputado Pérez Llorca aceptó la supresión «según su mérito y capacidad», proponiendo que dicha expresión figurara en la parte de la Constitución relativa a la Función Pública, es decir, en el artículo 103.3.

³⁷ MESEGUER YEBRA, J. (1988): «El derecho fundamental del artículo 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas». *El Derecho. Notas y comentarios* (1988).

³⁸ Diario de sesiones de Las Cortes https://app.congreso.es/est_sesiones Consultado el 14 de febrero de 2021.

Biblioteca Miguel de Cervantes Sección Constituciones.
<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=constituciones> Consultado el 14 de febrero de 2021.

³⁹ Ver Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 22 de mayo de 1978.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la doctrina del Tribunal Constitucional ha desgranado el artículo 23.2, señalando que integra dos derechos distintos: el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos representativos o políticos, y el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública profesional.

La STC 75/1983, de 3 de agosto, expresamente ha señalado que el derecho a la igualdad del artículo 23.2 tiene un carácter general que *«comprende a los servidores públicos y actúa en el acceso a la función pública y a lo largo de la duración de la relación funcionarial»*.

Por su parte, la STC 24/1990, de 15 de febrero, entendió que una doctrina reiterada afirma que este precepto hacía referencia solo a los cargos y funciones representativos de carácter electivo, al igual que hay una doctrina reiterada también aplicable a los cargos y funciones no representativas de carácter funcionarial⁴⁰.

La extensión del artículo 23.2 a los funcionarios públicos se fundamenta, pues, en la distinción entre los términos «funciones» y «cargos» que en nuestra Constitución se unen, pero que alude a realidades distintas. La expresión «funciones públicas» se refiere a los puestos funcionariales a los que se accede no por elección, sino por procesos selectivos basados en el mérito y capacidad de los aspirantes. Por su parte, con la expresión «cargos públicos», el artículo 23.2 CE engloba a los cargos electivos de carácter representativo o político.

En la STC 71/1989, de 20 de abril, se distingue el término «funciones» como el derecho a acceder a la función pública profesional.

Como influencia en la elaboración del este artículo en la Constitución de 1978, por su paralelismo en el tiempo, tenemos el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en Nueva York en 1966, el cual fue ratificado por España en 1977, es decir, durante el proceso constituyente, por lo que creemos que afectó a la redacción de nuestro artículo 23.2 al mencionar el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones generales de igualdad a las funciones de su país. Dicho precepto señala: *«Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en su artículo 2 y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país»*.

⁴⁰ PULIDO QUECEDO, M. (2005): *La Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (5ª edición). Pamplona: Aranzadi, pp. 537 y ss.

Por consiguiente, uno requiere de funcionarios seleccionados mediante criterios de mérito y capacidad, y el otro de representantes de la voluntad popular elegidos mediante sufragio universal.

En síntesis, lo que otorga el artículo 23.2 de la Constitución de 1978 a sus titulares es la posibilidad de impugnar ante la jurisprudencia ordinaria y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional, toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad en el acceso a la función pública. De los derechos fundamentales deriva un mandato al legislador, aunque no solo a él, sino a todos los poderes del Estado, de realizar y proteger el contenido jurídico-objetivo del derecho. El legislador debe establecer los requisitos para acceder a la función pública, garantizando la igualdad en el acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad⁴¹.

Con la aprobación de la Constitución Española, se operó la constitucionalización del sistema de mérito y capacidad, proscribiendo el sistema de botín, referenciando el principio de mérito y capacidad con la finalidad de salvaguardar la imparcialidad de los empleados públicos.

De este modo, la selección mediante el mérito y la capacidad tiende a garantizar también la efectiva neutralidad política de las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales y la existencia de una Administración Pública profesionalizada, constituyendo una barrera contra la corrupción. Así mismo, como fórmula principal, se generalizó el sistema de las oposiciones como mecanismo de acceso a la Función Pública y se terminó con las cesantías mediante la garantía de la inamovilidad.

Se cumplen, de este modo, los dos pilares que constituyen el moderno modelo de Administración Pública, que puso fin al sistema de los «Antiguos Regímenes» y que la Constitución ha consagrado en su artículo 103.3, a través de una función pública profesional, seleccionada según su mérito y capacidad y que permita escoger y, en su caso, designar para mayores responsabilidades a los candidatos más aptos, con el propósito de garantizar la eficacia de la Administración y el servicio al interés general de todos los ciudadanos. Estos principios se encuentran incorporados al derecho fundamental consagrado en el

⁴¹ Tesis Doctoral «Igualdad, Mérito y Capacidad en el Acceso a la Función Pública Docente no Universitaria», Javier Sánchez Piquero. Dir. María Salvador Martínez, 2015, UNED.

artículo 23.2, de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas⁴².

En el mismo sentido, y en desarrollo del articulado que impone la actual Constitución Española de 1978, y como evolución de todo nuestro constitucionalismo histórico, se ha optado por un modelo de función pública meritocrático y profesional. Así, el artículo 103.3 establece un mandato al legislador para que elabore un Estatuto de los funcionarios públicos, que establezca las bases de un modelo distinto, basado en la independencia, profesionalidad y capacidad de sus integrantes. El acceso a la función pública se establece como criterio constitucional, indicando que la misma ha de regirse por los principios de mérito y capacidad.

La Constitución reconoce expresamente en su artículo 23.2 el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos que, en cuanto se refiere al empleo público no representativo, son los puestos de naturaleza funcional. En lo relativo a los empleos de naturaleza laboral tanto en las Administraciones Públicas⁴³ como en las demás entidades que forman parte del Sector Público, existe también ese derecho de acceso en condiciones de igualdad, pero dicho derecho se desprende no del artículo 23.2 (que la doctrina del Tribunal Constitucional no considera aplicable al personal laboral), sino del artículo 14, que reconoce el derecho fundamental a la igualdad. De este modo, el principio electivo rige si se trata de cargos públicos representativos y el principio de mérito y capacidad rige si se trata de cargos públicos no representativos⁴⁴, pues el único modo de tratar por igual a los ciudadanos a la hora de obtener el desempeño de los empleados públicos es valorar sus méritos y su capacidad⁴⁵.

Resulta así que el reconocimiento del mérito y la capacidad ha sido un principio que ya no se apeará de ninguna de las Constitu-

⁴² RUANO RODRÍGUEZ, L. (1998): *Constitución, función pública y empleo laboral*, Pamplona Aranzadi, 1998, p. 41: «El actuar de la Administración debe someterse al principio de eficacia porque los seleccionados en razón del mérito y la capacidad serán los más aptos para actuar eficazmente. Y, por supuesto, la imparcialidad y la eficacia, que se garantizan cuando se respeta en el acceso el mérito y la capacidad, como el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto».

⁴³ Así, el artículo 21.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, indica que «toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país»; y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, se recoge este derecho en términos muy similares.

⁴⁴ Véase STC 163/1991, de 18 de julio.

⁴⁵ Véase STC 281/ 1993 de 27 de septiembre y 269 /1993 de 20 de septiembre, STC 48/1998; STC 124/1994 y STC 185/1995.

ciones, desde la de 1837, llegando así a la Constitución de 1978 y alojándose como un derecho fundamental, en el artículo 23 y, más modestamente, como un principio ordenador de la función pública, en el artículo 103.3.

Por otro lado, la plasmación de estos principios en el texto constitucional no determina su aplicación exclusivamente en el procedimiento de ingreso en la función pública, sino que prolonga su vigencia a lo largo de la vida funcionarial, haciéndose especialmente patente en el establecimiento de los mecanismos de provisión de puestos de trabajo y en el sistema de carrera administrativa y de promoción interna⁴⁶. Además, la significación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la doctrina y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado sobre ellos constituyen el eje central de la regulación efectuada sobre esta materia. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho reconocido en el artículo 23.2 es aplicable durante la vigencia de la relación funcionarial, si bien es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad, según se trate del inicial acceso a la función pública o del ulterior desarrollo o promoción durante la carrera administrativa⁴⁷.

También ha señalado, en sus sentencias 50/1986, 73/1998, 353/1993, 30/2008 y 87/2008, que el artículo 23.2 «*no confiere derecho sustantivo alguno a la ocupación de cargos, ni a desempeñar funciones determinadas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas*».

Además, en un caso que se trataba de una referencia «ad personam» que lesionaba el artículo 23.2, concluye que «*la relevancia conferida a un mérito solo alegable por determinados candidatos situaba a éstos en una posición de privilegio frente a los restantes concursantes, predeterminando en su favor la resolución del concurso convocado*».

Por consiguiente, lo que como concreción del principio general de igualdad otorga el artículo 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y, en último término, ante el Tribunal Constitucional, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad reconocida en la Carta Magna⁴⁸. Algunos autores indican que «*el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, consagrado*

⁴⁶ GARCÍA, M. J. (2008): «Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: Su plasmación en el estatuto de empleado Público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n^o 15 mayo.

⁴⁷ Véase STC 365/1993, de 13 de diciembre.

⁴⁸ Así ha sido reconocido por STC 27/1991, de 14 de febrero.

en el artículo 23.2 CE, que ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 CE (STC 193/1987, de 9 de diciembre), se refiere a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración...»⁴⁹.

Para el Tribunal Constitucional, nos encontramos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados. Así, en STC 50/1986, de 23 de abril, dispone que «[...] ni el legislador se encuentra respecto de la Constitución en una situación análoga a la que la Administración ocupa respecto de la Ley, ni, aunque así no fuera, puede negarse un amplio margen de libertad tanto al legislador como a la Administración para dotar de contenido concreto en cada caso a conceptos jurídicos indeterminados como son los de mérito y capacidad...».

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, se trata de conceptos usados por la norma que no admiten de una determinación precisa, por lo que se plantea un problema de interpretación, si bien precisando que, en tales supuestos, no caben varias soluciones justas, sino una sola, a la que hay que llegar interpretando el caso concreto⁵⁰.

El Tribunal Constitucional⁵¹ viene poniendo de manifiesto, prácticamente desde su instauración, el mandato de prohibición de discriminación de los ciudadanos en el acceso al empleo o una vez incorporados a la función pública⁵² lo cual conlleva que [...]»*en la resolución de los procedimientos de selección para ocupar un puesto integrado en la función pública, los órganos y autoridades competentes deben guiarse exclusivamente por aquellos criterios de mérito y capacidad, incurriendo en infracción del mencionado precepto constitucional si tomaran en consideración otras condiciones personales o sociales de los candidatos, no referidas a dichos criterios...».*

Así mismo, resulta de interés la interpretación que lleva a cabo la jurisprudencia: STS, Sala tercera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 septiembre de 2002, cuando señala: «*Obviamente, su aplicabilidad no exige la absoluta prohibición de la diferenciación de*

⁴⁹ Véase STC 67/1989, de 18 de abril de 1989.

⁵⁰ GARCÍA, M^a J.: «Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto del Empleado Público». *Revista Jurídica de Castilla y León*. N^o 15 mayo (2008).

⁵¹ SÁNCHEZ PIQUERO, J.: «Igualdad, Mérito y Capacidad en el acceso Función Pública Docente No Universitaria. Tesis Doctoral Facultad de Derecho UNED (2015).

⁵² Véase STC 75/1983, de 3 de agosto, (STC 193/1987, de 9 de diciembre y STC 148/1986.

trato a diversas categorías de ciudadanos, sino la proscripción de la discriminación entre personas, categorías y grupos, por lo que puede entenderse que quiebra la igualdad cuando la diferenciación no está basada en motivos objetivos y, por el contrario, no resulta violada cuando dicha diferencia tiene una justificación racional y suficiente en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida [...]. La Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad de manera que pudieran también considerarse violatorias de dicha igualdad todas aquellas que, sin esas referencias, establezcan una diferencia entre los españoles». Y todo ello porque «un Estado Social y Democrático de Derecho no puede limitarse a respetar la autonomía privada, sino que también ha de garantizar la igualdad de oportunidades»⁵³.

Se trata de «transmitir el mensaje de que si te esfuerzas verdaderamente en conseguir los objetivos impuestos en la Evaluación del desempeño, crecerás dentro de la organización, eliminando caducos sistemas de la mera estancia en el puesto de trabajo, desterrando la vigencia de que la antigüedad, sin más, es una vía para el progreso dentro del sistema de la Administración Pública»⁵⁴.

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

A lo largo de este recorrido histórico, podemos comprobar cómo en Francia, así como en los demás países afrancesados (España, Italia y Bélgica), se impuso el principio constitucional de mérito y capacidad para acceder a los cargos públicos, que hacía jurídicamente inviable o dificultaba notablemente el sistema de botín de nombramientos y ceses discrecionales. Este principio, sin embargo, no figuraba, como ya se ha comentado, en la Constitución americana de 1787, que partía del principio contrario de libre designación presidencial de los cargos públicos no electivos, pero sí en el constitucionalismo francés, así como en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en la que el principio de mérito y capacidad aparece al mismo nivel que el principio representativo, y así lo proclama su artículo 6 cuando señala: «*es la expresión de la voluntad general*».

⁵³ SÁNCHEZ MORÓN, M. (1978): *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, Vol. II, Madrid: Edersa, pp. 671-672.

⁵⁴ BOLADO ALONSO, J. (2019): *La Evaluación del desempeño en la Administración Autónoma de Cantabria. Utopía o realidad, una propuesta metodológica*. Imprenta Regional de Cantabria. pp.116-120.

En el análisis de la evolución de este principio dentro de las distintas Constituciones españolas desde 1837, hemos de señalar que tanto el principio de mérito como el de capacidad⁵⁵ tienen por sí un significado propio autónomo, aunque se encuentren unidos al principio de igualdad en el acceso a la función pública. El principio de capacidad se ha relacionado con la evaluación de una o más pruebas para determinar la aptitud del aspirante y, sin embargo, se asocia el mérito con el concurso, consistente en la comprobación y calificación de la valía de los aspirantes⁵⁶, haciendo referencia a las cualificaciones obtenidas por los aspirantes a lo largo de su trayectoria profesional e, incluso, personal.

Como se ha puesto de relieve, la aplicación de este principio de mérito y capacidad ha posibilitado la creación de los grandes cuerpos de funcionarios desde la segunda mitad del siglo XIX. A pesar de ello, en los últimos tiempos, su aplicación ha sido pervertida por distintos procedimientos y así el más común ha consistido en someter las Administraciones Públicas al Derecho privado, facilitando la contratación laboral de empleados públicos al margen de procedimientos selectivos (huida de las Administraciones Públicas del Derecho Administrativo), donde radica el principio de mérito y capacidad. Por otro lado, se encuentra el personal eventual el cual crece en número, alejándose su elección de la regla constitucional del principio de mérito y capacidad. Igualmente, otra forma de pervertir y bordear el principio constitucional analizado, de los artículos 23.2 y 103.3 de la vigente Constitución, ha sido y es la de reconocer a la instancia política la libre designación de las personas que han de ocupar los puestos de trabajo de mayor relieve. Así mismo, las previsiones legales que permiten acciones positivas por cauces de excepción en el acceso al empleo público de colectivos desfavorecidos, supeditando el mayor mérito entre los aspirantes a finalidades de política social, ponen en evidencia que el principio de mérito y capacidad sufre una crisis, pese a su reiterada proclamación en las Constituciones analizadas hasta la

⁵⁵ Según la STC 193/1987, de 29 de octubre, deben guiarse exclusivamente (Fundamento Jurídico 35°): «...los órganos y autoridades competentes por los principios de mérito y capacidad (STC 148/1986), incurriendo en infracción del mencionado precepto constitucional (artículo 23.2 CE) si tomaran en consideración otras circunstancias personales o sociales de los candidatos, no referidas a dichos criterios».

⁵⁶ Véase la STS, 5911/1986 de 3 de noviembre de 1986 y STC 239/2004, de 29 de junio (Fundamento Jurídico 3); STC 388/1993, de 23 de diciembre (Fundamento Jurídico 2): «Capacidad como un requisito absoluto para el desempeño de cada puesto de trabajo concreto», y «el mérito como un elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento».

de 1978 y a la normativa que se desarrolló en base a los principios en ellas consignados⁵⁷.

La opción legislativa no es una decisión indiferente, es la decisión coherente y natural con el estado de las cosas. Todo parte desde la historia sobre la que se basa nuestra Administración Pública y se acoge el sistema de mérito y la capacidad como la única opción natural de gestión de su personal. Se ha probado a través de esta evolución normativa que la aplicación de este principio es una técnica exitosa para brindar seguridad jurídica al ciudadano y garantizar su libertad a través de la correcta gestión de la Función Pública.

El fundamento del principio del mérito y la capacidad como criterios de acceso a la función pública se encuentra en la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades de todos para acceder a los empleos y cargos públicos la cual es, a su vez, garantía de imparcialidad y eficacia de los servidores públicos.

Ambos principios, mérito y capacidad, introducen elementos objetivos en la valoración de los aspirantes que garantizan su igualdad en el acceso a la función pública. Los Estados democráticos no pueden prescindir de estos principios como parte esencial de un modelo profesional de función pública basado en la neutralidad política y la eficacia al servicio de los intereses generales. Por consiguiente, el sistema de mérito es la respuesta que el legislador tomó, cuando los índices de corrupción crecieron. La función pública no es una labor más, es el servicio a la ciudadanía. Por ello, la actual Constitución ha creado una verdadera garantía institucional respecto a la Función Pública o la carrera administrativa, de la que el legislador no puede disponer libremente.

La institución funcionarial como figura constitucional forma en la mente del ciudadano la idea de que existen sujetos cualificados, considerados como funcionarios y servidores, que se encuentran al servicio de la Administración Pública. En definitiva, que existe un sistema que garantiza la calidad del servicio profesional y la carrera administrativa. Ello supone que, por un lado, hay una garantía formal que significa un reconocimiento constitucional y, por otro, un afianzamiento de la conciencia social en relación a la Función Pública que se debe tener.

El deseo del legislador es obtener un grupo de sujetos que no tengan otro apego más que su conocimiento (profesión). Es decir, que se vean libres de las tentaciones de servir a intereses distintos a los de su técnica, haciendo que su permanencia en la institución no dependa

⁵⁷ Véase STC 185/1994, de 20 de junio; STC 228/1994, de 18 de julio; STC 151/1992, de 19 de octubre.

de dichas afinidades. Un sujeto cuya estabilidad en el cargo dependa de la voluntad de otro sujeto no prestará un servicio que sirva al interés de la comunidad, sino que, en la mayoría de los casos, buscará que el servicio que proporcione sea el que más guste a la persona de quien depende o que le ha nombrado.

Hay que señalar que los principios de mérito y capacidad se encuentran unidos al principio de igualdad, en el acceso a la función pública. La igualdad en el acceso a la función pública, incardinada con los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3, vincula el interés general de los ciudadanos y la garantía de un funcionamiento correcto del Estado de Derecho en el que se conforman como valores la imparcialidad, la objetividad y la eficacia al servicio del interés general, impidiendo que el acceso a la función pública se realice en base a criterios de arbitrariedad y persiguiendo reclutar a los candidatos más aptos para cada empleo público, consiguiendo mayor eficacia en el funcionamiento de la Administración Pública, protegiendo el interés general e impidiendo la apropiación por un partido político de los empleados al servicio de la Administración Pública, al estilo de los modelos liberales del «Spoil System» en los que se consideraba a la función pública como un botín de los vencedores.

Por ello, consideramos que es necesaria la transformación de la Administración Pública a través de modernos sistemas laborales, conocidos como sistemas de mérito en el empleo público, sistemas de carrera o de Evaluación del Desempeño, la Evaluación por Objetivos y resultados, que garanticen y reflejen unos valores cívicos relacionados tanto con su finalidad pública en la prestación de los servicios públicos como en su acceso mediante pruebas objetivas, públicas y competitivas, distanciadas de cualquier atisbo de discriminación o ventaja. Esto se construye a partir de un marco legal garantista, que valore el esfuerzo y el trabajo a través de la cultura de la evaluación como forma de crecimiento, y asegure el progreso «en pro» del interés y la satisfacción pública. Todo ello, teniendo como fundamento el crecimiento de la Administración Pública y de sus propios empleados, los principios de mérito y capacidad, reiterados época tras época desde la antigua constitución de 1837.

Debemos apostar por un modelo de función pública que garantice una adecuada carrera de los funcionarios públicos como mecanismo fundamental para mejorar su rendimiento y productividad y, en consecuencia, que incremente la eficacia de la Administración.

Sistemas como la Evaluación del Desempeño, la Evaluación por Objetivos y resultados, que permitan el ascenso en su carrera profe-

sional a aquellos que más aportan a la organización con su trabajo, comportan ideas innovadoras e impulso para el crecimiento de la Administración Pública, que implican una discriminación positiva en el acceso a puestos con mayor responsabilidad y en los que el mérito y la capacidad son los criterios fundamentales a tener en cuenta.

Por consiguiente, la evaluación de los servidores públicos opera como base para determinar el acceso igualitario al servicio público, así como la permanencia y la promoción en el mismo, teniendo en cuenta su capacidad y mérito. Además, promueve que las Administraciones alcancen mayores niveles de eficacia, eficiencia y calidad efectiva de servicios suministrados a los ciudadanos.

La Constitución de 1978, por consiguiente, acoge la Función Pública, como una de las instituciones que garantiza la realización de la dimensión objetiva del derecho fundamental a la buena Administración Pública.

Debemos tener en cuenta que los empleados públicos son el recurso más valioso de una Administración. El riesgo aparece si la organización no sabe explotar sus capacidades y consigue que acaben desmotivados.

La palabra «disfrutar» se asocia pocas veces al trabajo y, sin embargo, es lo más importante para que el desempeño sea eficaz. *Sensu contrario*, la pérdida de productividad es el resultado de la desmotivación, la desprofesionalización y la salida de los mejores profesionales de la organización ante la pérdida de oportunidades, lo que provoca «la descapitalización» de la Administración Pública.

Todo esto se construye a partir de un marco legal que valore el esfuerzo y el trabajo a través de la cultura de la evaluación como forma de progreso, teniendo como fundamento del crecimiento de la Administración Pública y de sus propios empleados los principios de mérito y capacidad, y de ahí que la evaluación del desempeño sea un instrumento no solo adecuado, sino necesario para mejorar su eficiencia.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

Arroyo Yanes, L. M. (1994): *La Carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

- Bolado Alonso, J. (2019): *La Evaluación del desempeño en la Administración Autónoma de Cantabria. Utopía o realidad, una propuesta metodológica*. Imprenta Regional de Cantabria.
- Diario de sesiones de las Cortes constituyentes nº 153, de 29 de marzo de 1837 pp.2362-2363 https://app.congreso.es/est_sesiones/
- García García, M^a. J. (2008): «Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: Su plasmación en el estatuto de empleo Público». *Revista Jurídica de Castilla y León*, N°15 mayo, pp. 129-156.
- Garrido Falla, F. (1985): *Reformas de la Función Pública*. Discurso leído el día 19 de febrero de 1985, en el acto de su recepción pública como académico de número. Editorial Tecnos.
- Gutiérrez Reñón, A. (1987): «La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas». *Revista Documentación Administrativa*, INAP, nº 210-211, pp. 29-70.
- Jiménez Asensio, R. (1989): *Políticas de selección en la función Pública Española (1808-1978)*, Madrid: Instituto Nacional de Administraciones Públicas.
- López Garrido, D. (1993): «El acceso a la función pública en la Europa de los doce», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 35, pp. 140-141.
- Meseguer Yebra, J. (1999): «El derecho fundamental del artículo 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas». *Revista General de Derecho*, nº 660, pp. 10699-10718.
- Muñoz Llinás, J. I. (2013): «La Carrera Administrativa en los orígenes del constitucionalismo español: 1812-1918». *Revista de Derecho UNED*. nº12 Madrid, pp. 595-618.
- , (2019): *La Función Pública en España: 1827-2007*. Boletín Oficial del Estado. Madrid https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DH-2019-114 consultado el 8 de mayo.
- Palomar Olmedo, A. (2016): *Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos* (11^a edición). Dykinson.
- Parada Vázquez, R. Fuentetaja Pastor, J. (2013). *Derecho de la Función Pública. Open Ediciones Universitarias*, S.L. Madrid.
- Prats i Catalá, J. (1995): «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito», *Documentación Administrativa*, nº. 241-242. pp. 11-59.

- Pro-Ruiz, J. (2006): *Bravo Murillo: Política de orden en la España Liberal*, Madrid, SINTESIS.
- Pulido Quecedo, M. (2005): *La Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (5ª edición), Editorial Aranzadi.
- Ruano Rodríguez, L. (1998): *Constitución, función pública y empleo laboral*, Editorial Aranzadi.
- Sánchez Morón, M. (1978): *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, Vol. II, Madrid, Edersa.
- , (2000): «Igualdad Mérito y capacidad en el empleo público», en: VV.AA., *El principio de Igualdad*, Madrid, Dykinson,
- Sánchez Piquero, J. (2015) (Tesis Doctoral): «Igualdad, Mérito y Capacidad en el Acceso a la Función Pública Docente no Universitaria». UNED.

Fuentes legales

- I. Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html
- II. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. https://www.ohchr/EN/UDHR/documents/UDHR_Traslations/spn.pdf Consultado el 8 de enero de 2021.
- III. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> Consultado el 8 de enero de 2021
- IV. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. http://www.Echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.
- V. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>
- VI. Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-10483>
- VII. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

Recursos electrónicos

Jackson, Andrew Biographical Directory of the United States Congress. Congreso the United States. Consultado el 12 de febrero de 2021.

<https://bioguide.congress.gov/search//bio/j000005>

—. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1852/6572/A00001-00002.pdf> consultado el 2 de junio de 2020.

Constitución de 1812. Consultado el 2 de febrero de 2021.

<http://www.unioviado.es/historiaconstitucional/index.php/historiaconstitucional/index>

Biblioteca de Historia Constitucional Martínez Marina. Consultado el 27 de enero de 2021.

<https://edit.um.es/blog/la-biblioteca-digital-saavedra-fajardo-de-pensamiento-politico-imcluye-la-revista-daimon-a-texto-completo>

Constitución de 1837. Consultado el 2 de febrero de 2021.

https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1837.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Consultado el 8 de enero de 2021.

https://www.ohchr/EN/UDHR/documents/UDHR_Traslations/spn.pdf

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Consultado el 8 de enero de 2021.

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. Consultado el 9 de enero de 2021.

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Constitución Italiana de 1947. Consultado el 12 de febrero de 2021.

http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Constituzione_ESP.pdf

Constitución Portuguesa de 1976. Consultado el 12 de febrero de 2021.

<https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PORTUGAL-Constitución.pdf>

Diario de sesiones de Las Cortes. Consultado el 14 de febrero de 2021.

https://app.congreso.es/est_sesiones

Biblioteca Miguel de Cervantes Sección Constituciones. Consultado el 14 de febrero de 2021

<http://www.cervantesvirtual.com/buscar/?q=constituciones>

Congreso:

https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1837.pdf

Web «InItinere»: <http://www.unioviado.es/constitucional/seminario/editorial/index.html> http://www.unioviado.es/constitucional/seminario/editorial/crbst_14.html

Considerations on Representative Government (1861) by John Stuart Mill Chapter XIV of the Executive in a Representative Government

<https://www.gutenberg.org/files/5669/5669-h/5669-h.htm>

Fuentes jurisprudenciales

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 75/1983 de 3 de agosto.

STC 50/1986, de 23 de abril.

STC 5911/1986, de 3 de noviembre.

STC 148/1986 de 25 de noviembre.

STC 193/1987, de 29 de octubre.

STC 73/1988, de 21 de abril.

STC 71/1989, 20 de abril.

STC 67/1989 de 18 de abril.

STC 24/1990 de 15 de febrero.

STC 27/1991, de 14 de febrero.

STC 163/1991 de 18 de julio.

STC 151/1992, de 19 de octubre.

STC 281/1993 de 27 de septiembre.

STC 269/1993 de 20 de septiembre.

STC 353/1993, de 29 de noviembre.

STC 365/1993, de 13 de diciembre.

STC 388/1993 de 23 diciembre.

STC 124/1994 de 25 de abril.

STC 185/1994, de 20 de junio.

STC 228/1994, de 18 de julio.

STC 185/1995 de 14 de diciembre.

STC 48/1998 de 2 de marzo.

STC 239/2004, de 29 de junio.

STC 30/2008, de 25 de febrero.

STC 87/2008, de 21 de julio.

DE LA MOVILIZACIÓN A LA ORGANIZACIÓN:
EL VIAJE DEL MOVIMIENTO VECINAL
A LAS ASOCIACIONES DE VECINOS TRAS
LA LEY DE ASOCIACIONES DE 1964

FROM MOBILIZATION TO ORGANIZATION: THE JOURNEY
OF THE NEIGHBORHOOD MOVEMENT TO NEIGHBORHOOD
ASSOCIATIONS FOLLOWING THE LAW OF ASSOCIATIONS
OF 1964

Ricardo Esteban Bouzas Mendes

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la UNED

Sumario: *I. Introducción. II. Los movimientos sociales. III. El movimiento vecinal. A. La ciudad, elemento básico del Movimiento Vecinal. B. Origen del Movimiento Vecinal. IV. La ley de asociaciones de 1964, un hito. V. Las asociaciones de vecinos, la institucionalización del movimiento vecinal. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

Resumen: El Movimiento Vecinal en España surgido en los últimos años del franquismo, se convirtió en un pilar de resistencia civil y educación democrática. Este trabajo destaca cómo las asociaciones vecinales, enfrentándose al régimen autoritario, se convirtieron en «escuelas de democracia», influenciando significativamente la transición a la democracia y la conformación de un nuevo modelo de ciudad. A través de la demanda de mejoras urbanísticas y servicios públicos, estas organizaciones promovieron una visión de ciudad más inclusiva y participativa, marcando un cambio en el urbanismo y la gestión local. La Ley de Asociaciones de 1964, pese a su intención original de restringir la organización social, irónicamente facilitó la formación y expansión de las asociaciones vecinales, permitiendo su

consolidación como fuerzas de cambio durante y después del franquismo. Estas asociaciones no solo desafiaron al régimen, sino que también jugaron un rol crucial en la democratización de España y en la promoción de un urbanismo más equitativo.

Palabras clave: Movimiento Vecinal, Franquismo, Democracia participativa, Urbanismo. Ley de Asociaciones de 1975.

Abstract: The neighborhood movement in Spain, which emerged in the last years of Franco's regime, became a pillar of civil resistance and democratic education. This work highlights how neighborhood associations, facing the authoritarian regime, became «schools of democracy,» significantly influencing the transition to democracy and the formation of a new city model. Through the demand for urban improvements and public services, these organizations promoted a more inclusive and participatory city vision, marking a change in urban planning and local management. The Law of Associations of 1964, despite its original intention to restrict social organization, ironically facilitated the formation and expansion of neighborhood associations, allowing their consolidation as forces of change during and after Franco's regime. These associations not only challenged the regime but also played a crucial role in the democratization of Spain and in promoting more equitable urban planning.

Key words: Neighborhood movement, Francoism, Participatory democracy, Urban planning, Law of Associations of 1975.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de transición de la dictadura franquista hacia la democracia constitucional española ha sido considerado por gran parte de la historiografía como un ejemplo paradigmático de «proceso político pacífico». Desde noviembre de 1975, con la muerte del dictador Francisco Franco, hasta finales del año 1978, con el establecimiento de una constitución y un régimen democrático transcurrieron apenas tres años, lo que se ha considerado generalmente como un proceso rápido. Sin embargo, hay críticos de este enfoque que argumentan que el período de transición no fue tan pacífico como se ha querido ver y que hubo importantes tensiones y conflictos más o menos visualizados durante este período, y exponen que el Estado y los poderes franquistas no desaparecieron inmediatamente después de la muerte de Franco, ya que los líderes gubernamentales del régimen franquista y militares tuvieron una gran influencia en la política española durante bastante tiempo. Además, se llevaron a cabo grandes manifestaciones

y huelgas en España durante el período de transición, y hubo casos graves de violencia política.

El historiador Paul Preston¹ ha argumentado que la transición no fue tan pacífica como comúnmente se describe y que hubo muchos conflictos y tensiones importantes durante este período. En su libro «El gran manipulador: la mentira cotidiana de Franco», señala que el régimen de Franco mantuvo una gran influencia en la política española tras su muerte, y que los líderes políticos del país de entonces hicieron grandes esfuerzos para defenderse de una posible reacción militar por parte de un ejército todavía afín al franquismo. Por otro lado, el politólogo Pablo Simón² argumenta que la transición española no fue tan pacífica como suele describirse, pues hubo momentos de violencia política durante este período. En la obra «El príncipe moderno: Democracia, política y poder», Simón subraya el valor de los conflictos y las tensiones en la construcción de la democracia, y argumenta que estos procesos no pueden considerarse tan sencillamente como «pacíficos» o «no violentos». Generalmente, estas críticas argumentan que la idea de una transición pacífica en España simplifica en exceso la complejidad de este proceso de la historia y que es importante considerar las tensiones y conflictos que existieron durante esta fase.

En cualquier caso, no se puede negar que la transición española supuso un importante hito en la historia de nuestro país y en la construcción de la democracia europea. Y esto se debe a la cooperación y el compromiso de todas las partes interesadas, incluidos los líderes políticos, las organizaciones de la sociedad civil y la toda la ciudadanía en general.

Aunque desde la crisis económica que se inició en el año 2008 la visión favorable a los enfoques más optimistas se han ido difuminando, tras 30 años de una opinión muy favorable al proceso de transición por gran parte de la sociedad española. Las diferentes escuelas historiográficas de nuestro país han adoptado posturas encontradas respecto al protagonismo colectivo de la sociedad civil para la consecución de la democracia.

Así autores como Manuel Ortiz³ subrayan «los aspectos culturales y la identidad colectiva de quienes salieron a la calle para reivindi-

¹ PRESTON, P., *El gran manipulador: La mentira cotidiana de Franco*. Debate, 2022.

² SIMÓN, P., *El príncipe moderno: Democracia, política y poder*. Debate, 2018.

³ ORTIZ HERAS, M., CASTELLANO LÓPEZ, J. A. y MARTÍN GARCÍA, O., «Historia social y política para una transición. El cambio desde abajo y la construcción

car el cambio», que construyeron unas «identidades colectivas que arremetieron contra la dictadura y pusieron parte de las bases de la democracia». En contra de esta opinión, hay posturas como la de Álvaro Soto⁴, que ha reprochado el gran peso que se le da a la acción colectiva y a la minimización que se ha dado a la crisis interna y al aperturismo del régimen franquista. Manuel Redero⁵ opina de forma parecida a Álvaro Soto, al establecer que en el relato actual se sobrevalora «la perspectiva social del cambio». Autores como Carlos Seco⁶ establecen el protagonismo de un único autor, en este caso de la corona, prácticamente como única actora responsable de lograr la transición a la democracia desde el Franquismo.

Otros autores, como Javier Tusell⁷, han integrado todos los elementos, estableciendo el papel reformista del franquismo de la última etapa, la importancia de los líderes de la oposición, del papel del rey, de todos los poderes fácticos, como el poder militar, los medios de comunicación, la jerarquía eclesiástica y el poder económico. Es decir, el pueblo español en su conjunto, incluyéndolos nuevos movimientos sociales (incluido por tanto el Movimiento Vecinal) que se habían articulado en el ocaso del franquismo, para poder explicar por completo la autoría del cambio político sucedido en España, en este periodo acotado de nuestra historia. También destaca la presión internacional y la necesidad de integrarse en Europa como papel fundamental en la decisión de las élites políticas de avanzar hacia la democracia. La sociedad española se fue, de alguna manera, preparando incluso antes de la muerte de Franco para caminar hacia la democracia.

Así, tradicionalmente el proceso de transición se ha asociado a las figuras de los líderes políticos de la época, principalmente al Rey Juan Carlos I, y al primer presidente del gobierno de la democracia, Adolfo Suárez, como a líderes políticos a la izquierda del primer gobierno, que fueron activos opositores en su día al Franquismo, como Felipe González del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), que llegaría en 1982 a presidir el primer gobierno socialista de este periodo o Santiago Carrillo (PCE).

de una nueva autonomía: Castilla-La Mancha». *Historia Actual Online*, 14, 2007, 115-126, pág. 116.

⁴ SOTO CARMONA, A., *¿Atado y bien atado? Institucionalización y crisis del franquismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

⁵ REDERO SAN ROMÁN, M., «Apuntes para una interpretación de la transición política en España». *Ayer*, 36, 1999, pág. 263.

⁶ SECO SERRANO, C., *La Corona en la transición española, Historia de la transición 1975-1986*. Alianza, 1996, pág. 138-159.

⁷ TUSELL, J., «La transición a la democracia en España como fenómeno de Historia política». *Ayer*, 15, 1994, pág. 55-76.

Pamela Beth Radcliff⁸ sostiene que la transición democrática se produjo en España gracias a la presencia de una sociedad civil fuerte y activa que se había consolidado durante el final de la dictadura y que fue capaz de movilizarse para reclamar democracia y derechos civiles, subrayando el papel de los sindicatos, los partidos políticos y los nuevos movimientos sociales en este proceso y la importancia de la cooperación entre estos actores para lograr una transición pacífica y estable. Si bien, Radcliff señala que la sociedad civil tenía significativas limitaciones, como la falta de experiencia democrática y la gran influencia que tenía la Iglesia en la sociedad española. La autora recalca el papel central de los partidos y de los líderes políticos en la construcción de una serie de consensos fundamentales para el éxito de la transición democrática de España.

En mi opinión, encomendar la consecución de la democracia solamente a una serie de nombres propios sería un grave error de perspectiva. La necesidad de cambio era palpable por toda la sociedad. En la España de la década de los años setenta nuestro país gozaba de una gran movilización social a través de movimientos sociales como el obrero y el estudiantil, e incluso en el propio seno de la Iglesia Católica, que buscaban la instauración de la democracia, que fue carcomiendo los cimientos de la dictadura franquista y que incluso condicionó a los propios componentes del gobierno franquista, imposibilitando en mi opinión la sucesión de Francisco Franco tras su muerte por otro dictador.

Pero además de estos movimientos sociales tradicionales en la España de esta época, se había iniciado un movimiento nuevo, vinculado al rápido proceso de urbanización de la sociedad, influido principalmente por la gran migración que hubo en esta época del campo a las ciudades, a través de los movimientos vecinales que fueron surgiendo en los distintos barrios de las diferentes urbes españolas, agrupando a personas con diferentes particularidades. Un movimiento mucho más transversal, que fue más allá del movimiento obrero tradicional que aglomeró a mujeres y hombres para reclamar sus derechos y peticiones materiales y fueron avanzando a reivindicaciones de mayor calado político, enriqueciéndose de perspectivas de género, de distintas generaciones, e incluso de distintas clases sociales.

Un movimiento que partió de las bases, que incorporó la lucha por la libertad y la democracia a las calles de España, y que contribu-

⁸ RADCLIFF, P. *La construcción de la ciudadanía democrática en España: La sociedad civil y los orígenes populares de la Transición, 1960-1978*, Universitat de València, Valencia, 2019.

yó a la recuperación de las libertades y al éxito del proceso político iniciado.

II. LOS MOVIMIENTOS SOCIALES

Para los sociólogos Jorge Riechmann y Francisco Fernández⁹ los movimientos sociales son un agente que actúa con gran intensidad en el proceso de transformación social, bien promoviendo ellos mismos los cambios o enfrentándose a ellos. Estos autores clasifican los movimientos sociales en dos tipos: adscriptivos o inclusivos. Los primeros serían aquellos cuyos componentes tendrían una serie de perfiles comunes, como puede ser la pertenencia a un género concreto, a una minoría étnica concreta, tener una cierta inclinación sexual, etc., que combaten exclusivamente por los derechos de este grupo social. Ejemplos paradigmáticos de este tipo de movimiento sería el movimiento LGTBI (Lesbianas, Gais, Bisexuales, Trans e Intersexual) o la comunidad negra organizada contra el racismo. Frente a estos grupos conformados únicamente por individuos con rasgos concretos, estarían aquellos movimientos sociales considerados inclusivos, en los que cualquier individuo, indistintamente de sus características personales, podría unirse para la consecución de unos objetivos y que tratan temas sociales de una forma más genérica y amplia. El Movimiento Vecinal estaría por tanto englobado en esta última clasificación, de grupo inclusivo, pues cualquier persona que se posicione con las reivindicaciones del movimiento puede adscribirse al mismo, y ser actor en la lucha para consecución de sus objetivos.

Los movimientos sociales, según Rafael Núñez Florencio¹⁰, son comunidades de un tamaño relativamente grande que tienen su origen ante un contexto de injusticia social, de una manera —más o menos automática—, vinculada al contexto con un objetivo definido con el fin de provocar transformaciones sociales. Este historiador considera que los movimientos sociales deben diferenciarse de otras conductas colectivas, como puede ser la moda; es decir a un tipo de conducta que está en boga durante un espacio de tiempo basado en el principio de conformidad. O a un comportamiento espontáneo de masas, es decir, en contraposición al ejercicio propio de una turba, de una muchedumbre de personas confusa y desordenada que protesta es-

⁹ RIECHMANN, J. y FERNÁNDEZ BUEY, F., *Redes que dan libertad. Introducción a los nuevos movimientos sociales*, Paidós, Barcelona, 1994, pág. 47.

¹⁰ NÚÑEZ FLORENCIO, R., *Sociedad y política en el siglo XX. Viejos y nuevos movimientos sociales*, Editorial Síntesis, Madrid, 1993, pág. 19.

pontáneamente por un motivo concreto y emergente en un momento determinado. Así para la existencia de un movimiento social es fundamental su permanencia en el tiempo y cierto grado de organización.

En cuanto a la diferencia de estos nuevos movimientos sociales, frente a los tradicionales como partidos políticos o sindicatos sería la contraposición a la dogmática ideológica, es decir, habría en estos movimientos un grado muy grande de espontaneidad e improvisación con una organización mucho más flexible y ágil, muy alejada de la militancia tradicional, y a la organización jerárquica en forma piramidal, con una participación muchas veces vinculada incluso al contexto festivo, como será también característico en muchas asociaciones vecinales. Serían por lo tanto formas de movilización social novedosas en nuestro país para conseguir objetivos sociales¹¹.

En cuanto a la estructura, respecto a los movimientos tradicionales, nos alejaríamos del componente aglutinante de la clase social, típica de partidos y de sindicatos hasta ese momento, con la participación tanto de clases medias como de clase obrera en el Movimiento Vecinal¹². Será un movimiento capaz de agrupar a un gran número de personas que habitan un ámbito territorial determinado como puede ser un barrio, o una localidad concreta. Conformado por personas de distinto extractos sociales, desde profesionales liberales, comerciantes locales, hasta el concepto de obrero clásico. Agrupando distintas generaciones, y conformado tanto por hombres como por mujeres. El rasgo que caracteriza a este movimiento es la unión de todos a un pequeño espacio territorial concreto, habitualmente el barrio.

Este tipo de movimientos sociales de nuevo cuño tienen su origen en la lucha estudiantil del mayo francés del año 1968, en la defensa de los derechos civiles a través de la acción no-violenta, conservando rasgos en opinión del Rafael Núñez¹³ propios del anarquismo clásico, a través de la acción directa y su estructura asamblearia y abierta, que rehúye de la democracia delegada propia de otros movimientos institucionales. Estos rasgos organizativos serán las características fundamentales de las asociaciones vecinales. El Movimiento Vecinal, al igual que los nuevos movimientos sociales que surgen en Europa y en otros países occidentales, está en parte motivado por la falta de credibilidad que tienen los ciudadanos en los cauces de participación

¹¹ *Ibid.*, pág. 20.

¹² *Ibid.*, pág. 276.

¹³ *Ibid.*, pág. 276.

institucional, buscando formas de participación más directas¹⁴. En opinión de autores como Claus Offe, esta informalidad constituye un desafío a la existencia, pues lograr una acción exitosa puede suponer ser la única forma de sobrevivir¹⁵ ante la inexistencia de estructuras rígidas.

Para Jordi Borja¹⁶, urbanista, el Movimiento Vecinal por sus características, y al desarrollar sus acciones en la ciudad, en el contexto de la lucha por mejorar las condiciones de vida en la misma con firmes concretos en materia de vivienda, de urbanismo, sanidad, transporte, educación, etc. es eminentemente urbano, siendo las asociaciones vecinales en el ámbito rural excepcionales. A diferencia de los postulados clásicos de la historiografía política, que inciden en el aspecto material y la esfera socioeconómica para la conformación de grupos políticos, el Movimiento Vecinal surge de una manera distinta, que permite que las identidades de los individuos que engloban permanezcan abiertas y diferenciadas.

Según Charles Tilly¹⁷, los movimientos sociales requieren de tres elementos claros para su existencia, que el Movimiento Vecinal español tendría, que serían: campañas, repertorios y demostraciones de WUNC (valor, unidad, número y compromiso, por sus siglas en inglés):

- Las campañas, que serían un esfuerzo público y organizado para trasladar las reivindicaciones al poder.
- El repertorio, que sería el uso de herramientas de actuación política, tales como reuniones, mítines, manifestaciones, actos políticos, etc.
- Y las manifestaciones públicas y concertadas, donde se reflejaría el valor, la unidad, el número y compromiso de sus miembros, para poder ser tenidos en cuenta por su impacto en la sociedad.

En la teoría de los movimientos sociales¹⁸, una «ventana de oportunidad» es el momento oportuno en el que la situación política y

¹⁴ LARAÑA, E. y GUSFIELD, J., *Los nuevos movimientos sociales. De la ideología a la identidad*, CIS, Madrid, 1994, pág. 6.

¹⁵ OFFE, C., *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Editorial Sistema, Madrid, 1988, pág. 221.

¹⁶ BORJA, J., *Movimientos sociales urbanos*, Editorial Siap-Planteos, Buenos Aires, 1975, pág. 12.

¹⁷ TILLY, C., *Los movimientos sociales, 1768-2008. Desde sus orígenes a Facebook*, Crítica, Barcelona, 2009, pág. 22.

¹⁸ TARROW, S., *El poder en movimiento: Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Alianza, Madrid, 2018.

social permite a un determinado movimiento influir decididamente en la política y la sociedad.

Según Tarrow, se abre una «ventana de oportunidad» cuando hay una crisis o una pérdida de poder de las instituciones establecidas, creando una oportunidad para que los movimientos sociales ejerzan influencia y puedan establecer sus propias agendas. Las ventanas de oportunidad también pueden surgir cuando cambia la opinión pública o cuando el poder político está dividido. Tarrow destaca que el éxito de los movimientos sociales a la hora de aprovechar las ventanas de oportunidad se debe de una serie de factores, que incluye la capacidad para tener una organización y movilización eficaces, la capacidad de formar coaliciones y alianzas con otros grupos, y la capacidad de tener unas demandas políticas claras y alcanzables. El autor señala también que las «ventanas de oportunidad» suponen tanto oportunidades como riesgos para los movimientos sociales. Si un movimiento social no logra aprovechar una oportunidad, puede sufrir una gran derrota y perder impulso en el futuro. Pero, si un movimiento social aprovecha debidamente una ventana de oportunidad, tendrá un impacto significativo en la política y la sociedad.

Para lograr esta influencia¹⁹, el movimiento social tendría varias formas de acción colectiva, desde la protesta y la movilización hasta la negociación y participación en procesos políticos formales, con una 'movilización desde abajo' con participación de ciudadanos comunes en movimientos sociales y protestas. Tarrow también destaca en su obra el papel de las emociones en la acción colectiva, argumentando que emociones como el enfado, la ira y la solidaridad pueden desempeñar un papel importante en la movilización y la protesta, ya que pueden inspirar a las personas a actuar colectivamente para promover sus intereses y defender valores de manera conjunta.

El Movimiento Vecinal sería un paradigma de «movilización desde abajo», donde los ciudadanos se organizan para luchar contra las políticas y decisiones que afectan su vida cotidiana. Los movimientos vecinales serían particularmente efectivos para generar cambios a nivel local y defender los derechos de los ciudadanos. El autor destaca la importancia concreta para este movimiento de las redes y alianzas del que logren con otros sectores de la sociedad, ya que pueden fortalecer su capacidad de movilización y presión sobre las autoridades.

¹⁹ ENRÍQUEZ SÁNCHEZ, J .M., *La lucha por los derechos: a partir del despliegue histórico de la idea de inobediencia y sus formas*, Marcial Pons, 2016.

III. EL MOVIMIENTO VECINAL

A. La ciudad, elemento básico del Movimiento Vecinal

La ciudad siempre ha tenido grandes connotaciones filosóficas a lo largo de la historia en la literatura académica, tanto de esperanza y utopía, como para aquellas posiciones que la consideran un espacio de degradación moral. Con el auge del liberalismo, y la revolución burguesa, la ciudad se reivindicó como un espacio ideal para desarrollar las libertades personales y políticas, y un espacio ideal para el progreso social y económico. Esta visión de libertad fue muchas veces vinculada al anonimato y al individualismo que se da en estos grandes espacios, frente a la represión que se da en el medio rural. La configuración utópica de la ciudad fue trasladada al urbanismo por autores como Le Corbusier²⁰, que buscaba que las ciudades fueran los lugares más ideales para la vida, centradas en las necesidades de las personas. Pero estas tesis no evitaron que, durante el siglo xx, y con el rápido crecimiento económico de este siglo se convirtieran las ciudades en lugares enormemente despersonalizados y desorganizados, donde en muchas ocasiones la vida no era fácil. La disgregación social, con barrios pobres en la periferia de la ciudad frente a un centro urbano diseñados por los ricos, sería un elemento más propio del capitalismo²¹, que, en opinión de muchos autores, reflejaría una muestra más de cómo se configura el sistema capitalista, que se repite en todos los elementos de la sociedad, no siendo la geografía urbana, por tanto, ajeno a ello.

La disgregación y los problemas sociales asociados a esta configuración del entorno urbano son para muchos autores el elemento fundamental que dio origen al nacimiento del Movimiento Vecinal. Así el sociólogo Manuel Castells ha sido uno de los autores más fructífero en analizar esta cuestión, ya desde el año 1976²² donde estableció que la ciudad era parte del modo de producción capitalista, donde trata la hipótesis del «conflicto urbano», como una forma más de conflicto social. Castells, de tendencia marxista, avanzó pronto el papel que ha tenido del Movimiento Vecinal en la ciudad²³ considerando que las

²⁰ SOLER MACHADO, A.; BREGOLIN, E., «La poética del urbanismo de Le Corbusier: arte y función en la ciudad moderna», *LE CORBUSIER. 50 AÑOS DESPUÉS*, 2016, págs., 2147-2162.

²¹ BORDETAS JIMÉNEZ, I. *Nosotros somos los que hemos hecho esta ciudad: autoorganización y movilización vecinal durante el tardofranquismo y el proceso de cambio político*. Universitat Autònoma de Barcelona, 2012.

²² CASTELLS, M., *La cuestión urbana*, Madrid, Siglo xxi, 1976.

²³ CASTELLS, M., *Ciudad, democracia y socialismo: la experiencia de las asociaciones de vecinos en Madrid*, Siglo xxi, 1977.

instituciones del Estado, como otro elemento capitalista más, eran incapaces de asegurar los medios materiales necesarios más básicos a sus ciudadanos. Incorporó en su obra la problemática urbana y subrayó la relevancia que tuvieron los movimientos urbanos de la ciudad de Madrid y su contorno en una categoría colectiva distinta a la obrera y estudiantil. Castells destaca en su obra el carácter obrero y la segmentación en clases de la ciudad como elementos fundamentales del Movimiento Vecinal, pero reconoce que es un fenómeno que en la práctica es interclasista, e incluso, en cierto grado «apolítico»²⁴. En esta obra también destaca el papel del Movimiento Vecinal en el final de la dictadura y en la llegada de la democracia. Desde sectores cristianos, como Javier Angulo Uribarri²⁵ destaca la interacción del Movimiento Vecinal y el poder público destacando la importancia de los intereses inmobiliarios como razón de ser del mismo. Tomás Rodríguez-Villasante²⁶ retrató tres actores propios del Movimiento Vecinal según su grado de participación, un primer grupo, de marcado carácter ideológico, un sector activo y una red de simpatizantes que participaba puntualmente. Destacó en su obra la dimensión anti-capitalista de este movimiento, su identidad obrera y recalcó también el importante papel que tuvo en el fin del franquismo, destacando la problemática urbanística como origen del movimiento.

Alice Gail Bier²⁷ analizó el inicio de las asociaciones de vecinos de dos ciudades, Mataró en Barcelona y Alcalá de Henares en Madrid, y subrayó las características comunes que motivaron este proceso, que se dio en las ciudades más industrializadas del país y que habían tenido un crecimiento muy rápido, con una falta de recursos y servicios que habían llevado a los vecinos a impulsar el movimiento para lograr suplir estas carencias.

Se estima que entre 1960 y 1973 el 15% de la población cambió de lugar de residencia dentro de España, abandonando el medio rural y conquistando las principales ciudades industriales de España, así como las capitales de provincia²⁸. Destacando el crecimiento urbano de las ciudades de Madrid, Barcelona, Valencia y Bilbao. En los primeros años del siglo xx, solamente un tercio de la población española

²⁴ CASTELLS, M., *La ciudad y las masas sociología de los movimientos sociales urbanos*, Alianza Editorial, 1986.

²⁵ ANGULO URIBARRI, J., *Cuando los vecinos se unen*, PPC, 1972.

²⁶ VILLASANTE, T., *Comunidades locales: análisis, movimientos sociales y alternativas*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.

²⁷ GAIL BIER, A., *Crecimiento urbano y participación vecinal*, CIS, 1980.

²⁸ BURBANO TRIMIÑO, F. A., *Las migraciones internas durante el franquismo y sus efectos sociales: el caso de Barcelona*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013.

residía en núcleos urbanos (de 10.000 habitantes o más). El crecimiento urbano será sostenido en las primeras décadas del siglo, pero será fuertemente incrementado a partir de la década de los años 50, cuando por fin la población urbana supera la rural, dada las nuevas oportunidades que se dan en el entorno urbano. Con la llegada de la democracia, en los años 80 del siglo xx serán 2/3 de la población de nuestro país ya la que habitan núcleos urbanos. La emigración del campo a la ciudad fue el fenómeno social más destacado en términos de población durante la dictadura franquista. La ocupación de los españoles pasó de ser la propia del medio agrario tradicional a tener en el sector industrial y de servicios como motor económico

Este rápido proceso demográfico conformó en torno a las ciudades poblados chabolistas, casas precarias de autoconstrucción, extensos polígonos de vivienda privada motivadas por un negocio del ladrillo que apenas tuvo planificación por las autoridades respectivas y carecía de dotación de servicios públicos e infraestructuras que produjo un rápido proceso de suburbanización en España²⁹. La corrupción propia de los booms económicos, los intereses del capital inmobiliario y el nulo control del poder público fue constante en este periodo, donde se impuso una lógica capitalista fundamental, la del beneficio, que concentró en manos de pocas empresas constructoras esta actividad y que prescindió de una lógica social, dejando estos barrios vacíos de infraestructuras y equipamientos necesarios para la vida digna de sus nuevos habitantes.

Estas carencias materiales, y la falta de arraigo de los nuevos habitantes se convertirá como veremos en una cuestión fundamental para el futuro de la ciudad y de la sociedad en general, generando una nueva historia urbana³⁰. Esta situación material se daba en un clima de un elevado control social por parte del régimen dictatorial franquista, con un gran poder coercitivo y sin canales de participación política que pudieran llevar a cabo las aspiraciones de los moradores de estos lugares, que solo podrían mostrar su descontento en su entorno más inmediato, en clandestinidad.

En cuanto a las ciudades y a la problemática de la vivienda, ya en el propio año 1939, en el que tuvo fin la guerra civil el régimen franquista crea el Instituto Nacional de la Vivienda (INV), con el fin de atajar la escasez de viviendas, en un principio a través de la finan-

²⁹ SORRIBES, J., *Desarrollo capitalista y proceso de urbanización en el País Valenciano*, Institución Alfonso el Magnánimo, 1985.

³⁰ OYÓN, J.L. y SERRA-PERMANYER, M., «Historia urbana: el espacio no es inocente». *Historia contemporánea*, 39, 2009.

ciación de vivienda, que en 15 años llegó a financiar 160.000 hogares construidos. En el año 1944 el gobierno franquista, a través de un Decreto-Ley concederá grandes beneficios a las empresas constructoras, que se traducirá en un acceso a la vivienda más asequibles para las clases más privilegiadas, pero que perpetuó la falta de vivienda para las clases más bajas³¹.

En los siguientes años, con la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana del año 1956, y el nacimiento del Ministerio de la vivienda el siguiente año, se crea la vivienda «subvencionada» que permite que las empresas inmobiliarias lleguen a una población más humilde, asociada con el sector bancario³², pero que no será suficiente para atajar de todo el problema del acceso de la vivienda. Aun así, en el año 1961, según el Instituto de Cultura Hispánica el déficit de viviendas en España se estimaba en un millón³³. Las actuaciones urbanísticas desarrolladas en esta época se caracterizaban principalmente por la ausencia de equipamientos públicos básicos para los nuevos moradores y la baja calidad de las viviendas.³⁴ El rápido crecimiento de la población en España fue en esta época muy superior a las posibilidades y previsiones que podrían tener las autoridades y se alcanzaron algunos hitos históricos en este tiempo que demuestran la voracidad del crecimiento urbano, así, por ejemplo, la Barcelona del año 1977 será la segunda ciudad con mayor densidad de población después de Calcuta³⁵. En el año 1956, como retrata Manuel Castells³⁶, una quinta parte de los habitantes de Madrid vivían en chabolas, y en el año 1974, Madrid ya cuenta con más de cuatro millones de habitantes, y más de la mitad de ellos sufren malas condiciones en su vivienda, aun teniendo el 70% de ellas una antigüedad inferior a los 25 años³⁷. Los casos de viviendas recién construidas que sufrían serios defectos al estrenarse e incluso los capítulos de derrumbes de estas fueron habituales en este periodo. Incluso entre la población de la época se

³¹ TARRAGÓ, M., *Política urbana y luchas sociales*, Editorial Avance, Barcelona, 1976, pág. 44.

³² GARCÍA CUESTA, J.L., *De la urgencia social al negocio inmobiliario. Promoción de viviendas y desarrollo urbano en Valladolid (1960-1992)*, Ayuntamiento de Valladolid y Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000, pág. 25.

³³ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.A., *Promoción oficial de viviendas y crecimiento urbano de Valladolid*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1991, pág. 15.

³⁴ VVAA, *Cambiar Madrid*, Editorial Ayuso, Madrid, 1979, pág. 80.

³⁵ LUZÁN, J: «Salvar Barcelona para la democracia», *Triunfo* ,734, Madrid, 1977, pág. 38.

³⁶ CASTELLS, M., *La ciudad y las masas*, O.c., pág. 306.

³⁷ *Ibid.*, pág. 306

referirían a estas viviendas como chabolas verticales, en una clara alusión irónica al Sindicato Vertical³⁸.

En cuanto a la estructura política de los municipios de esta época, se podría decir que los municipios españoles tenían una organización de tipo pseudoestamental, donde la participación ciudadana estaba restringida. La organización municipal era articulada a través de la Ley de Régimen Local de 1955³⁹, donde los alcaldes de los ayuntamientos eran nombrados en las capitales de provincia y en los municipios con más de 100.000 habitantes por el ministro de Gobernación. En los restantes municipios de menor tamaño el encargado de la elección del alcalde será el Gobernador Civil de la provincia correspondiente. La duración del mandato era a priori indefinida y el alcalde solamente sería cesado cuando así lo dispusiera el Gobierno por razones de interés público, por lo que las opciones de cambio y alternancia de programas políticos serán nulas. Los concejales también tendrán un mandato de duración indefinida, y se elegirían a través de la llamada regla de los tres tercios; uno primero entre el censo electoral constituido por los cabezas de familia y mujeres casadas, mayores de 21 años por sufragio censitario. Otro tercio del pleno municipal estaría formado por quienes nombrasen los organismos sindicales del territorio en cuestión. Y un último tercio por los concejales elegidos en los dos grupos, de entidades de tipo económico, profesionales, culturales o de reconocido prestigio, siempre que estos figurasen en la lista del Gobernador Civil⁴⁰.

Los centros históricos de las ciudades siguen siendo en esta época los lugares donde se concentran las dotaciones de servicios, mientras que la periferia simplemente suple la necesidad de habitación, desarrollándose un tipo de urbanismo conocido como de «ciudad-dormitorio».

Luis Morel,⁴¹ menciona que los promotores inmobiliarios tenían la posibilidad de elegir el nivel de parcela, en vez del polígono, lo que permitía a estos eludir la construcción de equipamientos colectivos, con el consiguiente ahorro y una vez que la empresa constructora

³⁸ *Ibid.*, pág. 307

³⁹ Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 191, de 10 de julio de 1955.

⁴⁰ TARRAGÓ, M., *Política urbana*. O.c., pág. 36.

⁴¹ MORELL OCAÑA, L., «Movimientos sociales urbanos. Presupuestos para sus análisis», *Revista de administración pública*, 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1977, pág. 512-514.

desaparecía de escena serían los nuevos propietarios de esas viviendas, en virtud de la Ley de Régimen Local de 1966⁴², quienes debieran abonar con contribuciones especiales a sus ayuntamientos para poder dotar al barrio de esos servicios y equipamientos. Contribuciones que suponían un enorme esfuerzo fiscal a estos ciudadanos más desfavorecidos después de haber invertido sus escasos recursos económicos en la compra de la vivienda. A esta situación tributaria injusta para dotar de servicios estos nuevos barrios se unía la falta de inversión por parte de los municipios en los barrios de nueva construcción de la periferia, pues los insuficientes presupuestos municipales priorizaban las inversiones en el centro de la ciudad.

Así, la falta de interés por parte de las administraciones públicas hacia la periferia, la ausencia de planificación urbana y la falta de prestación de servicios básicos como la educación, la sanidad, o la cultura serán, en opinión de Pere Ysas⁴³, una bomba de relojería con muchas probabilidades de estallar, ante el poco margen de acción para hacer realidad las peticiones y súplicas, adoptándose en estos barrios una actitud antifranquista y un clima de solidaridad entre iguales.

B. Origen del Movimiento Vecinal

Los problemas sociales vinculados al entorno urbano y al contexto político que anunciaba el fin del régimen franquista habían originado una serie de acciones por parte de los vecinos y vecinas de los distintos barrios de nuestro país para dar a conocer su problemática y buscar soluciones efectivas. En una lucha constante por la dignidad de los barrios y las personas que en ellos habitan, surgieron acciones y formas de actuación dispares. Sin embargo, se puede destacar principalmente el carácter asambleario y abierto en la toma de decisiones de este nuevo movimiento social, ya que el movimiento nacía en cada barrio.

En el año 1975, con Francisco Franco y la dictadura agonizando, el Ministerio del Interior encargó un informe a la Policía para evaluar «la subversión en los barrios⁴⁴», lo cual es un valioso documento

⁴² Ley 48/1966, de 23 de julio, sobre modificación parcial del Régimen Local. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 176, de 25 de julio de 1966.

⁴³ YSAS, P., (2007). ¿Una sociedad pasiva? Actitudes, activismo y conflictividad social en el franquismo tardío, *Ayer*, 68, 2007, pág. 31-57.

⁴⁴ ARCHIVO DE LA ASOCIACIÓN VECINAL ZAIDÍN-VERGELES (AAVZV), *Plan Barrios*. Estudio sobre la subversión en los barrios, 1975.

para estudiar el origen de este movimiento social, su implantación e intuir parte de la influencia que ha tenido. En las conclusiones de este informe, consideran que el nuevo movimiento surgido en los barrios tenía una forma de actuar *«insidiosa con grandes posibilidades de arraigo en una masa que desconoce el verdadero rostro que se oculta o pueda ocultarse detrás de una Comisión de Barrio. La masa popular será fácilmente arrastrada a la realización de actos externos que siempre se les presentarán como apoyo necesario para la resolución de sus problemas»*⁴⁵.

El informe logra hacer un fiel retrato de cómo actúa este nuevo Movimiento Vecinal y destaca que actúa de forma distinta al resto de opositores del régimen franquista. En el informe se destacan elementos como la unidad, «una sola organización para cada Barrio», la utilización de mecanismos legales «para realizar el trabajo ilegal», la democracia en su funcionamiento y la importancia de la representatividad, «basándose en Asambleas de Vecinos». Además, se destaca el intento por salvaguardar su independencia «de cualquier otra organización popular»⁴⁶.

En cuanto a la implantación del movimiento, este informe es interesante, ya que toma como referencia la propaganda incautada. El informe relata que la primera propaganda incautada fue en Barcelona en abril de 1970, y que al año siguiente también se incautó en Madrid y Sevilla. En 1972, ya se conocía en al menos siete provincias, y en 1974 en un total de veintisiete. Según la propaganda conocida por la Policía, las provincias con mayor implantación eran Barcelona, Madrid, Valencia, Zaragoza, Sevilla y Navarra, en este orden ⁴⁷.

Tras la muerte de Franco⁴⁸, y hasta las primeras elecciones municipales en el año 1979, las relaciones entre las nuevas Asociaciones de Vecinos y las corporaciones locales crearon situaciones muy variadas ante un poder de origen franquista pero inmerso en un clima democratizador. En general, se destaca una falta de colaboración real entre ambas partes, a la espera de la primera cita electoral municipal en democracia.

Posteriormente, con las primeras elecciones el 3 de abril de 1979⁴⁹, muchos ayuntamientos entraron en contacto con el Movimiento Veci-

⁴⁵ *Ibid.* pág. 9.

⁴⁶ *Ibid.* pág. 10.

⁴⁷ *Ibid.* pág. 16.

⁴⁸ BORJA, J., *Por unos municipios democráticos. Diez años de reflexión política y movimiento ciudadano*, Instituto de estudios de Administración local, Madrid, 1986.

⁴⁹ *Ibid.* pág. 62

nal para intentar paliar aquellas urgencias más inmediatas. Además, los ayuntamientos adoptaron mecanismos de participación ciudadana para adaptarse a esta nueva realidad social, que buscaba una participación efectiva. Sin embargo, la crisis económica en la que estaba inmerso el país y las inmensas deudas heredadas de las corporaciones locales no cumplirán muchas veces con las expectativas de muchos vecinos y vecinas en las nuevas administraciones locales, lo que llevó al movimiento a continuar una lucha que perdura hasta nuestros días.

IV. LA LEY DE ASOCIACIONES DE 1964, UN HITO

Para entender del todo este movimiento, y su posterior articulación a través de una estructura formal, con la obtención de personalidad jurídica, no debemos de olvidar las posibilidades legales que existieron para crear esta estructura. Y la ley de Asociaciones del año 1964⁵⁰ hizo posible el surgimiento de las Asociaciones de Vecinos como tal. Así, es importante mencionar el marco legal de esta época, ya que para algunos autores⁵¹ y siguiendo la teoría del «marco de oportunidades» de Tilly⁵² o de «ventana de oportunidad» de Tarrow⁵³ y los «procesos enmarcadores»⁵⁴, para explicar el origen de este movimiento social en España, da una especial importancia a una «oportunidad legislativa», que permitió la dictadura franquista, y que fue la Ley de Asociaciones de 1964.

Para Rafael Cruz⁵⁵ la promulgación de esta normal legislativa fue una «fisura» importante permitida desde el franquismo que facilitó enormemente la configuración del asociacionismo en nuestro país. Este proceso se dio en un contexto de apertura del régimen, que cambió enormemente el cuerpo legislativo de la dictadura, que se había consolidado en los primeros años tras finalizar la Guerra Civil.

⁵⁰ Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 28 de diciembre de 1964.

⁵¹ PAZOS, F., «El movimiento vecinal en la Galicia urbana (1970-1980).» *Otras voces, otros ámbitos: Los sujetos y su entorno. Nuevas perspectivas de la historia sociocultural*. Universitat de València, 2015.

⁵² TILLY, C., TILLY, Charles. From mobilization to revolution. En *Collective violence, contentious politics, and social change*. Routledge, 2017, pág. 36.

⁵³ TARROW, S., *El poder en movimiento: Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, 3ªed., Madrid, Alianza, 2018

⁵⁴ TILLY, C., *From Mobilization to Revolution*. O.c., pág. 36.

⁵⁵ CRUZ, R., *Protestar en España, 1900-2013*, Madrid, Alianza Editorial, 2015, pág. 156.

Así a partir de finales de la década de los años 50 se promulgaron una serie de nuevas leyes, como la de 1958 de Convenios Colectivos, la Ley sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer de 1961, la reforma del Código Penal del año 1965, que entre otras cuestiones despenalizó los paros laborales que supusieron una tímida apertura del Régimen Franquista.

De esta manera, la Ley de Asociaciones del año 1964 posibilitó la creación formal de asociaciones no políticas, como serían las asociaciones vecinales. Esta posibilidad legal permitió que un grupo social de un determinado territorio se pudiera organizar, y mantener su acción en el tiempo. La modificación legal per se, no supone la aparición de un movimiento social, pero si consolidó un cierto tipo de estructura formal, sobre la que se asentará el Movimiento Vecinal. La principal diferencia de estas organizaciones sería la no adscripción a una clase social concreta, suponía el «bien común «de quienes habitaban en un ámbito territorial concreto por encima de la clase social, el poder político o la mera subsistencia»⁵⁶

Las asociaciones de vecinos, permitidas por la Ley de Asociaciones suponían una evolución histórica de otras sociedades que se podrían considerar en un principio afines; como las sociedades de socorros mutuos, o las cofradías asistenciales, e incluso los sindicatos o los partidos políticos.

El régimen franquista habría permitido esta «apertura»⁵⁷, con el fin, entre otros, de integrarse en diferentes organismos internacionales en un contexto de mayor industrialización y urbanización que en sus orígenes a principio de los años 40, teniendo incluso aspiraciones a entrar en la recientemente constituida Comunidad Económica Europea, creada por el Tratado de Roma de 1957 por Francia, Alemania Occidental, Italia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo.

La dictadura franquista estaba abandonando en esta década los rasgos propios de la autarquía económica que había sido un objetivo fundamental en los primeros años de dictadura, tras el aislamiento internacional provocado por la guerra civil española que llevó al caudillo del poder. En Europa las protestas fueron constantes en este periodo y la democracia avanzada era una realidad en el entorno geo-

⁵⁶ FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE VECINOS DE VALLADOLID, *25 Años haciendo ciudad 1980-2005*, Federación de Asociaciones de Vecinos de Valladolid, Valladolid, 2005, pág. 5.

⁵⁷ CRESPO MACLENNAN, J., «El europeísmo español en la época de Franco y su influencia en el proceso de democratización política», *Espacio, tiempo y forma. Serie V, Historia contemporánea*, 10, 1997, pág. 349-367.

gráfico más próximo a nuestro país. La sociedad española conocía esta realidad vecina y aspiraba a tener este nivel de vida y a alcanzar en algún momento la democracia.

Como explica Jordi Borja⁵⁸ «*En todos los tiempos han existido ilotas, colectivos aparcados en los suburbios, sin papeles*» que trabajaron por el «bien común» anteponiendo intereses personales, pero la Ley de Asociaciones de 1964 posibilitó su reconocimiento legal. A través de esta oportunidad legal que existió en España, al igual que sucedió en otros países que pertenecieron a dictaduras comunistas en el Este de Europa, los grupos disconformes tuvieron vías más permisivas para participar en la sociedad, y el resultado fue que la vida pública se fue democratizando de una manera muy progresiva en el tiempo⁵⁹.

Esta ley tendrá una gran importancia a lo largo del tiempo, ya que estuvo en vigor en el ordenamiento jurídico español hasta el año 2002, incluso después de la llegada de la democracia. Naturalmente, se adaptó a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. No fue sino hasta el comienzo del nuevo milenio, en el año 2002, que se promulgó una nueva Ley Orgánica de Asociaciones.

Podemos definir a cualquier tipo de asociación como un grupo de personas que, de manera voluntaria, se agrupan para realizar actividades de forma estable en el tiempo, con una organización independiente y sin ánimo de lucro⁶⁰. La actual Constitución Española aprobada en el año 1978, tras el final del franquismo, consagra el derecho de asociación en como un derecho fundamental, que goza de la máxima protección, estableciendo en su artículo 22⁶¹ que:

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

⁵⁸ BORJA, J., *La ciudad conquistada*, Alianza, Madrid, 2003, pág. 26.

⁵⁹ OBERSCHALL, A., «Oportunidades y creación de marcos en las revueltas de 1989 en el Este de Europa» en *Movimientos sociales: perspectivas compradas*, Madrid, Istmo, 1999.

⁶⁰ ALBERICH NISTAL, T., *Guía fácil de asociaciones. Manual de gestión para la creación, desarrollo y dinamización de entidades no lucrativas*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 23.

⁶¹ Constitución Española de 1978. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

Por lo tanto, según establece la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, una asociación que no se haya inscrito en el registro correspondiente simplemente se considera como no inscrita, lo que no impide que puedan desarrollar actividades legales que consideren oportunas. La inscripción no es un requisito necesario ni para la existencia ni para la legalidad de una asociación, tal como establece la Carta Magna. En la actualidad, el derecho de asociación se considera un derecho fundamental para lograr la participación efectiva de los ciudadanos en la sociedad, mediante grupos de personas que comparten objetivos, conocimientos, herramientas y actividades para alcanzar ciertas metas. La única prohibición que existe en la actualidad con respecto al derecho de asociación es la de perseguir fines ilícitos, secretos o de carácter militar que atenten contra el orden público, y que serán perseguidos legalmente. La inscripción en el registro de asociaciones correspondiente simplemente otorga una personalidad jurídica formal a la organización, lo que permite, por ejemplo, la obtención de un Número de Identificación Fiscal (NIF), proporcionando al grupo una mayor seguridad jurídica para relacionarse con terceros. Pero, durante el franquismo, con un enorme grado de represión y ausencia de libertades este tipo de concepción de libertad de asociación era simplemente impensable, siendo necesario el reconocimiento formal de las mismas por parte del poder gubernativo.

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Asociaciones de 1964, que supondrá un hito fundamental para el Movimiento Vecinal, las asociaciones se regulaban por el Decreto sobre regulación del ejercicio del derecho de asociación de 6 de febrero de 1941⁶². Este decreto, que modificaba la Ley de Asociaciones del año 1887⁶³, en su preámbulo exponía la necesidad de eliminar la documentación administrativa de todas las asociaciones existentes por parte del gobierno, por lo que de iure, se estaban extinguiendo todas las asociaciones, aunque no se hubiera disuelto previamente de forma expresa. Esta disposición por lo tanto eliminaba toda posibilidad de existencia a cualquier tipo de

⁶² Decreto sobre regulación del ejercicio del derecho de asociación. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 37, de 6 de febrero de 1941.

⁶³ Ley de Asociaciones del año 1887. Publicado en Gaceta de Madrid, núm. 170, de 1887. Boletín Ordinario.

asociación que estuviera fuera de la órbita del régimen, que hubieran sido creadas durante la II República o anteriormente, como ya había sucedido durante el transcurso de la Guerra Civil con los partidos políticos y sindicatos. Desaparecían *de iure* organizaciones que habían sido habituales en nuestro país durante la II República, e incluso antes, como casas del pueblo, ateneos, etc.⁶⁴.

El fuero de los españoles⁶⁵, promulgado en el año 1945, establecía que «los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las Leyes, pero no habrá ninguna norma que desarrolle este derecho en los años posteriores a su promulgación. No será hasta casi veinte años después, en el año 1964, con la promulgación de la nueva Ley de Asociaciones⁶⁶ que se articulará como un medio para el ejercicio real de este derecho.

La propia ley en su preámbulo reconoce la enorme importancia del derecho de asociación⁶⁷, al establecer en su preámbulo que «*es el derecho de asociación uno de los naturales del hombre que el positivo no puede menoscabar y aun viene obligado a proteger ya que al propio Estado interesa su mantenimiento y difusión como fenómeno social e instrumento de sus fines, forjados no sólo por la concurrencia de individuos, sino de asociaciones que necesariamente han de formar parte de su peculiar estructura*». Con esta rompedora introducción, que supondrá todo un avance para el ejercicio efectivo de este derecho, la ley establecía los requisitos para la existencia de los entes asociativos.

Así, el artículo 1.3 establece en primer lugar una limitación clara en cuanto al objeto de los fines de las asociaciones, al entender que por «*por fines ilícitos los contrarios a los Principios Fundamentales del Movimiento y demás Leyes fundamentales, los sancionados por las leyes penales, los que atenten contra la moral, el orden público y cualesquiera otros que impliquen un peligro para la unidad política y social de España*».

⁶⁴ COBO PULIDO, P., «Las asociaciones de cabezas de familia como cauce de representación: un fallido intento de apertura del régimen franquista», *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea*, 14, págs. 437-488. UNED, 2001, pág. 440.

⁶⁵ Fuero de los españoles, texto fundamental definidor de los derechos y deberes de los mismos y amparador de sus garantías. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 199, de 18 de julio de 1945.

⁶⁶ Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 28 de diciembre de 1964.

⁶⁷ BILBAO UBILLOS, J. M. *Libertad de asociación y derechos de los socios*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid. 1997.

El régimen franquista buscaba, por tanto, seguir manteniendo un férreo control del ámbito social para evitar la disidencia a través de las asociaciones, y para ello articula una serie de requisitos administrativos para la existencia de las asociaciones.

El artículo 5 de la de la ley de 1964, establecía los órganos encargados del registro de asociaciones, que deberán aprobar la condición de estos entes, siendo un requisito fundamental para la existencia al establecer en *«los Gobiernos Civiles existirá un Registro Provincial de Asociaciones, en el que se inscribirán a los efectos que en cada caso procedan todas las que se domicilien en cada provincia»*, y que. *«en el Ministerio de la Gobernación existirá un Registro Nacional de Asociaciones, en el que se inscribirán todas las Asociaciones, a los efectos que en cada caso procedan, sea cual fuere su régimen o su ámbito territorial de actuación, patrimonio y presupuesto»*.

Además, el Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, por el que se dictan normas complementarias de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964⁶⁸ establecerá la posibilidad de crear federaciones de asociaciones, que deberán inscribirse igualmente en el Registro de Asociaciones. Al mismo tiempo establece la obligación de rendir cuentas anualmente presentando una memoria descriptiva de sus actividades ante el órgano competente, debiendo facilitar en cualquier momento la información que se le sea solicitada por la administración.

La Ley en su artículo 10, establece además que en su disposición una que *«la autoridad gubernativa suspenderá de oficio o a instancia de parte las actividades de aquellas Asociaciones reguladas por la presente Ley que no se hayan constituido conforme a lo en ella prevenido»*. Pero en cuanto a la disolución definitiva de una sociedad, en la disposición quinta del artículo 10 establece que *«corresponde a los Tribunales confirmar o revocar los acuerdos gubernativos y decretar si procede la disolución. A estos efectos los acuerdos de suspensión serán comunicados a la autoridad judicial competente dentro del término de tres días»*.

Para Víctor Urrutia esta ley possibilitó todo un mundo asociativo al margen del Movimiento franquista⁶⁹, que rompía con la línea anterior, a través de asociaciones de todo tipo, desde sociedades gastronómicas, a culturales, cívicas, recreativas, de tipo deportivo, familiar, etc.

⁶⁸ Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, por el que se dictan normas complementarias de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 135, de 7 de junio de 1965.

⁶⁹ URRUTIA ABAIGAR, V., *El movimiento vecinal en el área metropolitana de Bilbao*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1986, pág. 117.

V. LAS ASOCIACIONES DE VECINOS, LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL MOVIMIENTO VECINAL

Cabe destacar, para comprender con clarividencia este tema, una breve referencia a un tipo de ente asociativo de carácter familiar que existió en España desde el año 1956 antes de analizar las Asociaciones de Vecinos, debido a la confusión que siempre ha existido en relación con estas asociaciones. Se trata de las asociaciones de tipo familiar vinculadas al Movimiento del Régimen Franquista, que al final de la dictadura tuvieron cierta importancia para entender el Movimiento Vecinal y las asociaciones de vecinos, como veremos. Tras la derrota política de José Luis Arrese (ministro-secretario general de FET y de las JONS), el falangismo intentó «articular un vasto movimiento asociativo familiar, que tuviera capacidad de promocionar, a través de elecciones periódicas, a políticos en las más altas esferas del Estado⁷⁰». Este movimiento fue bien acogido, en un principio, por sectores católicos y falangistas del Régimen.

Estas asociaciones podían ser de dos tipos: generales, o de cabezas de familias, y aquellas específicas como fueron las asociaciones de padres de alumnos, de amas de casa, de minusválidos, etc. Durante el franquismo, se fomentó la creación de diversas asociaciones vinculadas al régimen, entre ellas, las asociaciones de padres de alumnos, de amas de casa y de minusválidos.

Las asociaciones de padres de alumnos se constituyeron con el objetivo de controlar y orientar la educación de los hijos según los valores del régimen y promover la participación de los padres en la gestión de los centros educativos. Estas asociaciones se convirtieron en un instrumento de control social y una forma de integración de la sociedad franquista en el sistema educativo. Por su parte, las asociaciones de amas de casa fueron utilizadas por el régimen para promover la imagen de las mujeres como amas de casa y madres ejemplares y forzar a las mujeres a adherirse a los valores del régimen. Además, estas asociaciones realizaron actividades formativas en labores del hogar y el cuidado del hogar. Finalmente, como reacción a la creciente concienciación social sobre las necesidades de las personas con discapacidad, surgieron las «asociaciones de minusválidos». Sin embargo, estas asociaciones estaban controladas por el régimen y se enfocaban más a una actividad de caridad que en la lucha por los derechos de las personas con discapacidad.

⁷⁰ COBO PULIDO, P., «Las asociaciones. O.c.», pág. 437.

Así, por ejemplo, en 1963 se crearon las primeras Asociaciones de Cabezas de Familia. En 1965 ya con la nueva Ley de Asociaciones de 1964, se crearon las Federaciones Provinciales de Cabeza, que llegarán a todas las provincias.⁷¹ En el año 1975 existían en España más de 2.500⁷² asociaciones de este tipo.

Estas asociaciones ⁷³ debían reunir ciertos principios

- Ser ejemplares, formada por individuos que sean referente de virtudes familiares y ciudadanas
- Tener un funcionamiento correcto, con el fin de obtener prestigio.
- Buscar atraer nuevos socios, para fortalecer a la sociedad dentro del régimen franquista.
- Tener «nobles» y «sanas inquietudes políticas».

El funcionamiento⁷⁴ de estas asociaciones tal y como fueron planeadas fue prácticamente nulo, y su gran número simplemente se debió al interés de las autoridades del franquismo, en especial los gobernadores civiles de cada provincia, en su creación. Su principal interés era ofrecer una imagen de modernidad y progreso del régimen ante la opinión pública.

Posteriormente esta estructura servirá al Movimiento Vecinal para lograr una personalidad jurídica alternativa al régimen ordinario de la Ley de Asociaciones a través de una estrategia legal. Las primeras Asociaciones de Vecinos como tal, y que centran nuestro estudio, surgieron en España en un periodo coincidente de tiempo, y muchas veces, como hemos visto en el capítulo anterior, para tratar los problemas colectivos vinculados a la falta de vivienda y a la falta de dotación de servicios, como forma de lucha colectiva en los barrios a través de una estrategia legal.

Algunas de estas asociaciones nacieron con una vocación cultural y recreativa, con el fin de animar la vida cultural de los barrios. Otras veces, nacieron con una clara vinculación a otras organizaciones políticas o sindicales. Incluso en algunos casos, aunque menos frecuentes, nacieron con el fin de colaborar con las Administraciones

⁷¹ CIDUR, *Madrid/barrios 1975*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1976.

⁷² COBO PULIDO, P., «*Las asociaciones*. O.c., pág. 437.

⁷³ BORDETAS JIMÉNEZ, I., *Del suburbio al barrio: los orígenes del movimiento vecinal en Barcelona*, Trabajo de Investigación, septiembre de 2009, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2009, pág. 118.

⁷⁴ COBO PULIDO, P., «*Las asociaciones*. O.c., pág. 484.

Públicas en objetivos muy concretos, como fue el caso de Barcelona, donde surgieron con fines tan específicos como la iluminación festiva de la barriada o la organización de festejos, y con el tiempo fueron incorporando la lucha por la defensa de los intereses del barrio.⁷⁵

La Ley de Asociaciones de 1964 no estaba concebida para el Movimiento Vecinal. Su objetivo era principalmente regular las actividades sociales y culturales de las clases medias urbanas que carecían de proyección política⁷⁶. En aquel momento, el legislador no podía imaginar que un sector de la población popular utilizaría este tipo de figura para articular sus reivindicaciones, simplemente porque no había antecedentes.

El 27 de noviembre de 1968⁷⁷, es una fecha que quedó marcada en la historia del Movimiento Vecinal en España. La Asociación de Vecinos de Palomeras Bajas, ubicada en el barrio de Vallecas, en Madrid, logró su legalización siguiendo los procedimientos establecidos por la Ley de Asociaciones de 1964, con la colaboración de los sacerdotes Llanos y Rosón y el abogado Francisco Sauquillo⁷⁸. La creación de una asociación de estas características era muy difícil en aquel momento debido a la burocracia y la prioridad que se daba a los asuntos administrativos, así como a la persistente represión franquista.

Los individuos que quisieran organizarse en su barrio podrían, en los últimos años del franquismo, optar por legalizar una asociación vecinal vinculada a la nueva Ley de Asociaciones y dependiente del Ministerio de Gobernación, o bien, depender del Movimiento a través de una asociación familiar. Ambas opciones podían fracasar, ya que dependían de la administración franquista para su legalización.

Siguiendo las tesis de Javier María Berriatua⁷⁹, ambos tipos de asociaciones de vecinos comparten un ámbito personal entre sus miembros (vecindad), territorialidad (barrio) y objetivos (defensa de los intereses del barrio). Por lo tanto, el Movimiento Vecinal utiliza en gran parte las asociaciones de cabeza de familia como mecanismo para alcanzar sus objetivos, debido a que es un proceso más rápido. Sin embargo, estas asociaciones tienen una gran limitación, ya que

⁷⁵ BORJA, J., *Por unos municipios democráticos*. O.c., pág. 62.

⁷⁶ GARCÍA FERNÁNDEZ, J. y GONZÁLEZ RUÍZ, M. D., *Presente y futuro de las asociaciones de vecinos*, Pecosá, Madrid, 1976.

⁷⁷ REGISTRO DE ASOCIACIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en comunidad.madrid.

⁷⁸ CABRERIZO, M., *Treinta... y tantos. La lucha del movimiento vecinal en Madrid, desde sus comienzos hasta hoy*, Madrid, Vecinos de Madrid, 1998.

⁷⁹ BERRIATUA SAN SEBASTIÁN, J. M., *Las asociaciones de vecinos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.

solo pueden formar parte hombres mayores de 21 años y mujeres casadas.

En 1977⁸⁰, con la muerte de Franco y el inicio del proceso de transición, el gobierno estableció una condición para legalizar las asociaciones de vecinos: deberían tener un nombre propio, preferiblemente con un significado religioso y que no incluyera el nombre del barrio. El objetivo era que estas asociaciones no representaran al barrio en su conjunto, sino solo a sus socios, ya que no había nada que impidiera la creación de más de una asociación en cada barrio. A pesar de esto, como recuerda Manuel Castells⁸¹, el Movimiento Vecinal nunca abandonó su intención de representar a todo el barrio, y la unidad ha sido una de sus señas de identidad.

Este fenómeno, con características específicas, ha sido difícil de cuantificar por la doctrina académica. Según Manuel Pérez Ledesma⁸², en 1979 existían más de 5.000 asociaciones de vecinos en activo en España. Por su parte, Ramón Suarez⁸³ cree que estas agrupaban al menos a 800.000 socios, y que entre una y dos decenas de socios conformaban su núcleo más activo. Estos socios dedicaban una gran cantidad de tiempo y esfuerzo a la organización y gestión de las actividades de la asociación, liderando las reivindicaciones y demandas, estableciendo contactos con las autoridades y movilizándolo a los vecinos para participar en las actividades y acciones organizadas por la asociación.

VI. CONCLUSIONES

La protesta social ha sido una constante a lo largo de la historia. Las personas corrientes se han enfrentado numerosas veces al poder ante aquellas situaciones que han considerado injustas con la intención de lograr mejores condiciones de vida. Los movimientos sociales son por tanto una forma habitual de lucha para lograr nuevos derechos sociales, soluciones a problemas concretos y una mayor justicia social.

⁸⁰ CASTELLS, M., *La ciudad*. O.c., pág. 315.

⁸¹ *Ibid.* pág. 315.

⁸² PÉREZ LEDESMA, M., «Nuevos» y «viejos» movimientos sociales» en MOLINERO C., *La Transición, treinta años después. De la dictadura a la instauración y consolidación de la democracia*, Península, Barcelona, 2006, pág. 133.

⁸³ SUÁREZ CLÚA, R., «Situación del Movimiento Ciudadano en el Estado» en VVAA, *Espacio político del movimiento vecinal y del consumerista en la España actual*, Fundación de Investigaciones Marxistas, 1987, pág. 19.

El final del franquismo y la instauración de una democracia avanzada en España, en apenas tres años, con la aprobación de una nueva Constitución en el año 1978 ha sido un ejemplo paradigmático de «procesos político pacífico».

La transición española ha tenido una visión muy favorable por parte de la sociedad española, al menos hasta los últimos años en los que se han empezado a cuestionar algunas de sus bases. Pero sin duda supuso un avance en derechos y libertades con una estabilidad que no tiene precedentes en el pasado de nuestro país, lográndose una enorme conciencia democrática entre el pueblo español.

Las distintas escuelas historiográficas españolas han discutido sobre el nivel de protagonismo de los autores de la transición. Algunos han destacado nombres propios de personas individuales como Adolfo Suárez, Juan Carlos I, Santiago Carillo o Felipe González como indispensables para lograr este proceso de democratización.

Otros, han destacado el protagonismo de la sociedad española en su conjunto, que colectivamente fue abriendo el camino, incluso antes de la muerte del Dictador con pequeñas y grandes luchas (obrera, estudiantil, vecinal, e incluso dentro de la propia iglesia católica) en una etapa de gran represión, deseosos de lograr la libertad, la justicia social y la democracia.

Coincidiendo con esta trascendente etapa, se inició un nuevo movimiento social, de tipo inclusivo que contrastaba con los movimientos sociales tradicionales, que solían tener un perfil adscriptivo (su origen tenía fundamentalmente su base en características compartidas de sus miembros).

El nuevo movimiento social, el Movimiento Vecinal, estaba vinculado a la nueva realidad social de nuestro país, que tras la devastadora Guerra Civil se había urbanizado. Se convirtió en un movimiento en que participó la clase obrera, pero también las nuevas clases medias. El elemento aglutinador fue la lucha por mejorar la vida de las personas en su barrio.

A diferencia de los movimientos sociales anteriores, que inciden en el aspecto material y la esfera socioeconómica de sus individuos, vinculados a la clase social, este movimiento permite que las identidades de los individuos que engloban permanezcan abiertas y diferenciadas.

Las carencias materiales en aspectos tan básicos como la vivienda, la falta de servicios públicos básicos y la falta de arraigo de los nuevos habitantes venidos del éxodo rural fueron fundamentales para el surgimiento de este movimiento. El origen fue una lucha por la dignidad

de los barrios y sus gentes en un contexto, como el franquista de alta represión social, y enorme déficit de libertad.

Existía en España un gran deseo de ejercer el derecho de asociación, y la Ley de Asociaciones de 1964 fue un hito para el nacimiento de nuevas formas de asociación. La modificación no supuso per se la aparición de un movimiento social, pero si consolidó un cierto tipo de estructura formal, sobre la que se asentará el Movimiento Vecinal.

Esta normativa, supuso una grieta en el régimen franquista, los grupos de personas disconformes tuvieron una vía más permisiva para participar en la sociedad, y el resultado fue que la vida pública se fue democratizando de una manera muy tímida durante los últimos años del Franquismo. Un régimen que se debilitaba como lo hacía la salud del caudillo, hasta la llegada de la democracia con la promulgación de la nueva Carta Magna.

En la década de los años setenta, existía un clima de conflicto ante los retos que tendría que asumir en un futuro no muy lejano nuestro país, que no desembocaba directamente en grandes movilizaciones sociales, pero que fueron creando distintas redes sociales en todos los niveles sociales, tanto dentro del franquismo, como entre los sectores opositores, que iban articulando una estrategia cuando llegase el fin de la dictadura.

Los movimientos sociales clásicos como el obrero, el estudiantil e incluso algunos sectores más progresistas de la iglesia católica fueron creando una conciencia democrática en España. Los barrios no fueron ajenos a esta realidad. Las asociaciones vecinales se convertirían en escuelas de participación ciudadana y democracia, donde sus miembros fueron capaces de articular reivindicaciones y luchas concretas.

Las asociaciones de vecinos, como un grupo de personas que trabajan en grupo, de forma independiente y sin ánimo de lucro para la consecución tuvieron su reconocimiento en algunos casos por el régimen jurídico franquista y fueron finalmente amparadas plenamente por la Constitución Española de 1978.

El fenómeno de las asociaciones de vecinos continúa hoy, y han dejado enorme huella en nuestras ciudades, han servido para mejorar la calidad de vida de los vecinos y vecinas, han fomentado la participación ciudadana, han generado cohesión social y han sido elementos dinamizadores de la vida cultural de los barrios. Han conquistado logros concretos en sus barrios como la mejora en materia de sanidad y educación, saneamiento público, transporte, etc.

Los nuevos movimientos sociales, y en especial el Movimiento Vecinal, fueron germen y expresión liminar de una nueva sociedad civil que, nacida en los márgenes del Estado franquista, constituye sin duda una base fundamental para una cultura política madura que articularía el proceso de transición a la democracia y la consolidación de ésta a las puertas del siglo xxi.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alberich Nistal, T., *Guía fácil de asociaciones. Manual de gestión para la creación, desarrollo y dinamización de entidades no lucrativas*, Dykinson, Madrid, 2006
- Angulo Uribarri, J., *Cuando los vecinos se unen*, PPC, 1972.
- Archivo de la Asociación Vecinal Zaidín-Vergeles (AAVZV), *Plan Barrios*. Estudio sobre la subversión en los barrios, 1975.
- Berriatua San Sebastián, J. M., *Las asociaciones de vecinos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.
- Bilbao Ubillos, J. M. *Libertad de asociación y derechos de los socios*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid. 1997.
- Bordetas Jiménez, I. *Nosotros somos los que hemos hecho esta ciudad: autoorganización y movilización vecinal durante el tardofranquismo y el proceso de cambio político*. Universitat Autònoma de Barcelona, 2012.
- , *Del suburbio al barrio: los orígenes del movimiento vecinal en Barcelona*, Trabajo de Investigación, septiembre de 2009, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2009
- Borja, J., *La ciudad conquistada*, Alianza, Madrid, 2003
- , *Movimientos sociales urbanos*, Editorial Siap-Planteos, Buenos Aires, 1975
- , *Por unos municipios democráticos. Diez años de reflexión política y movimiento ciudadano*, Instituto de estudios de Administración local, Madrid
- Burbano Trimiño, F. A., *Las migraciones internas durante el franquismo y sus efectos sociales: el caso de Barcelona*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013.

- Cabrerizo, M., *Treinta... y tantos. La lucha del movimiento vecinal en Madrid, desde sus comienzos hasta hoy*, Madrid, Vecinos de Madrid, 1998.
- Castells, M., *Ciudad, democracia y socialismo: la experiencia de las asociaciones de vecinos en Madrid*, Siglo xxi, 1977.
- , *La ciudad y las masas sociología de los movimientos sociales urbanos*, Alianza Editorial, 1986.
- , *La cuestión urbana*, Madrid, Siglo xxi, 1976.
- CIDUR, *Madrid/barrios 1975*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1976.
- Cobo Pulido, P., «Las asociaciones de cabezas de familia como cauce de representación: un fallido intento de apertura del régimen franquista», *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea*, 14, págs. 437-488. UNED, 2001.
- Crespo Maclennan, J., «El europeísmo español en la época de Franco y su influencia en el proceso de democratización política», *Espacio, tiempo y forma. Serie V, Historia contemporánea*, 10, 1997, pág. 349-367.
- Cruz, R., *Protestar en España, 1900-2013*, Madrid, Alianza Editorial, 2015, pág. 156.
- Enríquez Sánchez, J .M., *La lucha por los derechos: a partir del despliegue histórico de la idea de inobediencia y sus formas*, Marcial Pons, 2016.
- Federación de Asociaciones de Vecinos de Valladolid, *25 Años haciendo ciudad 1980-2005*, Federación de Asociaciones de Vecinos de Valladolid, Valladolid, 2005.
- Fernández Sánchez, J.A., *Promoción oficial de viviendas y crecimiento urbano de Valladolid*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1991, pág. 15.
- Gail Bier, A., *Crecimiento urbano y participación vecinal*, CIS, 1980.
- García Cuesta, J.L., *De la urgencia social al negocio inmobiliario. Promoción de viviendas y desarrollo urbano en Valladolid (1960-1992)*, Ayuntamiento de Valladolid y Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000, pág. 25.
- García Fernández, J. y González Ruíz, M. D., *Presente y futuro de las asociaciones de vecinos*, Pecosá, Madrid, 1976.
- Laraña, E. y Gusfield, J., *Los nuevos movimientos sociales. De la ideología a la identidad*, CIS, Madrid, 1994.

- Luzán, J: «Salvar Barcelona para la democracia», *Triunfo* ,734, Madrid, 1977.
- Morell Ocaña, L., «Movimientos sociales urbanos. Presupuestos para sus análisis», *Revista de administración pública*, 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1977.
- Núñez Florencio, R., *Sociedad y política en el siglo xx. Viejos y nuevos movimientos sociales*, Editorial Síntesis, Madrid, 1993.
- Oberschall, A., «Oportunidades y creación de marcos en las revueltas de 1989 en el Este de Europa» en *Movimientos sociales: perspectivas compradas*, Madrid, Istmo, 1999.
- Offe, C., *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Editorial Sistema, Madrid, 1988.
- Ortiz Heras, M., Castellano López, J. A. y Martín García, O., «Historia social y política para una transición. El cambio desde abajo y la construcción de una nueva autonomía: Castilla-La Mancha». *Historia Actual Online*,14, 2007.
- Oyón, J.L. y Serra-Permanyer, M., «Historia urbana: el espacio no es inocente». *Historia contemporánea*, 39, 2009.
- Pazos, F., «El movimiento vecinal en la Galicia urbana (1970-1980).» *Otras voces, otros ámbitos: Los sujetos y su entorno. Nuevas perspectivas de la historia sociocultural*. Universitat de València, 2015.
- Pérez Ledesma, M., «Nuevos» y «viejos» movimientos sociales» en Molinero, C., *La Transición, treinta años después. De la dictadura a la instauración y consolidación de la democracia*, Península, Barcelona, 2006.
- Preston, P., *El gran manipulador: La mentira cotidiana de Franco*. Debate, 2022.
- Radcliff, P. *La construcción de la ciudadanía democrática en España: La sociedad civil y los orígenes populares de la Transición, 1960-1978*, Universitat de València, Valencia,2019.
- Redero San Román, M., «Apuntes para una interpretación de la transición política en España». *Ayer*, 36, 1999.
- Riechmann, J. y Fernández Buey, F., *Redes que dan libertad. Introducción a los nuevos movimientos sociales*, Paidós, Barcelona, 1994.
- Seco Serrano, C., *La Corona en la transición española, Historia de la transición 1975-1986*. Alianza, 1996.

- Simón, P., *El príncipe moderno: Democracia, política y poder*. Debate, 2018.
- Soler Machado, A.; Bregolin, E., «La poética del urbanismo de Le Corbusier: arte y función en la ciudad moderna», *LE CORBUSIER. 50 AÑOS DESPUÉS*, 2016.
- Sorribes, J., *Desarrollo capitalista y proceso de urbanización en el País Valenciano*, Institución Alfonso el Magnánimo, 1985.
- Soto Carmona, A., *¿Atado y bien atado? Institucionalización y crisis del franquismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- Suárez Clúa, R., «Situación del Movimiento Ciudadano en el Estado» en VVAA, *Espacio político del movimiento vecinal y del consumidor en la España actual*, Fundación de Investigaciones Marxistas, 1987.
- Tarragó, M., *Política urbana y luchas sociales*, Editorial Avance, Barcelona, 1976.
- Tarrow, S., *El poder en movimiento: Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Alianza, Madrid, 2018.
- Tilly, C., Tilly, Charles. *From mobilization to revolution*. En *Collective violence, contentious politics, and social change*. Routledge, 2017
- Tilly, C., *Los movimientos sociales, 1768-2008. Desde sus orígenes a Facebook*, Crítica, Barcelona, 2009, pág. 22.
- Tusell, J., «La transición a la democracia en España como fenómeno de Historia política». *Ayer*, 15, 1994,
- Urrutia Abaigar, V., *El movimiento vecinal en el área metropolitana de Bilbao*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1986.
- Villasante, T., *Comunidades locales: análisis, movimientos sociales y alternativas*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.
- VVAA, *Cambiar Madrid*, Editorial Ayuso, Madrid, 1979.
- Ysàs, P., (2007). ¿Una sociedad pasiva? Actitudes, activismo y conflictividad social en el franquismo tardío, *Ayer*, 68, 2007.

Jurisprudencia y referencias legislativas

Constitución Española de 1978. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, por el que se dictan normas complementarias de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 135, de 7 de junio de 1965.

Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 191, de 10 de julio de 1955.

Decreto sobre regulación del ejercicio del derecho de asociación. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 37, de 6 de febrero de 1941.

Fuero de los españoles, texto fundamental definidor de los derechos y deberes de los mismos y amparador de sus garantías. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 199, de 18 de julio de 1945.

Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 28 de diciembre de 1964.

Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 28 de diciembre de 1964.

Ley 48/1966, de 23 de julio, sobre modificación parcial del Régimen Local. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 176, de 25 de julio de 1966.

Ley de Asociaciones del año 1887. Publicado en Gaceta de Madrid, núm. 170, de 1887. Boletín Ordinario.

¿DEMASIADOS ABOGADOS? POSTULACIÓN Y ACCESO A LA JUSTICIA CIVIL EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL¹

TOO MANY LAWYERS? MANDATORY LEGAL REPRESENTATION
AND ACCES TO JUSTICE IN THE ERA OF ARTIFICIAL
INTELLIGENCE

Rafael Castillo Felipe

Profesor contratado Doctor de Derecho Procesal.
Universidad de Murcia

Sumario: *I. Delimitación del objeto de trabajo y pertinencia de su análisis. II. Fundamentos de la postulación y límites constitucionales a la autodefensa. 1. El carácter complejo del ordenamiento jurídico como fundamento principal de la postulación; 2. La autodefensa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. III. ¿Podría cumplir la IA con la teleología de la postulación dentro del marco constitucional expuesto? 1. Actos escritos. 2. Actos orales. 3. ¿Puede ser un régimen de «media postulación» la forma de explotar las potencialidades de la IA en los actos de parte? 4. Incidencia de la IA en otros factores afectados por la postulación: costes, tiempo y ansiedad derivada del proceso. IV. Inconvenientes derivados de una eventual flexibilización de las reglas de postulación. 1. Menos justicia gratuita. 2. Acceso multinivel a la justicia y desigualdad. 3. Riesgos para los derechos de los justiciables derivados*

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención» (PID2022-139585OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Gobierno de España) y dirigido por los profesores Juan Francisco Herrero Perezagua y Javier López Sánchez; y en el marco de la Cátedra Jean Monet «The Transformative European Union Law Power» (Project: 101047458 — TEULP — ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH).

de la ausencia de marco deontológico. 4. Aumento de la litigiosidad. V. A modo de conclusión provisional.

Abstract: The present paper analyses the artificial intelligence future impact on mandatory representation in spanish civil proceedings. Firstly, the work studies the reasons for mandatory representation and the constitutional limits to self-representation. Secondly, it analyses if artificial intelligence could conditionate these factors and what would be the adequate procedural acts to allow self-representation with IA assistance. Finally, the work studies the disadvantages and perils which could create the conjunction between self-represented litigants and IA tools.

Palabras clave: Abogado, inteligencia artificial, autodefensa, proceso civil.

Keywords: Self-representation, artificial intelligence, civil procedure, lawyer.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE TRABAJO Y PERTINENCIA DE SU ANÁLISIS

Este trabajo pretende reflexionar sobre la potencial incidencia de la inteligencia artificial —en lo sucesivo IA— en la reducción del presupuesto procesal de la postulación. Antes de examinar las razones que justifican el tema escogido se impone una advertencia previa sobre el título de esta contribución. Sabemos que en nuestro proceso civil el presupuesto citado aparece condicionado también por la presencia del procurador y que son muchos los retos que la IA plantea a una figura que busca desde hace tiempo asumir más funciones procesales. Si bien, en principio no introduciremos referencias al mismo y aludiremos fundamentalmente al abogado, pues las razones para sostener la necesidad o no intervención letrada resultarán extrapolables *mutatis mutandis* al representante causídico de las partes. Ello nos ha llevado a escoger el título propuesto, que pretendemos que sirva como pequeño homenaje a la obra de Calamandrei *Troppi avvocati*².

² Vid. CALAMANDREI, P., «Troppi avvocati» en *Opere Giuridiche*, Vol. II, «Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del Diritto», Romatre-press, Roma, 2019, pp. 65-195 —téngase en cuenta que, a causa del estudio introductorio que precede a esta edición, la paginación del documento electrónico difiere de la del libro físico—. El trabajo citado cuenta con traducción al español: CALAMANDREI, P., *Demasiados abogados*, XIRAU, J. R. (trad.), Ediciones Jurídicas Europa-América —en lo sucesivo, EJE— Buenos Aires, 1960.

La conveniencia del análisis propuesto está a nuestro juicio fuera de dudas, a pesar de que alguien pudiera llegar a tildarlo de prematuro, innecesario o, simplemente, de aplazable habida cuenta de la importante atención que demandan las últimas reformas procesales, operadas con nocturnidad por el legislador³. Así, nos parece que los siguientes argumentos avalan la oportunidad de este estudio:

En primer término, el anquilosamiento del núcleo del derecho a la asistencia justicia gratuita derivado de la falta de actualización del raquíptico sistema de módulos de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita —en adelante, LAJG— provoca que sujetos colocados en la disyuntiva de afrontar los costes de su subsistencia o acudir al proceso sean considerados normativamente como individuos con posibilidades económicas⁴. Estos individuos, abandonados en «la periferia de una norma» mal anclada a la realidad, evidentemente eligen lo primero⁵. En este sentido, téngase en cuenta que la postulación es el principal hontanar del coste privado de la justicia, aunque no el único. Por tanto, parece razonable preguntarse en qué medida la autodefensa facilitada por sistemas de IA podría ayudar a lograr un mayor acceso al proceso.

La segunda razón que justifica la atención al tema es la relajación de las reglas de postulación a la que parece conducirnos la creciente influencia del Derecho de la Unión Europea en nuestro ordenamiento

³ Nos referimos a la modificación del recurso de casación en todos los órdenes jurisdiccionales introducida por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la Isla de la Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea; y a las reformas operadas por el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

⁴ Sobre esta cuestión nos hemos detenido en CASTILLO FELIPE, R., «El precio de la justicia gratuita» en AA.VV., *La justicia tenía un precio*, HERRERO PEREZAGUA, J. F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (dirs.), Atelier, Barcelona, 2023, pp. 177-228.

⁵ Tomamos la gráfica expresión entrecomillada de LAFUENTE TORRALBA, A., «Los vulnerables en el proceso civil», en AA.VV., *Los vulnerables ante el proceso civil*, HERRERO PEREZAGUA, J. F. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (dirs.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 23-62, vid. p. 24. Sobre la desatención de las necesidades judiciales que conlleva la insuficiencia de recursos de los justiciables advierten NÚÑEZ OJEDA, R.; CARRASCO DELGADO, N., *Derecho, proceso y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho procesal civil*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 43.

jurisdiccional⁶; y, en la misma dirección, se posicionan algunos textos de *soft law* llamados a jugar un importante papel en el moderno Derecho procesal, como las *Model European Rules of Civil Procedure*, elaboradas por el European Law Institute (en adelante, ELI) y UNIDROIT⁷. De este modo, en un contexto de búsqueda de instrumentos procesales simplificados que aspiran a usarse sin necesidad de abogado y procurador cabe preguntarse si la IA podría dispensar la asistencia necesaria para usar los formularios puestos a disposición de los litigantes autodefendidos⁸.

La tercera razón que avala el análisis se halla en el entorno comparado. Allí donde la postulación no es preceptiva y existe una importante brecha de acceso a la justicia se localizan experiencias de uso de sistemas inteligentes —de diferente calidad y alcance— para ayudar a los litigantes a autodefenderse⁹. Ciertamente, debido a los peligros aparejados a las acusaciones de intrusismo o *unauthorized practice*

⁶ Para un análisis de este punto acúdase a CUBILLO LÓPEZ, I., «Asistencia de letrado y facultades de autodefensa: ¿menos abogados?» en AA.VV., *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, GASCÓN INCHAUSTI, F.; PEITEADO MARISCAL, P. (dirs.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 155-191. A los ejemplos de atemperación de la postulación que encontramos en normas europeas vigentes —v. gr., el art. 10 del Reglamento núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, o el art. 24 del Reglamento núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo— puede añadirse la tentativa de supresión de este presupuesto en algunos procesos en materia de insolvencia con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Concretamente, el Anteproyecto de modificación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal —en adelante, TRLC—, eliminaba la intervención preceptiva de abogado y procurador en el entonces proyectado proceso para microempresas (vid. la redacción que proponía el texto antedicho para el art. 688.6 TRLC). Sin embargo, la postulación obligatoria se mantuvo en la norma aprobada finalmente (vid. el actual art. 687.6 TRLC).

⁷ En ellas, siguiendo la estela de los sistemas de *common law*, se consagra la posibilidad de autodefensa como un derecho limitable por la ley en ciertos casos (regla 14). Vid., de nuevo, CUBILLO LÓPEZ, I., «Asistencia de letrado y facultades de autodefensa: ¿menos abogados?», cit., pp. 182 y ss.

⁸ En este sentido, CUBILLO LÓPEZ, I., «Asistencia de letrado y facultades de autodefensa: ¿menos abogados?», cit., pp. 176 y ss., identifica la asistencia a las partes como uno de los elementos esenciales que deben concurrir en un régimen de autodefensa que pretenda ser efectivo.

⁹ Vid. CABRAL J. E. *et. al.* «Using technology to enhance access to justice», *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 26, núm. 1, 2012, pp. 241-324; REMUS, D.; LEVY, F., «Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law», noviembre de 2016, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092 [consultado por última vez el 23 de febrero de 2024].

of law, el terreno de las labores jurídicas extrajudiciales —v. gr., la redacción de contratos, recursos administrativos frente a multas de tráfico— ha sido el campo donde estos instrumentos han encontrado un mayor acomodo; sin perjuicio de lo cual también existen casos de uso en los tribunales¹⁰.

Por último, aun cuando se obvien por completo los problemas del entorno comparado aludiendo a los perfiles propios —y cada vez más evanescentes— de los distintos sistemas jurídicos, los avances en el campo de la IA, aunque intermitentes, evidencian la necesidad de acometer —y por qué no de anticipar— los debates que se plantearán cuando esta nos sitúe ante el espejo.

Somos conscientes de que la discusión anticipada sobre un problema futuro o inexistente corre el riesgo de resultar estéril. Ahora bien, nos creemos que el aquí pretende abordarse lo sea. Varias razones abonan esta conclusión: por un lado, la IA y la automatización de procesos hace tiempo que vienen provocando mutaciones en el mercado de servicios jurídicos, haciendo que la abogacía pierda su tradicional monopolio sobre labores que otrora se incardinaban dentro de la prestación de servicios jurídicos¹¹. Cabe entonces preguntar-

¹⁰ En el ámbito extrajudicial destacan aplicaciones como LegalZoom o DoNotPay, cuyas incursiones en el proceso se han abortado. Reciente es el caso de DoNotPay, que a la altura de enero de 2023 pretendía usarse en Estados Unidos para asistir a un acusado de delitos contra la seguridad del tráfico. La idea era que este recibiera la información de la inteligencia artificial mediante unos audífonos durante los actos orales del proceso y se limitase a repetir el argumentario susurrado por el sistema experto. Si bien, el riesgo de incurrir en responsabilidad penal llevó al fundador de la empresa a cancelar el intento, que había sido pomposamente anunciado en redes sociales (CERULLO, M., «AI-powered “robot” lawyer won’t argue in court after jail threats», *CBS News*, 26 de enero de 2023, disponible en: <https://www.cbsnews.com/news/robot-lawyer-wont-argue-court-jail-threats-do-not-pay/> [consultado por última vez el 23 de febrero de 2024]). Poco después se interpuso una demanda colectiva frente a la empresa titular del software (vid. SÁEZ, R., «Revés para la start up DoNotPay: demandan al abogado-robot por no tener título universitario», *La Vanguardia*, 15 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/innovacion/20150206/54425888503/expertos-piensan-inteligencia-artificial.html> [consultado por última vez el 23 de febrero de 2024]).

En cambio, en Estados Unidos, sí han llegado a emplearse software inteligentes para asistir a los litigantes —no sólo a particulares, sino también a empresas— en la cumplimentación de sus solicitudes de concurso. Vid. ORIOLA, T., «The Use of Legal Software by Non-lawyers and the Perils of Unauthorized Practice of Law Charges in the United States: A Review of Jayson Reynoso Decision», *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 18, núm. 3, 2010, pp. 285-309; CABRAL J. E. *et. al.* «Using technology to enhance access to justice», *cit.*, pp. 280 y ss.

¹¹ Sobre la evolución de los servicios legales vid., entre otros, SUSSKIND, R., *El abogado del mañana. Una introducción a tu futuro*, 2ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017, *passim* (hemos manejado esta obra en formato EPUB y el ajuste de paginado de nuestro dispositivo puede no coincidir con el de otros, por lo que cuando citemos

se si podría ocurrir con sus cometidos procesales aquello que ya ha sucedido con algunas de sus labores extrajudiciales.

Por otro lado, buena parte de los riesgos y desafíos que la inteligencia artificial comporta para los derechos de los ciudadanos pretende combatirse con una alta dosis de proactividad legislativa, sobre todo desde las instituciones europeas. Como se ha recalcado por la doctrina, esta vez parece que el legislador trata de adelantarse a la realidad y no al revés; empeño que busca conjurar el peligro de que el desarrollo técnico de los instrumentos de IA quede únicamente en manos de las empresas y programadores sin ninguna clase de límite legal y ético¹².

Así las cosas, pensamos que las discusiones doctrinales pueden servir para ayudar a un legislador que busca anticiparse y que, posiblemente, tenga que enfrentarse con la decisión de permitir o no que los ciudadanos litiguen por sí mismos usando sistemas de inteligencia artificial. Se trata, en suma, de que sea la ley, tras una meditada toma de posición de sus hacedores, la que proyecte la imagen querida sobre el espejo y no a la inversa.

Estructuraremos el análisis de la siguiente manera: en primer término, examinaremos cuáles son los fundamentos de la postulación y los límites constitucionales de la autodefensa. Ello nos permitirá delimitar el ámbito dentro del que cabe formular propuestas de reducción de la postulación. En segundo término, estudiaremos en qué medida la IA puede satisfacer los fines a los que sirve la postulación y penetrar en otros factores en los que esta incide. En tercer lugar, se estudiarán los inconvenientes aparejados a un eventual aumento de la autodefensa guiada por IA. Finalmente, cerraremos el estudio con unas conclusiones que deben ser forzosamente provisionales.

aspectos concretos de este trabajo, citaremos por capítulos); REMUS, D; LEVY, F., «Can Robots Be Lawyers?..», cit., pp. 47 y ss.; SOLAR CAYÓN, J. I. «Retos de la deontología de la abogacía en la era de la inteligencia artificial», *Derechos y libertades*, núm. 45, junio 2021, pp. 123-161.

¹² Vid., GASCÓN INCHAUSTI, F., «Eficiencia procesal y sistemas de inteligencia artificial: la necesidad de pasar a la acción normativa», en AA.VV., *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso*, PEREIRA PUIGVERT, S.; PESQUEIRA ZAMORA, M. J. (dirs.), ORDOÑEZ PONZ, F.; RODRÍGUEZ RÍOS, S. (coords.) Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 39-75, vid. p. 51. Por lo demás, los sucesivos pasos que se están dando para sacar adelante el Reglamento por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial —que ha recibido recientemente el respaldo de las comisiones de Mercado Interior y Libertades Civiles— evidencian el temor reseñado *supra*.

II. FUNDAMENTOS DE LA POSTULACIÓN Y LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA AUTODEFENSA

1. El carácter complejo del ordenamiento jurídico como fundamento principal de la postulación

En primer término, conviene recordar cuáles son las razones —jurídicas— a las que se atiende para establecer el carácter preceptivo de la postulación. A la vista de estas, podremos preguntarnos, en segundo lugar, si los sistemas de IA podrían o no incidir en ellas. Nótese que si se colige que la IA no puede penetrar en dichos factores, huelga cualquier indagación posterior.

Con carácter general, la postulación se configura en nuestro sistema de justicia como un genuino presupuesto procesal o condición de la que depende la emisión del pronunciamiento sobre el fondo. La observancia de esta condición subjetiva de la comparecencia es una carga que compete a quien pretende actuar en el proceso —aun cuando sea instando el nombramiento de letrado de oficio *ex arts.* 32 o 33 LEC—. Esta circunstancia hace que, en el proceso civil, la consideración de la asistencia letrada como derecho aparezca eclipsada por su carácter preceptivo, a diferencia de lo que sucede en el proceso penal, donde el art. 24.2 CE la eleva a rango de derecho fundamental¹³.

La causa primordial que justifica la postulación obligatoria es la complejidad del ordenamiento jurídico. Dicha complejidad deriva del carácter técnico del Derecho¹⁴. Aprender y aprehender las normas

¹³ En esta línea CUBILLO LÓPEZ, I., «Asistencia de letrado y facultades de autodefensa: ¿menos abogados?», cit., p. 188, ha afirmado que la asistencia letrada se «parece más a un deber, al que no cabe renunciar y que se impone en casi todos los casos». Mas, como hemos adelantado, en nuestra opinión, la exigencia obligatoria de la postulación transmuta esta en una carga. Y es que no hay sanción por comparecer sin abogado cuando ello es preceptivo, sino solo una pérdida de actuación procesal, por grave que esta pueda ser. En este sentido, no pensamos que la nulidad que se anuda a la falta de asistencia letrada pueda catalogarse como sanción, puesto que, mientras que esta se impone al responsable del incumplimiento de un deber jurídico, la nulidad afecta por igual a las dos partes del proceso y no sólo al sujeto que no comparece en forma. Sin perjuicio de esto, convenimos que la postulación obligatoria nos sitúa ante una institución llamativa cuál es el reconocimiento de un derecho a los justiciables que en algunos casos —la mayoría— ha de ser obligatoriamente ejercitado. Y ello sin perjuicio de que existan derechos fundamentales absolutos o incluso algunas situaciones de derecho-deber —v. gr., a formar parte del tribunal del jurado—.

¹⁴ Esta referencia al carácter técnico del derecho está presente en cualquier exposición académica en la que se aluda a la figura del letrado. Vid., sin ánimo exhaustivo, CARNELUTTI, F., *Cómo se hace un proceso*, SENTÍS MELENDO, S. y AYERRA REDÍN, M. (trads.), EJEA, Buenos Aires, 1959, p. 99; VEGAS TORRES,

sustantivas y procesales, así como las operaciones intelectuales que son necesarias para su manejo requiere un tiempo y una formación del que, por diversas razones, no disponen todos los sujetos concernidos por ellas. Incluso dentro de los conocedores de Derecho, la densidad normativa del ordenamiento exige la especialización para lograr el correcto manejo de algunas de sus parcelas. Se afirma así que la asistencia letrada sirve al interés privado de los litigantes, pues sin aquella sería difícil que estos pudieran defender con éxito sus pretensiones ante los tribunales¹⁵.

Otras razones invocadas para explicar por qué las partes deben estar asistidas por profesionales jurídicos son consecuencia de ese carácter técnico y complejo que acabamos de reseñar y por ende no pensamos que puedan considerarse aisladamente al margen del mismo. Así sucede con la necesidad de evitar la indefensión, o de mantener la igualdad de armas, especialmente con la Administración, que, en los procesos en los que es parte, litiga asistida por profesionales altamente cualificados¹⁶.

Al tiempo que la postulación obligatoria sirve para conjurar los obstáculos que para el ejercicio de los derechos derivan del carácter técnico del ordenamiento, coadyuva al correcto funcionamiento del proceso, colmando un interés público¹⁷. De este modo, por un lado,

J., «Ministerio Fiscal, abogados y procuradores» en DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 202-203; MONTERO AROCA, J., «El personal auxiliar y colaborador» en MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; BARONA VILAR S., *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 20^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 174; GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, P., «Comentario al art. 23», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2^a ed., CORDÓN MORENO, F.; ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.; TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coords.), Vol. I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 371-395; CÁMARA RUIZ, J., «Personal no jurisdiccional» en AA.VV., *Introducción al Derecho Procesal*, ORTELLS RAMOS, M. (dir.), 8^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 197; GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho procesal*, Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 262; ASSY, R., *Injustice in person. The right to self-representation*, Oxford University Press, Oxford, 2015, *passim*.

¹⁵ Vid., de nuevo, la bibliografía citada en la nota anterior.

¹⁶ Circunstancia de la que advertía GIMENO SENDRA, V., «Introducción al Derecho procesal», cit., p. 262.

¹⁷ Sobre esta cuestión anotaba CALAMANDREI, P., «L' avvocatura e la riforma del processo civile», en *Opere Giuridiche*, Vol. II. «Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del Diritto», Romatrepres, Roma, 2019, pp. 12-60 vid., p. 31, que el abogado aparecía en el proceso como un órgano intermedio, a caballo entre el juez y la parte, en el que convergían el interés privado de lograr una sentencia favorable y el interés público de obtener una sentencia justa. Estas notas se localizan también en *Demasiados abogados*, cit., p. 28. A pesar de que la concepción del sabio procesalista

los letrados contribuyen a que las partes levanten las cargas y cumplan los deberes inherentes al proceso, permitiendo el avance ordenado y eficaz de este¹⁸. Por otro, ayudan a eliminar las pasiones que la liza suele insuflar a las partes, asumiendo entre sus funciones la colaboración de buena fe con el tribunal (arts. 541 LOPJ y 55 Estatuto de la Abogacía Española). Colaboración que no sólo se desenvuelve *ad intra* de un proceso concreto, sino también *ad extra*, mediante la evitación de procesos temerarios que suponen un dispendio de recursos públicos¹⁹.

Sobre estos extremos remarcados tradicionalmente por la doctrina conviene hacer dos precisiones. En relación con la colaboración en el levantamiento de las cargas y cumplimiento de los deberes que comporta el proceso, nótese que, de nuevo, encuentra su origen en la complejidad técnica de este instrumento jurídico. Si precisamente dicha colaboración es necesaria es porque se colige que las partes no podrán prestarla de manera efectiva dado su desconocimiento del Derecho, lo que provocará anomalías en el devenir del proceso o incluso la ralentización de este.

Respecto del segundo, el desapasionamiento del conflicto y la actuación de buena fe de las partes, no nos parece una razón nuclear para sostener la necesidad de la postulación, por mucho que sea positivo desnudar la controversia de las pulsiones —a menudo irracionales— de sus protagonistas. Opinión que fundamos en tres argumentos:

En primer término, porque si fuera indispensable «desapasionar» el conflicto para que la jurisdicción pudiera resolver sobre él, habría

italiano es susceptible de críticas y matizaciones, sobre todo si se disiente de la concepción publicística del proceso en la que se asienta, gran parte de la doctrina alude al explicar la figura que nos ocupa a la satisfacción de dicho interés público, concretado no tanto en la obtención de la «sentencia justa», sino en la facilitación de la sustanciación del proceso hasta el dictado de la resolución que le ponga fin. Vid. MONTERO AROCA, J., «El personal auxiliar y colaborador», cit., p. 174; VEGAS TORRES, J., «Ministerio Fiscal, abogados y procuradores», p. 203; GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, P., «Comentario al art. 23», cit., pp. 373-374.

¹⁸ En relación con este punto, y tomando en cuenta las particularidades de los sistemas de *common law*, vid. ASSY, R., *Injustice in person. The right to self-representation*, ob. cit., pp. 12 y 100 y ss., quien pone de relieve que la presencia de litigantes autodefendidos provoca serias disfuncionalidades en el sistema adversarial, impidiendo que este cumpla las funciones inherentes al mismo. Igualmente señala el autor (p. 100) que los litigantes autodefendidos suelen errar en el levantamiento de las cargas y en el cumplimiento de los deberes procesales.

¹⁹ Sobre los deberes de actuación de buena fe del abogado y su función de evitación de los procesos temerarios, vid., de nuevo, CALAMANDREI, P., «L'avvocatura e la riforma del processo civile», cit., pp. 32-33; *idem*, *Demasiados abogados*, cit., pp. 26-27; ASSY, R., *Injustice in person...*, cit., p. 198

que convenir que no debería existir ningún proceso en él que pudiera actuarse sin postulación, por sencillos que fueran el íter procedimental a seguir y la cuestión de fondo a fallar; es más, siguiendo está lógica cualquier posibilidad de autodefensa debería negarse incluso a los propios abogados²⁰. Y, sin embargo, la experiencia demuestra que el juez alcanza igualmente a pronunciar su sentencia en los supuestos de partes autodefendidas. Ello es lógico, por cuanto los medios heterocompositivos únicamente requieren el desapasionamiento del tercero que resuelve y no necesariamente de las partes ni de sus defensores.

En segundo lugar, porque la legislación procesal actual obliga a las partes y no sólo a sus asistentes jurídicos a ajustar sus actuaciones a las reglas de la buena fe procesal (art. 247 LEC), so pena de sanción.

En tercer término, porque también los letrados llevados por el ardor de defensa asumen posturas apasionadas o acometen maniobras que no siempre están amparadas por la buena fe procesal o están al límite de esta²¹. Se dirá que esta es la excepción, no obstante, en realidad, se trata de una excepción más frecuente de lo que pudiera pensarse, ya que nuestros tribunales rara vez imponen sanciones por el quebrantamiento de las reglas de la buena fe procesal a los profesionales, habida cuenta de la mayor carga de trabajo que comporta tramitar la pieza de responsabilidad separada²².

Con todo, no negamos que es más fácil ventilar un proceso en el que el conflicto entre las partes no empaña la dialéctica procesal, que otro en el que los sentimientos de estas pueden generar discusiones o

²⁰ La necesidad de desapasionar el conflicto fue uno de los argumentos utilizados por la República Portuguesa para justificar la prohibición absoluta de autodefensa que rige en su proceso penal y defender su conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos —en adelante, CEDH—, aun en contra de la expresa dicción del art. 6.3 de esta norma. Vid. al respecto la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en lo sucesivo, STEDH—, Gran Sala, de 4 de abril de 2012, *Caso Correia de Matos v. Portugal*, núm. ECLI:CE:ECHR:2018:0404JUD005640212, y especialmente los votos particulares que critican esta aproximación al problema de la existencia y alcance del derecho de autodefensa.

²¹ A modo de botón de muestra, vid. la STC núm. 142/2020, de 19 octubre [ECLI:ES:TC:2020:142], en la que, a raíz de una serie de desafortunadas expresiones vertidas por un letrado en un recurso en respuesta a otras cuestionables manifestaciones del Ministerio Fiscal, se discutió sobre los límites a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa.

²² Vid. PICÓ I JUNOY, J., «Mecanismos de control de la mala fe procesal en la ejecución civil», en AA.VV., *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 37-62.

choques verbales durante la práctica de los actos procesales orales²³. Del mismo modo, como veremos *infra*, somos conscientes de que la asistencia letrada puede ayudar a paliar los efectos psicológicos adversos que el proceso genera en las partes²⁴. Si bien, estos argumentos de corte periférico no pueden ser las razones definitivas que sustenten el carácter preceptivo de la postulación.

En definitiva, en nuestra opinión, el carácter complejo del Derecho y la necesidad de unos conocimientos específicos para su adecuado manejo constituyen el motivo principal que justifica la obligatoriedad de la postulación en pos de la consecución del interés privado de los litigantes —la estimación de sus acciones o desestimación de las del contrario— y público de la Administración de Justicia —el normal y ágil desarrollo del proceso—.

2. La autodefensa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Expuestos los fundamentos a los que se ha acudido tradicionalmente para sostener la necesidad de postulación y reconducidos a la complejidad del ordenamiento jurídico, es pertinente acudir a la jurisprudencia constitucional en materia de autodefensa con la intención de identificar cuáles son los límites a la comparecencia en el proceso sin abogado.

Nuestro máximo intérprete constitucional ha recalcado el derecho de los justiciables a optar por la autodefensa o la asistencia letrada cuando el legislador no exige la postulación. Ahora bien, el TC no ha otorgado al derecho de autodefensa un carácter absoluto, de forma que el ejercicio de este deviene inviable cuando garantías básicas de la dialéctica procesal, como la igualdad de armas o la contradicción, puedan quedar afectadas²⁵; esto es, el Tribunal toma como parámetro

²³ Aunque referidos al proceso penal, pueden considerarse, *mutatis mutandis*, los inconvenientes que anota ORTEGA CALDERÓN, J. L., «Asistencia letrada, autodefensa y procedimiento por delito leve a propósito de la STC 29/2023, de 17 de abril», *Diario la Ley* [en línea], núm. 10299, 2023, p. 3 del documento en formato pdf, disponible en: <https://laleydigital.laleynext.es/> [consultado por última vez el 23 de febrero de 2024], tales como el interrogatorio directo de la parte a su contraria y a los testigos o las dificultades que entrañará la formulación de las conclusiones e informes orales para quien se autodefende.

²⁴ Vid. apartado III.4 de este trabajo.

²⁵ Vid. las SSTC núm. 146/2007, de 18 de junio [ECLI:ES:TC:2007:146]; núm. 225/2007, de 22 de octubre [ECLI:ES:TC:2007:225]; núm. 7/2011, de 14 de febrero [ECLI:ES:TC:2011:7]; núm. 29/2023, de 14 de abril [ECLI:ES:TC:2023:29].

para enjuiciar la viabilidad de la autodefensa la posibilidad de satisfacer con ella las mínimas exigencias que derivan de los principios jurídicos-naturales de audiencia e igualdad de armas, pues faltando estos difícilmente podrá considerarse «justo» —con todas las imprecisiones y matices que admite tal término— el resultado alcanzado en el proceso. Este planteamiento ha llevado a la STC núm. 29/2023, de 17 de abril, dictada con ocasión de un juicio de faltas, a afirmar «que la exigencia legal de postulación, esto es, su carácter preceptivo, no coincide siempre con la necesidad constitucional de asistencia letrada»²⁶.

Aunque el TC ha señalado la imposibilidad de extrapolar sin más la doctrina sobre la asistencia letrada —y, por ende, la relativa a la autodefensa— sentada en el proceso penal al proceso civil, lo cierto es que el test para valorar si la autodefensa colma o no las mínimas exigencias de justicia procesal —audiencia e igualdad— en una y otra jurisdicción atiende exactamente a los mismos ítems²⁷. Semejante coincidencia es razonable, pues, aun cuando algunos elementos pudieran permitir una cierta objetivación en abstracto, la mayoría dependen de las circunstancias del caso concreto y de las cualidades subjetivas de las partes.

Así, entre los elementos de carácter objetivo, el máximo garante de la CE alude a la dificultad técnica que ofrezca el objeto del proceso y a la mayor o menor complejidad técnica del debate procesal²⁸. Mientras el primero de estos criterios pudiera ser susceptible de objetivarse (por ejemplo, en razón de la materia sobre la que verse la controversia y del tipo de procedimiento aplicable para resolverla —v. gr., está fuera de toda duda la complejidad de los procesos en materia de propiedad industrial o intelectual—), la segunda depende en su totalidad de las vicisitudes de la concreta litis. De esta suerte, procesos sobre materias jurídicas que, a priori, podrían calificarse como sencillas pueden adquirir un alto grado de complejidad por la coyuntura fáctica o procesal del específico caso.

La evanescencia conceptual de las circunstancias a las que acude el TC para examinar la concurrencia de complejidad no permite inferir fuera del supuesto concreto cuando se está ante una situación

²⁶ Aserto localizado en el fundamento jurídico 3º de la resolución.

²⁷ Vid. el fundamento jurídico 3º de la STC núm. 225/2007, de 22 de octubre [ECLI:ES:TC:2007:225].

²⁸ Vid. las SSTC núm. 225/2007, de 22 de octubre [ECLI:ES:TC:2007:225], fundamento jurídico 4º; núm. 7/2011, de 14 de febrero [ECLI:ES:TC:2011:7], fundamento jurídico 2º; núm. 29/2023, de 17 de abril [ECLI:ES:TC:2023:29, fundamentos jurídicos 3º y 4º.

que impida la autodefensa —de hecho, se llega a afirmar con carácter general la elevada complejidad técnica del juicio por delitos leves (antiguo juicio de faltas), extremo más que discutible—. Orientativamente podría acudir a los escasos intentos de la doctrina procesal para identificar cuáles son esos supuestos de complejidad procesal. Algunos factores a considerar son la existencia de eventual discusión sobre los presupuestos procesales (competencia judicial internacional, jurisdicción por razón de la materia) o la presencia de óbices (cosa juzgada o litispendencia), la existencia de procesos conexos, la necesidad de aplicar derecho extranjero, la existencia de una pluralidad de partes, los problemas en la determinación de las mismas, la necesidad de probar hechos que no guardan una inmediata relación temporal, etc.²⁹. A ello podríamos sumar la aparente dificultad inicial para acreditar los hechos objeto del proceso —v. gr., para acreditar la usucapión de un bien inmueble opuesta como hecho extintivo de la obligación de pago de ciertas cantidades—.

En relación con las partes, el TC señala que hay que evaluar la capacidad del sujeto que se autodefende, así como su cultura y conocimientos jurídicos³⁰. La mera enunciación de estos extremos muestra que el grado de indeterminación no puede ser mayor. Evidentemente, las referencias a la «capacidad» no deben entenderse hechas en un sentido técnico jurídico civil o procesal —aunque la existencia de apoyos para ejercerla es relevante a los efectos que nos ocupan— sino a la aptitud del autodefendido para plantear su posición de fondo en el litigio y manejar de manera suficiente o adecuada las situaciones procesales a las que tendrá que enfrentarse sin la ayuda de especialistas. Dicha aptitud depende, en parte, de los conocimientos de Derecho que el autodefendido pueda poseer o adquirir durante la preparación de la litis. En este sentido, como *prius* lógico a un eventual conocimiento de las categorías jurídicas, no parece descabellado exigir un mínimo nivel cultural que garantice el entendimiento de la lectura de las resoluciones procesales y la comunicación con el tribunal³¹.

²⁹ Vid., por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A., «Il problema della complessità nel processo civile spagnolo», en AA.VV., *Elementi per una definizione di complessità processuale*, DONDI, A. (dir.), Giuffrè Editore, Milán, 2011, pp. 133-153.

³⁰ Vid., de nuevo, las SSTC núm. 146/2007, de 18 de junio [ECLI:ES:TC:2007:146], fundamento jurídico 3º; núm. 225/2007, de 22 de octubre [ECLI:ES:TC:2007:225], fundamento jurídico 4º; núm. 7/2011, de 14 de febrero [ECLI:ES:TC:2011:7], fundamento jurídico 2º; núm. 29/2023, de 17 de abril, fundamentos jurídicos 3º y 4º

³¹ No nos referimos aquí al conocimiento del lenguaje técnico, que, por supuesto, puede resultar un obstáculo para el autodefendido; mas la comprensión de este entra dentro del conocimiento jurídico. Repárese en que, a diferencia de lo que sucede con el conocimiento de algunas categorías sustantivas, que los ciudadanos pueden conocer a raíz de su experiencia vital y desenvolvimiento en el tráfico —v. gr.,

Según la jurisprudencia constitucional, los extremos mencionados deben analizarse contemplando la forma en la que el litigante ejerce su defensa, lo cual obliga a plantearse cuál es el momento adecuado para que el órgano jurisdiccional valore si el perfil subjetivo del litigante le permite autodefenderse³². Y es que, mientras la fiscalización *ex post* de la aptitud de las partes no plantea dudas, no se percibe tan nítidamente que quepa un control *ex ante*, pues para juzgar sobre la capacitación de estas para autodefenderse es necesario ver cómo se autodefenden.

En nuestra opinión, en lo que al proceso civil atañe, esta aporía puede resolverse coligiendo que el rechazo de la autodefensa es posible en cuanto el tribunal advierta de manera clara, a la vista de las primeras actuaciones procesales del litigante, la inhabilidad subjetiva. Puesto que sabemos que esas primeras actuaciones pueden tener una importancia crucial para la fijación del objeto del proceso y para la activación de las reglas de preclusión, entonces lo lógico sería decretar la nulidad de actuaciones al amparo del art. 238.4º LOPJ, realizando una interpretación extensiva del mismo para entender comprendidos en él no sólo los supuestos en los que el legislador ordinario establece la postulación como obligatoria, sino también aquellos en los que la obligatoriedad de la postulación deriva del art. 24 CE ante la imposibilidad de ejercitar el derecho de autodefensa sin que la parte se coloque a sí misma en situación de indefensión.

Expuestos los trazos principales de la jurisprudencia constitucional en materia de autodefensa, conviene señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en lo sucesivo, TEDH— tampoco contribuye en exceso a perfilar los límites de esta institución. En efecto, conforme a la interpretación de este Tribunal del art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —previsto para el proceso penal—, los Estados gozan de un amplio margen para configurar las modalidades de ejercicio del derecho de defensa y esta libertad permite incluso la exclusión de la autodefensa. Basta con que las eventuales limitaciones parciales o totales de la institución que nos ocupa estén amparadas en motivos de interés público. En este sentido, el TEDH única-

la existencia de la legítima, del retracto, o de los recargos por no hacer frente al pago de un tributo— incluso aun cuando no sepan nominarlas, la terminología procesal presenta un grado de opacidad para el gran público mucho mayor. Circunstancia que se debe a que esta sólo es utilizada por especialistas dentro del proceso. De ahí que sea difícil que quien no ha tenido un pleito nunca se tope con ella de manera accidental.

³² Vid., en este sentido, ORTEGA CALDERÓN, J. L., «Asistencia letrada, autodefensa y procedimiento por delito leve...», cit., pp. 8 y ss. de la versión del documento en formato pdf.

mente fiscaliza las regulaciones estatales desde el prisma del derecho a un juicio justo, esto es, a la justicia global del concreto proceso³³. Por consiguiente, y pese a que las resoluciones de este órgano analizan el asunto desde la óptica de las restricciones injustificadas del derecho de autodefensa y no desde el ángulo de la desproporcionada expansión de este, parece que la regulación de la autodefensa podría lesionar el derecho a un proceso equitativo cuando, en un contexto procesal concreto, un litigante no pueda defender sus pretensiones con una mínima perspectiva de éxito sin asistencia de profesionales del Derecho.

Por lo demás, otros textos internacionales en los que no podemos ahora detenernos prevén un régimen más generoso de autodefensa, singularmente el art. 14 del Pacto de Derechos Internacionales Civiles y Políticos³⁴.

III. ¿PODRÍA CUMPLIR LA IA CON LA TELEOLOGÍA DE LA POSTULACIÓN DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL EXPUESTO?

1. Actos procesales escritos

En los apartados precedentes se ha señalado que la razón última de la postulación reside en la complejidad del ordenamiento jurídico. Por supuesto, la IA no puede eliminar tal complejidad, al igual que tampoco puede hacerlo el abogado. Este se desenvuelve en ella a través del conocimiento de las normas sustantivas y procesales, así como de las herramientas de interpretación e integración, el manejo de la jurisprudencia, su propia experiencia y el dominio de otras habilidades complementarias. Esta capacidad técnica de manejo del ordenamiento permite al letrado tanto hacer aprehensible el ordenamiento para su cliente —asumiendo que este tenga interés en conocer el contenido del derecho y no únicamente la solución a su concreto problema— como deducir de manera correcta las pretensiones de

³³ Vid., por todas, la controvertida y discutible STEDH, Gran Sala, de 4 de abril de 2012, *Caso Correia de Matos v. Portugal*, núm. 56402/12 [ECLI:CE:ECHR:2018:0404JUD005640212]. Para un exhaustivo comentario a esta resolución acúdase a PETIT DE GABRIEL, E. W., «¿Derecho a la autodefensa o defendido por obligación? (des)control del margen de apreciación y fragmentación entre sistemas de garantía de derechos humanos», *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, núm. 19, 2019, pp. 211-290. También ofrece algunas notas CUBILLO LÓPEZ, I., «Asistencia de letrado y facultades de autodefensa: ¿menos abogados?», cit., pp. 168-172.

³⁴ Al respecto, vid. los trabajos citados en la nota anterior.

este ante los tribunales —y ello sin perjuicio de que existan supuestos en los que la conculcación de las reglas de la *lex artis* puede determinar una mala praxis—. En definitiva, el letrado actúa como correa de transmisión entre su cliente y el tribunal³⁵.

Así pues, a la hora de plantear un litigio ante los tribunales el abogado debe, una vez conocido el resultado que persigue su cliente, seleccionar la norma aplicable, los hechos relevantes y las fuentes de prueba, y, en su caso, el cauce procesal correspondiente —que bien puede depender de la norma sustantiva escogida—³⁶.

¿Podría hacer la IA esta labor? Nos parece que, en algunos procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria que se ventilan por escrito, sí. Nuestra respuesta obedece a las siguientes razones: en primer término, encontramos un argumento de corte empírico cual es que ya existen sistemas expertos que permiten al ciudadano lego elaborar escritos de corte jurídico. Muchos de estos programas se han testado ya ante la Administración —v. gr., DoNot Pay— con resultados satisfactorios³⁷. De hecho, basta realizar un sencillo experimento con una IA generalista o no especializada, como ChatGpt versión 3, para darse cuenta de que esta herramienta alcanza a redactar demandas sencillas. Y si bien la aplicación es cauta y, seguramente como estrategia para evitar futuras demandas por responsabilidad civil a sus creadores, advierte de su falta de acceso a las bases de datos de jurisprudencia, su ausencia de actualización y la necesidad de consultar

³⁵ Sin duda, la anterior es una aproximación reduccionista al quehacer del abogado, especialmente si se consideran las tareas de carácter extraprocesal —negociación y redacción de documentos legales, actuación ante administraciones, asesoramiento preventivo en operaciones contractuales, etc.—. No obstante, estas quedan fuera de nuestro objeto de estudio. El lector interesado en esta segunda perspectiva puede acudir a SUSSKIND, R., *El abogado del mañana*, cit., vid. caps. 5 y 18; REMUS, D; LEVY, F., «Can Robots Be Lawyers?», cit., pp. 15 y ss.; SOLAR CAYÓN, J. I. «Retos de la deontología de la abogacía...», cit., pp. 129 y ss.

³⁶ Aludimos a la selección de la norma aplicable, pese a que puede no existir duda en este extremo, por cuanto en muchas ocasiones los mismos hechos serán susceptibles de ser calificados jurídicamente de distinta manera. O simplemente porque alteraciones en el relato fáctico podrán determinar un cambio en aquella —v. gr., un bien supuestamente donado puede haber sido entregado en virtud de un negocio fiduciario haciendo precedente la restitución del precio obtenido por su venta—. A la dificultad que entraña la construcción de la teoría del caso se refiere ASSY, R., *Injustice in person...*, cit. pp. 86-87, al estudiar si la simplificación del lenguaje legal podría coadyuvar a hacer más eficaz la autodefensa.

³⁷ DoNotPay es una herramienta que surgió inicialmente para impugnar multas de aparcamiento. Paulatinamente la aplicación ha ido incorporando otras funcionalidades de diversa índole —desde cancelar una suscripción a la reclamación de derechos de los pasajeros de transporte aéreo—. Vid. <https://donotpay.com/>. Otro caso paradigmático es el de la aplicación LegalZoom.

a un abogado, lo cierto es que presenta una exposición ordenada de los hechos y una selección de los fundamentos jurídicos correcta³⁸. Por consiguiente, si una herramienta primigenia y no especializada es capaz de alcanzar estos resultados, cabe esperar que el producto final se refinará con las utilidades específicas proyectadas para el sector jurídico.

En segundo término, todo apunta a que los propios abogados utilizarán la IA para obtener conocimientos jurídicos de los que carezcan, delinear la estrategia procesal e incluso delegar ciertas tareas e intervenir en el asunto allí donde aquella no llegue³⁹. La reflexión pausada sobre esta afirmación conduce a una pregunta que puede resultar incómoda: si los propios letrados confían en la IA, ¿por qué no asumir que el ciudadano lego pueda hacer lo mismo cuando existan herramientas especializadas dirigidas al gran público? Es más, si hoy día, en algunos casos, la labor del letrado consiste en seleccionar el formulario correcto y cambiar los datos ¿por qué no permitir que sea la IA la que haga esta labor?

Ciertamente, existen diferencias entre uno y otro escenario que deben considerarse. De esta suerte, el conocimiento especializado del letrado le permitirá filtrar las soluciones o trabajo elaborado por el sistema experto, esto es, ejercitar la labor de supervisión o control de

³⁸ Durante la elaboración de este trabajo, hemos realizado una simulación con ChatGpt pidiéndole que redactase: a) una demanda de reclamación de cantidad por impago de un contrato de suministro; b) una demanda de desahucio; c) una demanda para recuperar el trozo de una parcela en el que el colindante había plantado limoneros. Aun cuando los escritos son rudimentarios y no tan depurados como los de los abogados, cumplen con los requisitos que exige el art. 399 LEC, por lo que perfectamente podrían servir como vehículo de una pretensión sin plantear problemas para la identificación y delimitación del objeto del proceso. Cabe señalar que a la hora de solicitar a la IA la elaboración de los documentos hemos evitado el uso de terminología jurídica y hemos sido deliberadamente imprecisos al formular —en español— los *prompts*. Estos han conducido a algunos errores, por ejemplo, en el supuesto de la reclamación de cantidad, se ha errado en la identificación del procedimiento. Al indicar al programa que reclamase una deuda —de 20.000 euros— por el cauce más rápido, el procedimiento que escogió —erróneamente— fue el del juicio verbal. Al preguntarle de nuevo si ese era el procedimiento más rápido disponible, nos indica que es el proceso monitorio. Con todo, adviértase que se trataría de un error que un supuesto real no hubiera determinado la inadmisión de la demanda (art. 254.4 LEC).

³⁹ Sobre el proceso de estandarización, externalización y “mercantilización de los servicios jurídicos” vid. las consideraciones de SUSSKIND, R., *El abogado del mañana*, cit., cap. 5, donde el autor señala que, al contrario de lo que muchos abogados hacen creer a sus clientes, hay gran cantidad de trabajo jurídico que no requiere un tratamiento a medida del asunto. De hecho, el autor indica, con buen criterio, que los clientes esperan un cierto grado de estandarización a cambio de un abaratamiento del coste del servicio.

la IA. En cambio, el ciudadano lego no podrá más que asumir ciegamente la solución algorítmica. Este es, sin duda, uno de los puntos críticos a la hora de evaluar la posibilidad de relajar las reglas de postulación.

En este sentido, obsérvese que, cuando la postulación se dispensa, se presume que los ciudadanos serán capaces de articular correctamente sus pretensiones sin supervisión jurídica de ningún tipo, es decir, se reputa que la actuación directa del propio justiciable bastará para salvaguardar el fin privado que en otros supuestos satisface la postulación obligatoria. Como regla general, no hay aquí más supervisión que la del formulario que se proporciona al ciudadano; formulario que se considera instrumento suficiente para hacer frente a la complejidad inicial que el ordenamiento procesal ofrece a quien acude en busca de justicia. Evidentemente, la cumplimentación de dichos formularios puede ofrecer dificultades, por lo que alguna norma —singularmente, el art. 11 PEEC— contempla la «asistencia práctica» a los ciudadanos⁴⁰.

Pues bien, si la IA arroja resultados fiables y la herramienta articula las pretensiones con corrección técnica en grupos de casos determinados, podría concluirse que la supervisión del resultado por profesionales no es necesaria, pues el fin privado al que sirve la postulación quedaría garantizado por esta vía, al igual que sucede actualmente con los supuestos en los que se dispensa al ciudadano de la carga de comparecer asistido. Es más, en el escenario planteado no se trataría sólo de que existieran formularios, sino de que la cumplimentación de estos estaría guiada por un sistema experto que garantizaría un resultado más depurado del que puede conseguir cualquier persona lega en derecho o la asistencia apresurada del casi siempre saturado personal del juzgado o de los servicios procesales comunes. De esta forma, a partir de los datos de entrenamiento, la IA podría articular el relato de los hechos relevantes para fundar la pretensión, identificar los fundamentos jurídicos en atención a lo que se quiera pedir⁴¹

⁴⁰ Un análisis de estas dificultades puede consultarse en FERNÁNDEZ CARRON, C., «Sabio consejo a consumidores y, en especial, a personas físicas titulares de créditos transfronterizos que no ostenten tal condición: no optéis por el proceso europeo de escasa cuantía» en AA.VV., *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, justicia civil y derechos fundamentales*, AGUILERA MORALES, M. (dir.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 139-185, donde la autora destaca que, en muchos casos, «esta obligación de ayuda práctica resulta más teórica que real» (vid. p. 159).

⁴¹ Consideramos que la IA podría servir para superar algunos de los problemas que, en relación con el PEEC anota FERNÁNDEZ CARRON, C., «Sabio consejo a consumidores y, en especial, a personas físicas titulares de créditos transfronterizos que no ostenten tal condición: no optéis por el proceso europeo de escasa cuantía»,

e incluso indicar al ciudadano los documentos que debe aportar, los medios de prueba que podría proponer⁴² y los riesgos que el proceso comporta⁴³.

A lo anterior, hay que añadir también un dato de relevancia, cual es el incremento de los poderes del juez civil en algunas parcelas del ordenamiento, singularmente en materia de consumo. A la vista de la jurisprudencia del TJUE, cabe afirmar que dicho aumento de las facultades judiciales sería perfectamente conjugable con el panora-

cit., pp. 139-185, tales como los problemas con la identificación del órgano competente o la información sobre la necesidad de abonar o no la tasa judicial.

⁴² En el ejemplo de la acción de reclamación de cantidad citado en la nota 38 hemos preguntado a la IA «¿Qué documentos debo acompañar a la demanda?» La respuesta es la siguiente: 1. Copia de la factura: Adjunta [sic.] una copia de la factura emitida por tu empresa a Ruedas García por el importe de 20.000 euros. Asegúrate de que la factura esté debidamente emitida y contenga todos los detalles necesarios, como la descripción de los bienes o servicios, el precio, la fecha de emisión y vencimiento entre otros; 2. Contrato o acuerdo: Si [sic.] existe un contrato o acuerdo previo entre tu empresa y Ruedas García que respalde la transacción comercial y los términos de pago, incluye una copia de este documento; 3. Comunicaciones anteriores: Si [sic.] has enviado comunicaciones anteriores a Ruedas García solicitando el pago de la factura o recordatorios de pago, adjunta copias de estas comunicaciones. Esto demuestra que has intentado resolver el asunto de manera amistosa antes de recurrir a la vía judicial; 4. Pruebas de entrega o prestación de servicios: Si [sic.] corresponde, incluye cualquier documento que demuestre que los bienes han sido entregados o los servicios han sido prestados satisfactoriamente a Ruedas García; 5. Cálculo de intereses: Si buscas reclamar intereses por el retraso en el pago de la factura, adjunta un cálculo de los intereses devengados desde la fecha de vencimiento de la factura hasta la fecha actual, utilizando la tasa de interés legal correspondiente; 6. Otros documentos relevantes: Cualquier [sic.] otro documento que respalde tu reclamación y demuestre la existencia de la deuda y el incumplimiento de pago por parte de Ruedas García».

⁴³ También hemos preguntado a la IA sobre este extremo: «¿a qué riesgos me expongo si pierdo el proceso?» La respuesta, bastante genérica, ha sido la siguiente: «Si pierdes el proceso de reclamación por impago de la factura de 20.000 euros contra Ruedas García, podrías enfrentarte a ciertos riesgos y consecuencias adversas, que podrían incluir: 1. Costas judiciales: En [sic.] muchos sistemas legales, la parte perdedora en un juicio puede ser condenada a pagar las costas judiciales, que incluyen los honorarios de los abogados, gastos judiciales y otros costos relacionados con el proceso legal. Esto podría aumentar significativamente el costo total de la disputa; 2. Pérdida del monto reclamado: Si [sic.] la sentencia del tribunal es desfavorable para ti, podrías perder el derecho a recuperar la cantidad reclamada de 20.000 euros más los intereses devengados y otros costos asociados; 3. Daño a la reputación: Si [sic.] tu empresa está involucrada en litigios frecuentes o públicos, podría dañar su reputación y afectar las relaciones con otros clientes, proveedores o socios comerciales; 4. Tiempo y recursos perdidos: El [sic.] proceso legal puede consumir una cantidad significativa de tiempo y recursos, tanto financieros como humanos. Perder el caso significaría que esos recursos se habrían gastado en vano; 5. Presión financiera: Dependiendo [sic.] de tu situación financiera, perder el caso y no recuperar la cantidad reclamada podría generar presión financiera adicional en tu empresa, especialmente si se trataba de una suma importante de dinero.»

ma que aquí está tratando de dibujarse. De este modo, parece que, en algunas materias, eventuales fallos de la IA en la configuración de la pretensión no impedirían al juez otorgar la tutela que resulte procedente.

En consecuencia, una vez la tecnología que nos ocupa esté testada con garantías, podría alcanzar a producir actos escritos y, desde esta óptica, no es descabellada una flexibilización de las reglas de postulación.

2. Actos procesales orales

Ahora bien, cuando se trate de participar en actos procesales que adopten forma oral —audiencia previa, acto de juicio o vista— la solución debe ser diversa⁴⁴. La viveza de estos actos y la agilidad que demanda la confrontación sincrónica con la parte contraria aconsejan la limitación de la autodefensa. De hecho, hoy día, basta contemplar actuaciones orales en las que las partes intervienen sin postulación para concluir que su presencia genera problemas tanto en la práctica de la prueba como en otros momentos —v. gr., la realización del informe oral—⁴⁵. Dichos inconvenientes los generan, por una parte, el desconocimiento de las normas que rigen dichas actuaciones y, por otra, la falta de entrenamiento de las habilidades requeridas para intervenir ante un tribunal (v. gr., los rudimentos de la oratoria forense, la contemplación holística del proceso) u otros factores exógenos (v. gr., el miedo escénico o la ansiedad)⁴⁶. Mientras que el conocimiento

⁴⁴ No desconocemos que la regulación actual permite a las partes que comparezcan en la vista de los juicios verbales en los que la postulación no es preceptiva (arts. 23 y 32 LEC), así como que, en un gran número de expedientes de jurisdicción voluntaria, los interesados pueden comparecer por sí mismos. Ahora bien, como a continuación se dirá, estamos en contra de la autodefensa en actos orales, también en los casos en los que ya se admite esta opción.

⁴⁵ ASSY, R., *Injustice in person...*, cit., pp. 100 y ss., anota que los litigantes autodefendidos no alcanzan en muchas ocasiones a levantar las cargas procesales. El autor señala que, en la práctica —de los sistemas procesales inglés y americano— reciben un tratamiento más permisivo que los litigantes asistidos por abogado, desequilibrando así las posiciones de las partes y del propio tribunal respecto de ellas. El estudio de la autodefensa realiza esta afirmación en general, pero *mutatis mutandis* puede extrapolarse sin dificultad a la tipología de actos que nos ocupa.

⁴⁶ KEET, M.; HEAVIN, H.; SPARROW, S., «Anticipating and Managing the Psychological Cost of Civil Litigation», *Windsor Yearbook of Acces to Justice* [en línea], Vol. 34, núm. 2, 2017, pp. 73-98, disponible en: <https://wyaj.uwindsor.ca/index.php/wyaj/issue/view/479> [consultado por última vez el 5 de febrero de 2024], han destacado que la intervención de las partes en los actos orales es un importante factor de estrés, tanto cuando son interrogados como cuando tienen que escuchar en la sala argumentos desfavorables. Habrá que convenir que, en el caso de quien aspire a

de la norma permite reaccionar contra eventuales quebrantos de la ley procesal, argumentar cuando surgen dudas en torno a su interpretación y aplicación y adoptar decisiones procesales con conocimiento de sus efectos, el cajón de sastre de habilidades del abogado litigante (conocimientos rudimentos de psicología del testimonio, dominio de la oratoria, etc.) le permite encarar adecuadamente la realización de los actos procesales y, aun cuando puedan no ser un factor determinante, aumentar las perspectivas de éxito.

Por esta razón, dudamos que la inteligencia artificial pueda ser realmente útil en las actuaciones procesales orales. Y es que, si bien podemos llegar a representarnos la idea de que la IA sea capaz de reaccionar y proporcionar argumentos en tiempo real al sujeto auto-defendido convirtiéndolo en una suerte de baffle, habrá que convenir que la IA no podrá aportar el conjunto de habilidades prácticas al que hemos aludido, por lo que el riesgo de generar distorsiones en el desenvolvimiento de la actuación procesal seguirá existiendo⁴⁷. Seguramente podrán existir sujetos que, pese a carecer de conocimientos técnicos, alcancen a plantear adecuadamente un interrogatorio o a articular un informe, pero también habrá muchos que no lo sean.

Por consiguiente, por un lado, desde el punto de vista del tribunal, podría quedar comprometido el funcionamiento dinámico y ágil de las actuaciones orales; en otras palabras, dejaría de satisfacerse el fin público de la postulación que hemos señalado *supra*.

Por otro lado, si se observa el tema atendiendo al fin privado al que sirve la postulación, la parte que actúa sin abogado podría no ser capaz de defenderse adecuadamente al faltarle capacidad de reacción y decisión como consecuencia del escaso tiempo disponible para comprender la información suministrada por el programa, habilidades básicas para realizar los actos orales o, incluso, una y otras. Como hemos visto, esa inhabilidad subjetiva constituye un límite que ni el legislador ni la voluntad de la propia parte puedan traspasar, so pena de que en el caso concreto se produzca la vulneración del art. 24. CE.

defenderse a sí mismo, los niveles de estrés podrían elevarse y ese factor podría ser difícilmente manejable.

⁴⁷ Salvo que se piense en un programa asistido por un hardware, en cuyo caso estaríamos hablando de otra cuestión, cuál sería la de la existencia de un robot que actúa como abogado, en tanto que no se limitaría a suministrar conocimiento jurídico y estaría asumiendo directamente la actuación ante el tribunal, interrogando, argumentando, etc.

En conclusión, la IA puede servir a los litigantes para lidiar con la complejidad técnica jurídica que entraña la elaboración de algunos escritos de alegaciones, pero, en cambio, resulta discutible que alcance a suplir la impericia de los litigantes en los actos orales, en tanto en cuanto esta no deriva únicamente de factores jurídicos.

3. ¿Puede ser un régimen de «media postulación» la forma de explotar las potencialidades de la IA en los actos de parte?

Enunciada la conclusión en los términos precedentes cabría pensar que es estéril, puesto que si la IA puede ser útil para auxiliar en unos actos procesales pero no en otros, nunca podrá justificar la dispensa legal de la postulación en procesos integrados por actuaciones escritas y orales (v.gr., juicios ordinarios) o en los que eventualmente puedan tener lugar estas últimas. En nuestra opinión, esta aproximación maniquea no pondera adecuadamente la posibilidad de que un proceso convivan actos escritos realizados sin postulación y actos orales con asistencia letrada. Este planteamiento de todo o nada se localiza en los arts. 23.2.1 y 32.1 LEC cuando presumen que cualquier sujeto podrá representarse y defenderse a sí mismo en los juicios verbales tramitados por razón de la cuantía de hasta 2.000 euros.

Así las cosas, pensamos que la solución óptima sería optar por un régimen de media postulación que combine la realización de actos procesales escritos autoasistidos y la ulterior defensa letrada en los actos orales. Esta opción, similar a la contemplada por nuestra norma en sede de proceso monitorio (art. 23.2.1º y 32 LEC), permitiría conjugar la eventual reducción de costes ligada a la desagregación de tareas con la adecuada defensa de los ciudadanos en las comparencias orales. Por supuesto, aun cuando se admitiera nuestra propuesta, el juez siempre podría invocar la jurisprudencia constitucional expuesta *supra* para declarar la nulidad del acto de alegación susceptible de generar indefensión realizado con ayuda de la IA —recuérdese en este punto la interpretación sugerida para el art. 238.4 LOPJ y 225.4 LOPJ— y exigir la postulación obligatoria.

La sugerencia anterior se ha formulado deliberadamente en términos generales con la finalidad de suscitar el debate. Habida cuenta de la trascendencia de los propuestos, sabemos que la discusión debe alcanzar un grado de profundidad al que no podemos aspirar en un primer acercamiento a la cuestión. Ahora bien, cabe adelantar algunas prevenciones en orden a limitar el ámbito de la proposición. En este sentido, no pensamos que sea positivo excluir la postulación obli-

gatoria de los actos escritos de todo proceso, ni tampoco que en los procesos en los que se excepcione la postulación para un acto escrito esta deba ser la regla general para los demás. La cuestión es por tanto cómo seleccionar, en primer término, los procesos en los que se admitiría la media postulación; y, en segundo lugar, qué alcance habría que dar a esta. En orden a elaborar una respuesta consideramos que puede resultar útil tanto la jurisprudencia constitucional expuesta como los textos más modernos que aspiran a guiar a la labor del legislador nacional.

Para seleccionar los procesos en los que podría admitirse una relación parcial de las reglas de postulación, podría atenderse al criterio de la complejidad; eso sí, huyendo de la tradicional inclinación de identificar la cuantía del procedimiento con aquella. Quizás el elemento más seguro es atender a la dificultad técnica que ofrece la materia sustantiva en conjunción con el tipo de proceso. De este modo, existen procesos que se ventilan por razón de la materia en los que las actuaciones iniciales ofrecen escasa complejidad y son esencialmente repetitivas [v. gr., la interposición de una demanda de desahucio por impago de cantidades (art. 250.1.1º LEC), demandas sobre condiciones generales de la contratación (art. 250.1.14º LEC) —y ahora la eventual extensión de efectos de la sentencia *ex* art. 519 LEC— o procesos para el desalojo de viviendas ocupadas ilegalmente (art. 250.1.4º *in fine*)]. Si el sistema ha sido debidamente entrenado, identificar y ordenar los hechos constitutivos de la acción o las excepciones limitadas que puede oponer el demandado en la contestación no debería suponer un problema. En otros procesos, en cambio, resulta palmario que la complejidad de la materia sustantiva y la previsible enjundia de la actividad probatoria aconsejan no prescindir de la postulación (procesos en materia de propiedad intelectual, competencia desleal, propiedad horizontal —salvo reclamaciones de cantidad—, publicidad, impugnación de acuerdos sociales, etc.).

Igualmente, en los procesos tramitados por razón de la cuantía en los que se insten acciones de condena dineraria fundadas en títulos contractuales que deban ventilarse enteramente por escrito podría contemplarse la opción que proponemos.

Idénticas consideraciones resultan aplicables a la demanda por la que se insta el despacho de la ejecución dineraria de títulos procesales nacionales y a los sucesivos escritos de impulso que suelen presentarse en ese proceso⁴⁸. En este sentido, el parámetro cuantitativo al que

⁴⁸ Sobre la aplicación de la IA al proceso de ejecución, vid. NIEVA FENOLL, J. *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 39-41;

atiende el art. 539 LEC para fijar la obligatoriedad de la postulación resulta difícilmente justificable, especialmente cuando se trata de ejecutar títulos que se han obtenido en litigios donde la postulación no es preceptiva —vid. el caso del decreto dictado ante la incomparecencia del deudor en procesos monitorios en los que se hayan reclamado más de 2.000 euros o la hipótesis de las sentencias dictadas en el proceso europeo de escasa cuantía—.

El planteamiento expuesto también sería extrapolable a algunos expedientes de jurisdicción voluntaria en los que actualmente se determina la postulación atendiendo a la cuantía⁴⁹.

Aun cuando se admitiera que los litigantes puedan realizar actos escritos autoasistidos, habría que garantizar que el juez pudiera establecer la necesidad de comparecencia con abogado y procurador a la vista de las circunstancias que pudieran generar una complejidad sobrevenida en el concreto proceso (oposición por falta de presupuestos procesales, ejercicio de una acción reconventional por parte del demandado, planteamiento de oposición a la ejecución y otras a las que, a modo de botón de muestra, nos referimos al tratar *supra* el tema de la complejidad).

Finalmente, en sede de recurso —tanto ordinario como extraordinario—, consideramos que la postulación debiera ser siempre exigible, con independencia de que en primera instancia se haya dispensado total o parcialmente. Solución que ya está presente en alguna de nuestras normas procesales⁵⁰ y, circunscrita a los recursos extraordinarios, en las *Model European Rules of Civil Procedure*⁵¹.

BARONA VILAR, S., *Algoritmización del derecho y de la justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 665 y ss.; PÉREZ DAUDÍ, V., *De la justicia a la ciberjusticia*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 70-73.

⁴⁹ Vid., a modo de botón de muestra, el expediente de deslinde de fincas no inscritas, en el que la postulación se torna obligatoria si el valor de la finca sobrepasa los 6.000 euros (art. 105 LJV). No alcanzamos a dilucidar por qué el deslinde de una finca valorada en 6.000 euros es técnicamente más complejo que el de otra valorada en 8.000 euros. Tampoco pensamos que pueda justificarse el redactado del precepto aludiendo al razonamiento simplista de que a mayor superficie a deslindar, mayor valor y por ende más complejidad.

⁵⁰ Pensamos en el art. 21 de la Ley 36/2011, de 10 octubre, reguladora de la jurisdicción social. Y con un ámbito más reducido el art. 967 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵¹ Vid. la Regla 164.2, que reza: «*Parties must be represented by a lawyer in proceedings before a second appeal court*».

4. Incidencia de la IA en otros factores afectados por la postulación: costes, tiempo y ansiedad derivada del proceso

Sentado lo anterior, y visto que la IA podría auxiliar a los litigantes en la redacción de escritos procesales, cabe plantearse en qué medida esta tecnología podría contribuir o no a enfrentar los inconvenientes y molestias que el proceso causa a las partes: el coste, el tiempo y la ansiedad.

En primer término, el coste del proceso es uno de los factores que limitan el acceso a la justicia. En teoría, la ayuda estatal dispensada a través de la justicia gratuita posibilita un acceso universal de los ciudadanos a los tribunales. Y si bien en el orden penal y en el orden social, con alguna pequeña salvedad, podría asumirse como cierto este aserto habida cuenta del alcance que tiene la concesión *ex lege* de la gratuidad, no sucede lo mismo en la jurisdicción que interesa a nuestro estudio⁵². En efecto, los parámetros que utiliza la LAJG para medir si los justiciables cuentan o no con recursos para litigar son excesivamente rígidos, poco progresivos y están obsoletos como consecuencia de su falta de revisión⁵³. El resultado se traduce en sujetos que no demandan porque no pueden satisfacer los gastos procesales, no porque no quieran. El verbo «demandar» está aquí utilizado a propósito, ya que la situación más grave se produce en los potenciales actores que por quedar fuera de los exiguos módulos de la LAJG no podrán deducir válidamente sus pretensiones al no ser capaces de levantar la carga de la comparecencia en forma —salvo que cuenten con un seguro de defensa jurídica o consigan un pacto de *cuota litis*—⁵⁴.

Precisamente, la insuficiencia de recursos es una de las causas que induce a los ciudadanos a optar por la autodefensa allí donde esta se

⁵² La salvedad se refiere, fundamentalmente, a las personas jurídicas no comprendidas en la LAJG. No podemos ahora detenernos en la cuestión, pero hemos realizado alguna anotación en CASTILLO FELIPE, R. «El precio de la justicia gratuita», cit., p. 194.

⁵³ Vid., de nuevo, CASTILLO FELIPE, R. «El precio de la justicia gratuita», cit., pp. 178 y ss.

⁵⁴ Repárese en que en el caso del demandado que exceda los límites de la LAJG no se produce en puridad esa denegación de justicia, pues, si el actor comparece con postulación, la necesidad de evitar la indefensión permitirá el nombramiento *ex art. 6.3 LAJG* —en otro caso, la nulidad derivada de dicha indefensión perjudicaría tanto al demandando como a la validez del pronunciamiento favorable obtenido por el demandante—. Ciertamente, el demandado vendrá obligado a pagar sus gastos procesales si supera los umbrales del art. 3 de la LAJG, pero, aunque materialmente sea incapaz de satisfacer aquellos, habrá obtenido asistencia técnica y representación.

admite ampliamente, por lo que se entiende que esta permite salvar la barrera económica que constituyen los gastos procesales⁵⁵. No obstante, opiniones bien fundadas consideran incompatible la institución que nos ocupa con la reducción del coste del proceso, por cuanto paralelamente a la evitación de los costes privados de las partes, se produce un aumento del coste público derivado de la ineficiencia que la impericia del autodefendido genera en el proceso; impericia que determina, asimismo, unas menores posibilidades de éxito de la posición del autodefendido⁵⁶. Esto ha conducido a defender que el tema de los costes del proceso no debe abordarse recurriendo a la autodefensa, sino haciendo previsibles aquellos y abaratando los servicios jurídicos⁵⁷.

En consecuencia, la autodefensa y la reducción de los costes del proceso se han presentado como proposiciones antagónicas o excluyentes. No obstante, cabe reconsiderar el tema añadiendo a la ecuación el factor de la IA. De este modo, si, como hemos hecho *supra*, se admite que esta tecnología puede servir a la parte para plantear el caso identificando los hechos relevantes, la norma jurídica y los medios de prueba necesarios, habrá que concluir que el riesgo de las disfuncionalidades susceptibles de incrementar el coste público se reduce, especialmente en los procesos que se ventilan por escrito, que son aquellos especialmente aptos para utilizar la IA. Igualmente, en aquellos procesos integrados por actuaciones orales y escritas la IA puede contribuir a desagregar tareas, de manera que los actos orales sean asumidos por letrados y los actos escritos por el litigante autodefendido, lo que evidentemente conllevaría un abaratamiento del servicio jurídico que presten los profesionales, reduciendo las limitaciones de acceso al proceso⁵⁸; sobre todo si los ciudadanos pueden acceder directamente a los programas de IA que generen escritos procesales. Cuestión distinta será entonces que la actuación de los letrados en las comparecencias se encarezca por presentar un mayor valor añadido.

Conviene aquí eliminar cualquier equívoco sobre lo que se está planteando: no consideramos que la autodefensa guiada por IA sea

⁵⁵ Vid. ASSY, R., *Injustice in person...*, cit., p. 20. Si bien, el autor da cuenta de la concurrencia de otros factores, tales como la autoconfianza, la imposibilidad de encontrar un letrado que quiera sostener la pretensión, la falta de confianza en los abogados o la creencia de que la justicia prevalecerá en todo caso. También, ORIOLA, T. «The Use of Legal Software...», cit., pp. 266-267.

⁵⁶ Vid., por todos, ASSY R., *Injustice in person...*, cit., pp. 12 y ss. y 100 y ss.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 202.

⁵⁸ A la desagregación de tareas inherente a la prestación digital de servicios jurídicos aluden SUSSKIND, R., *El abogado del mañana*, cit., cap. 5; SOLAR CAYÓN, J. I. «Retos de la deontología de la abogacía...», p. 150.

una panacea que permita desatender u obviar el mejorable estado de la justicia gratuita en nuestro país. No obstante, sí pensamos que, con las debidas cautelas y en ciertos casos, puede ser una herramienta útil para potenciar el acceso a la justicia conjurando algunos de los inconvenientes que han identificado los estudiosos de la autodefensa.

Yendo un poco más allá, y siempre situados en la hipótesis de partida —la de una IA capaz de brindar una asistencia efectiva al ciudadano que quiere acceder a la justicia—, bien podría suceder que ciudadanos que sí pueden afrontar los gastos procesales decidiesen acudir también a la tecnología con el fin de ahorrarse dichos gastos. Si se acepta que tal opción no genera riesgo para el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables ni disfuncionalidades en la gestión y tramitación del proceso, habría que explicar cuál es la razón que aconseja extirpar a los ciudadanos —dispongan o no de recursos— esta posibilidad⁵⁹.

Respecto al segundo de los factores indicados *supra*, podría parecer que el uso de herramientas de IA permitirá a los ciudadanos reducir el tiempo que precisa la gestión de un proceso (búsqueda de abogado, comunicación telefónica o por aplicaciones con este, etc.). Sin embargo, pensamos que la autodefensa requerirá invertir igual o más tiempo en la eventual elección del software empleado, en la familiarización con este, en la respuesta a las preguntas que pueda formular el programa para elaborar el acto procesal escrito, en la eventual recepción de notificaciones, etc. Así pues, una eventual autodefensa con IA siempre lo será a costa del propio tiempo del litigante y la postulación siempre seguirá siendo la mejor manera de ahorrar aquello que no vuelve.

El tercer y último factor al que hemos hecho referencia es la ansiedad que el proceso genera a las partes, estén o no asistidas por letrado. Hasta fechas relativamente recientes las investigaciones en psicología habían prestado poca atención a este daño colateral del proceso, que ha sido descrito con diversos nombres, como «critogé-

⁵⁹ Seguramente alguna voz recurrirá a las tan manidas analogías entre médicos y abogados, aduciendo que uno no puede operarse a sí mismo y otros recursos retóricos del género. Sin entrar ahora en las notables diferencias que existen entre el Derecho y la Medicina y cuya contemplación bastaría para desechar estas comparaciones que tanto gustan a algunos juristas, lo cierto es que desde el momento en que la postulación no se exige en todos los procesos, se está admitiendo que las “autooperaciones jurídicas” son posibles. Algo que por cierto ocurre también en otros campos jurídicos en los que el ciudadano actúa directamente ante la Administración (presentación de autoliquidaciones tributarias, petición de prestaciones ante la Seguridad Social, interposición de recursos ante la Administración, etc.)

nesis» o «síndrome de respuesta al proceso o a la litigación»⁶⁰. Con independencia de la nomenclatura que se utilice, lo cierto es que el proceso desencadena un conjunto de efectos somáticos adversos que puede influir en el propio desempeño del litigante, afectando tanto a su toma racional de decisiones como a la correcta preparación y planificación del litigio⁶¹. En el caso de las partes autodefendidas, se ha señalado que experimentan, entre otros, sentimientos de humillación, estrés, intimidación, frustración y miedo⁶². Por el contrario, cuando los litigantes actúan asistidos por abogado este ayuda a lidiar con los factores que provocan la ansiedad, tanto a través del suministro de información puntual al cliente, que aliviará la incertidumbre causada por la prolongación del litigio en el tiempo, como relatando la experiencia en casos similares e incluso la manera en la que otros sujetos han encarado y vivido el proceso⁶³.

Pues bien, en lo que a nuestro estudio interesa, resulta evidente que la IA no podrá generar el alivio psicológico, total o parcial, que la asistencia letrada sí dispensa. Quizás el único beneficio en que cabría pensar sea el de la evitación del sentimiento de pérdida de intimidad que a veces lleva aparejada la narración de los hechos al letrado. Mas para concluir esto primero habría que saber si una eventual narración a un programa informático produce también ese mismo efecto o incluso aumenta la ansiedad como consecuencia de la imposibilidad de aquel de mostrar algo similar a la empatía humana.

Asimismo, nótese que a la hora de sugerir soluciones al litigio y planteamientos procesales nos parece que la IA no podrá alcanzar una calidad análoga a la de los letrados que interactúan frecuentemente con sus clientes y conocen la trayectoria, fines y objetivos de estos⁶⁴.

⁶⁰ Vid. KEET, M.; HEAVIN, H.; SPARROW, S., «Anticipating and Managing the Psychological Cost of Civil Litigation», cit., pp. 73-98.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 83-87.

⁶² *Ibidem*, p. 74, nota al pie número 1.

⁶³ *Ibidem*, pp. 91 y ss.

⁶⁴ En esta dirección se pronuncian también REMUS, D; LEVY, F., «Can Robots Be Lawyers?...», p. 69. Con todo, existen pareceres discrepantes, cfr. SUSSKIND, R., *El abogado del mañana*, cit., vid. capítulo 18, donde el autor señala «Se objeta a menudo que los clientes siempre quieren un abogado humano en el que puedan confiar. Mis investigaciones, en cambio, sugieren lo contrario. La gente que tiene problemas jurídicos quiere una solución que ofrezca confianza; si esto puede conseguirse online, de una manera que solucione sus problemas de forma fiable, con frecuencia renunciarán encantados al servicio personal». Puesto que el autor no referencia cuáles son las investigaciones que sustentan su postura, no hemos podido cotejar cuál es el método a través del que se extrae la conclusión. Por otra parte, en lo que hace a la calidad técnica de las soluciones dispensadas por proveedores alternativos de servicios jurídicos, no falta quien ha defendido que algunas aplicaciones ofrecen mayor calidad jurídica y una posición estratégica más refinada

En conclusión, pensamos que, a priori, la IA tiene potencial para incidir en la reducción de los costes procesales que generan los actos escritos. Por el contrario, nos parece que no será capaz de reducir el tiempo que la parte ha de dedicar a la gestión del proceso—incluso lo aumentará— ni la ansiedad que pueda generar la realización de actos procesales, especialmente de los que revistan forma oral. En relación con estos dos extremos, siempre será preferible la asistencia letrada.

IV. INCONVENIENTES DERIVADOS DE UNA EVENTUAL FLEXIBILIZACIÓN DE LAS REGLAS DE POSTULACIÓN

1. Menos justicia gratuita

Expuesto que el desarrollo de herramientas específicas de IA podría satisfacer en ciertos casos los fines a los que tiende la postulación y sugeridos algunos campos donde podría estudiarse la dispensa total o parcial de la asistencia letrada, sólo nos resta analizar cuáles son los inconvenientes que un cambio de esa magnitud podría comportar.

El primer reparo que suscita una eventual reducción de la postulación amparada en la IA consiste en que esta tecnología pueda convertirse en la excusa perfecta para anquilosar—aún más, si cabe— el derecho de asistencia jurídica gratuita o reducirlo⁶⁵. En efecto, repárese en que, fuera de los procesos penales, el art. 6.3 LAJG garantiza el derecho a la asistencia letrada cuando la postulación es legalmente preceptiva o existe riesgo de indefensión. Cuando se trata del actor, cabe concluir que únicamente será aplicable el primer supuesto—ya que difícilmente va a sufrir el actor indefensión si el uso de letrado es facultativo y todavía no se sabe si el demandado comparecerá o no asistido por letrado—. Ello significa que menos postulación conlleva menos justicia gratuita.

Quizás parezca que estamos recalcando una obviedad. Sin embargo, consideramos que la relación adecuada que debe establecerse entre la autodefensa apoyada en IA y la postulación debe ser de alternatividad y no de exclusión. Así pues, se trata de que la parte pueda

que la puede ofrecer cualquier abogado clásico (vid., FRIES, M. «Staatexamen für Roboteranwälte? Optionen Für Die Regulierung von Legal-Tech-Dienstleistern», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 51, núm. 6, 2018, pp. 161-166, vid. p. 164.)

⁶⁵ En algunos trabajos el recurso a la tecnología se presenta como una forma de colmar los déficits de los sistemas de justicia gratuita, cfr. CABRAL J. E. *et. al.* «Using technology to enhance access to justice», cit., pp. 306 y ss.; también REMUS, D.; LEVY, F. «Can Robot Be Lawyers», cit., p. 56, nota 153, dan noticia de estas opiniones.

escoger y no de que necesariamente se vea abocada a acudir a la autodefensa. Obsérvese que si no se facilitan los cauces para que los ciudadanos puedan elegir de manera real y efectiva, se estará perjudicando a los justiciables con menos recursos. Especialmente a aquellos con poco o ningún conocimiento informático —hoy día denominados «vulnerables digitales»— que, en muchas ocasiones, coinciden con los potenciales beneficiarios de la AJG.

De ahí que, ante un hipotético aumento de la autodefensa basada en IA, resultaría conveniente desacoplar la posibilidad de asistencia letrada al amparo de la LAJG de la exigencia preceptiva de postulación⁶⁶. No estamos realizando una propuesta exótica, por cuanto esta es precisamente la solución que el art. 6.3 b) de la LAJG da al acusado en el juicio por delitos leves que no desea autodefenderse. Como hemos expuesto, conocemos el diferente alcance del derecho a la asistencia letrada en el proceso penal y en el proceso civil, pero no hay obstáculo jurídico que impida introducir una cláusula en virtud de la cual, aun cuando no sea obligatoria la asistencia letrada, el demandante o el demandado que no se considere capaz de asumir su autodefensa —v. gr., por la imposibilidad de autoasistirse con herramientas informáticas— pueda obtener el beneficio de asistencia jurídica gratuita —siempre y cuando entre dentro de los módulos establecidos en la LAJG—.

Cuestión distinta es que el elemento presupuestario sea el que impida articular una solución como la propuesta, mas los remedios a esta objeción precisarían de un trabajo específico y metodológicamente distinto al presente.

2. Acceso multinivel a la justicia y desigualdad

El segundo inconveniente que plantea una expansión de la autodefensa es que se genere un sistema de acceso a la justicia en varios niveles, en el que convivan litigantes autodefendidos sin IA, litigantes autodefendidos con IA y litigantes asistidos por abogados —y por IA, si es que estos acuden a su vez a aquella—⁶⁷. El acceso multinivel no sería en sí mismo reprochable, sino fuera por el notable riesgo de aumento de la desigualdad que conlleva. De esta suerte, podrían crearse agravios comparativos desde el punto de vista material —especialmente si no se reforma la LAJG— derivados de la imposibilidad

⁶⁶ Vid. PÉREZ DAUDÍ, V., *De la justicia a la ciberjusticia*, cit., pp. 56-58.

⁶⁷ Vid. REMUS, D.; LEVY F. «Can Robot Be Lawyers...», cit., p. 66, donde se alude a una justicia en dos niveles.

económica de algunos sujetos de optar por una de las tres alternativas expuestas, de modo que el acceso a la defensa letrada acabe por ser un bien de lujo. En idéntico sentido, no es descabellado imaginar algunos escenarios en los que la igualdad de armas podría ponerse en jaque. Pensamos, a modo de ejemplo, en el caso de que un litigante autodefendido sin apoyo en software alguno se enfrente a otro litigante autodefendido que está utilizando IA: ¿existiría en este caso vulneración del principio de igualdad de armas? Sin duda una respuesta definitiva requeriría de casos concretos que puedan analizarse. No obstante, una primera intuición invita a dar una respuesta afirmativa. En este caso, ¿debería existir un derecho de las partes a conocer que su contrario está empleando sistemas expertos para autodefenderse? En tanto que la presencia del sistema no es inocua e incide en la capacidad de los litigantes para articular sus pretensiones, no parecería descabellado establecer dicho deber de información⁶⁸.

3. Riesgos para los derechos de los justiciables derivados de la ausencia de marco deontológico

El tercer riesgo a considerar es el de una eventual conculcación de los derechos de los particulares como consecuencia de la falta de sometimiento de las compañías que ofrecen soluciones de IA a normas deontológicas similares a las de la abogacía⁶⁹. Quizás pueda argüirse que, si verdaderamente se está propugnando mayor espacio para la autodefensa, este aspecto no debe suscitar reparo, ya que el estatuto deontológico de quienes asisten a los litigantes no se aplica a los ciudadanos que se autodefenden (art. 1 CDAE). No obstante,

⁶⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Eficiencia procesal y sistemas de inteligencia artificial: la necesidad de pasar a la acción normativa», cit., p. 53, ha señalado respecto al derecho a conocer que se está utilizando IA en algún aspecto determinado del proceso: «Aunque regular un derecho de este estilo no debería resultar problemático, la necesidad de hacerlo es la mejor prueba de la necesidad de reglas especiales y de la insuficiencia de las normas procesales generales».

⁶⁹ Vid. SOLAR CAYÓN, J. I. «Retos de la deontología de la abogacía...», pp. 148 y ss.; REMUS, D.; LEVY F. «Can Robot Be Lawyers...», cit., pp. 54 y ss.; MORENO CATENA, V., «Sobre el futuro del proceso civil» en AA.VV., *Logros y retos de la justicia civil en España*, JIMÉNEZ CONDE, F.; BANACLOCHE PALAO, J.; GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), SCHUMANN BARRAGÁN, G. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 73-128, vid. especialmente, pp. 119-120. Téngase en cuenta que el Código Deontológico de la Abogacía Española —en adelante, CDAE— se aplica también a los servicios prestados por sociedades profesionales a través de medios electrónicos (vid. arts. 21 y 22). Sin embargo, estos preceptos no dan respuesta a los casos de asistencia jurídica prestada por un sistema informático explotado por una entidad no conformada por profesionales de la abogacía.

desde el momento en que la ayuda que el ciudadano necesita para autodefenderse la proporciona una solución algorítmica, debemos preguntarnos si algunas de las garantías que rigen la actuación de los letrados deberían ser también extrapolables al escenario futurista aquí contemplado⁷⁰. Pensamos fundamentalmente en la independencia, el secreto profesional, los deberes de información y la eventual exigencia de responsabilidad.

En nuestra opinión, la respuesta debe ser positiva, precisamente, porque, en la hipótesis contemplada, la IA no se limita a suministrar una información jurídica desligada de su supuesto fáctico al particular, sino que estaría confeccionando para él actos escritos⁷¹. De este modo, no resultaría descabellado exigir a las aplicaciones independencia —en el sentido de no ser manipulables— confidencialidad respecto de los datos suministrados, información suficiente de los riesgos —especialmente en el caso de consumidores— y responsabilidad en caso de que causen una pérdida de oportunidad procesal al litigante autoasistido.

En cuanto a la independencia, por lo que hasta ahora sabemos, parece difícil manipular los algoritmos que operan con redes neuronales, pues ni siquiera es posible corregir su funcionamiento con el fin de eliminar sus taras⁷². Este efecto de caja negra, que es pernicioso cuando se defiende el uso de la IA en actos procesales de resolución, podría tener como contrapartida la imposibilidad de adulteración torticera del sistema⁷³.

Por otro lado, la confidencialidad y el manejo de los datos que puedan llegar a suministrarse a los sistemas de IA ofrece riesgos de enjundia: el tratamiento y eventual cesión a terceros de los datos personales proporcionados por el justiciable para registrarse en la aplicación de IA —verdadero oro que persiguen los creadores de estas herramientas— no es una cuestión menor; como tampoco lo es el destino de la

⁷⁰ SOLAR CAYÓN, J. I. «Retos de la deontología de la abogacía...», pp. 130 y ss., ha advertido sobre este relevante aspecto.

⁷¹ Vid. FRIES, M. «Staatexamen für Roboteranwälte?...», cit., p. 162.

⁷² Vid. MURILLO FUENTES, J. J., ¿«Qué es lo que no funciona en los algoritmos de inteligencia artificial?» en AA.VV., *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, COLOMER HERNÁNDEZ, I.; CATALINA BENAVENTE, M. A.; OUBIÑA BARBOLLA, S. (coords.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 151-171.

⁷³ Cuestión distinta a la del funcionamiento activo de los algoritmos en un caso concreto es la de la transparencia sobre la construcción del modelo, los datos de entrenamiento y otros aspectos que inciden en la estabilidad del mismo. No cabe duda de que estos extremos deben ser fiscalizables, tal y como exigirá el futuro Reglamento por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial.

información sobre el caso concreto —que incluirá datos personales de terceros— aportada a la IA con el fin de que elabore el acto procesal. Habrá que ver cómo incide en esta materia el proyectado Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial, pero parece claro que no debieran autorizarse usos como el analizado si no se neutralizan en la medida de lo posible los riesgos para la privacidad de los litigantes.

En otro orden de cosas, sería conveniente que las aplicaciones que auxilien a los litigantes autodefendidos suministren una información suficiente con el fin de que estos valoren los riesgos económicos que comporta el proceso, la posibilidad de error —ya que difícilmente podrá garantizarse la infalibilidad del sistema, al igual que tampoco la de los letrados— y la alternativa de buscar un abogado en el caso de que no se comprenda bien el alcance de la actuación procesal que va a llevarse cabo o de instar la AJG si concurren los requisitos para obtenerla⁷⁴. Este extremo nos parece de especial relevancia de cara a un hipotético uso de los consumidores de esta clase de servicios.

Para concluir con el análisis del tercer inconveniente sólo faltaría referirnos a la responsabilidad civil en caso de funcionamiento defectuoso del sistema. Sobre este aspecto se plantean las mismas dudas que surgen en relación con cualquier servicio prestado por la IA —fundamentalmente la de la imputación o no al creador de la misma del daño causado, en tanto que el algoritmo actúa desligado del poder decisorio de aquél—. Aunque no podemos ahondar en este punto, sí diremos que sería conveniente que los creadores y suministradores de cualquier plataforma de IA que auxilie a litigantes autodefendidos cuenten obligatoriamente con un seguro de responsabilidad civil. Dicho seguro facilitaría a los usuarios, especialmente a los que sean consumidores, la reclamación de la correspondiente indemnización, sobre todo cuando los responsables de la aplicación estén residenciados en terceros países, al tiempo que eliminaría los riesgos de impago ante situaciones de insolvencia de los responsables de las aplicaciones.

4. Aumento de la litigiosidad

Finalmente, el cuarto gran inconveniente aparejado a una eventual flexibilización de las normas de postulación sería el incremento de la litigiosidad, con el consiguiente riesgo de saturación de los

⁷⁴ Vid. CABRAL J. E. *et. al.* «Using technology to enhance access...», cit., pp. 308-309; REMUS, D.; LEVY F. «Can Robot Be Lawyers...», cit., p. 59.

tribunales. El aumento de procesos obedecería a la existencia de un mayor número de demandas abusivas o frívolas, que, en teoría, los letrados contribuyen a filtrar al disuadir al cliente del ejercicio de la acción infundada⁷⁵. También porque quizás un mayor número de sujetos se animarían a demandar ante la perspectiva de no tener que afrontar los gastos derivados de la contratación de abogado y procurador —propios y del contrario, en caso de condena en costas (art. 32.5 LEC)—, especialmente en asuntos de poca cuantía; esto es, superarían con mayor facilidad el denominado «desinterés racional»⁷⁶.

También cabe pensar en el planteamiento de otros litigios, derivados no tanto de la ampliación de la autodefensa como de la existencia de las herramientas inteligentes de autoasistencia: este sería el caso de los procesos penales en materia de intrusismo —en nuestra opinión abocados al fracaso— o de procesos sobre vulneración de propiedad intelectual en caso de que los sistemas de IA se alimentasen de escritos procesales de letrados en ejercicio sin ningún tipo de concierto previo. No obstante, dado que la importancia cuantitativa de estos puede no resultar significativa, nos ceñiremos a los enunciados en el párrafo anterior.

Así las cosas, el reparo que nos ocupa es relevante. Sin embargo, no lo consideramos decisivo para descartar la discusión que plantea el binomio autodefensa-IA. Opinión que fundamos, por una parte, en el excesivo grado de idealización que conlleva señalar que los letrados evitan toda litigación frívola. Probablemente sea así en algunos casos, pero cualquiera que se haya movido en nuestro foro y haya observado la amplia variedad de perfiles que por él pululan sabe que siempre habrá algún abogado dispuesto a asumir la defensa de una acción temeraria, por diversas causas —miedo a perder el cliente o deseo de ganarlo, necesidad económica, ansia de notoriedad, etc.—. De ahí que no quepa extraer conclusiones sobre una visión romántica de la profesión que, en parte, se compadece mal con la realidad.

Por otra parte, el hecho de que más pretensiones puedan acceder a la jurisdicción no nos parece ningún inconveniente, sino todo lo contrario. Frente al discurso oficial que acusa a los ciudadanos —sin ningún tipo de distinción entre ellos— de querulancia compulsiva invitándoles a huir del proceso, pensamos que debe celebrare cualquier

⁷⁵ Consecuencia que expone ASSY, R., *Injustice in person...*, cit. p. 138. Antes, CALAMANDREI, P., «L' avvocatura e la riforma del processo civile», cit., pp. 32-33; *idem*, *Demasiados abogados*, cit., pp. 26-28 había advertido de esta función de los letrados

⁷⁶ Vid. REMUS, D.; LEVY F. «Can Robot Be Lawyers...», cit., p. 37.

innovación que haga que estos acudan a los tribunales, pues ello es saludable para el Estado de Derecho⁷⁷. En este sentido, cualquier solución tecnológica que fomente el acceso a la justicia no debe rechazarse sin más aduciendo que comportará más procesos, ya que eso es tanto como admitir que algunos asuntos —los de pequeño importe, para más señas— molestan al Poder Judicial y deben ser tratados al margen del mismo o mediante sistemas administrativos o privados de tutela.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN PROVISIONAL

La tecnología incide directamente sobre la realidad material a la que se ancla la construcción de los presupuestos procesales. En tanto en cuanto el desarrollo de aplicaciones específicas de IA en el ámbito de los servicios jurídicos podría servir al ciudadano para lidiar con la complejidad del ordenamiento jurídico, cabe suscitar el debate acerca de la conveniencia de flexibilizar o relajar las rígidas reglas de postulación que rigen actualmente en nuestro proceso civil.

Consideramos que dicha flexibilización sería posible en la primera instancia de procesos que adoptan forma escrita y no presentan una estructura o elementos accidentales que permitan calificarlos como complejos a juicio del tribunal. Cuando a la vista de las circunstancias objetivas del caso o subjetivas de la parte el juez considerase inviable la autodefensa, siempre podría declarar la nulidad de lo actuado ex art. 238 LOPJ y requerir la asistencia técnica en el proceso. Por el contrario, la IA no brinda ninguna ventaja en la realización de actos procesales orales, por lo que la defensa en estos debería articularse siempre a través de abogado, en tanto esta figura es la única que podrá aportar tanto el conocimiento jurídico como las habilidades forenses necesarias para intervenir en ellos.

⁷⁷ Cuestión distinta es que para ventilar algunas controversias deban existir instrumentos específicos que eviten el colapso anudado a la interposición de numerosas demandas. En concreto, cuando se trate de ventilar una pluralidad de acciones fundadas en los mismos hechos o en hechos sustancialmente idénticos, deben existir legitimaciones extraordinarias y medios de agregación de pretensiones individuales que faciliten tanto la tutela en un tiempo razonable de los interesados como la digestión por el sistema de justicia de la entera situación litigiosa. Que los justiciables acudan a la tutela colectiva en lugar de a la acción individual es algo que debe fomentar el legislador regulando aquella de manera adecuada, pues si esta funciona bien sin duda resultará más atractiva que el proceso individual. Y parejo discurso cabe sostener en relación con el uso de los medios alternativos de resolución de controversias.

Aun cuando se incrementasen los supuestos en que cabe la auto-defensa, muchos litigantes seguirán prefiriendo la asistencia letrada a la hora de acudir a la justicia, ya que el recurso a la IA hará que aumenten el tiempo que tienen que dedicar al proceso y no tendrá efecto alguno sobre el estrés e incertidumbre causados por el mismo. No obstante, sujetos que se hayan en la frontera económica para entrar dentro de los módulos de la LAJG y que de otra manera dejarían marchitarse sus derechos podrían encontrar una forma de acceso alternativa a través de la autodefensa guiada por IA.

Un cambio como el previsto requeriría de reformas tendentes a minimizar los posibles inconvenientes detectados. Así, la LAJG debería modificarse para desacoplar la provisión de justicia gratuita de la postulación obligatoria; y la LEC para recoger la obligación de indicar si está usando o no un software para la autoasistencia con el fin que las partes y el juez puedan conocer este extremo. Igualmente, habría que concretar cuáles son las obligaciones de las empresas proveedoras de este tipo de servicios de IA jurídicos en materia de protección de datos y aseguramiento de una eventual responsabilidad civil por daños derivados de un error en el programa.

Las anteriores son sólo conclusiones provisionales, puesto que difícilmente pueden alcanzarse criterios definitivos cuando sólo hay expectativas e hipótesis intangibles. Quizás el único punto de partida definitivo sea que conviene, en la medida de lo posible, anticiparse a los nuevos escenarios tecnológicos antes de que estos se materialicen y sea tarde para discutir reposadamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Assy, R., *Injustice in person. The right to self-representation*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Barona Vilar, S., *Algoritmización del derecho y de la justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- Cabral J. E. *et. al.* «Using technology to enhance access to justice», *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 26, núm. 1, 2012, pp. 241-324.
- Calamandrei, P., «Troppi avvocati» en *Opere Giuridiche*, Vol. II, «Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del Diritto», Roma-tre-press, Roma, 2019, pp. 65-195.

- Calamandrei, P., «L'avvocatura e la riforma del processo civile», en *Opere Giuridiche*, Vol. II. «Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del Diritto», Romatrepres, Roma, 2019, pp. 12-60
- , *Demasiados abogados*, Xirau, J. R. (trad.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- Cámara Ruiz, J., «Personal no jurisdiccional» en AA.VV., *Introducción al Derecho Procesal*, Ortells Ramos, M. (dir.), 8ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 183-207.
- Carnelutti, F., *Cómo se hace un proceso*, Sentís Melendo, S. y Ayerra Redín, M. (trads.), EJEA, Buenos Aires, 1959.
- Castillo Felipe, R., «El precio de la justicia gratuita» en AA.VV., *La justicia tenía un precio*, Herrero Perezagua, J. F.; López Sánchez, J. (dirs.), Atelier, Barcelona, 2023, pp. 177-228.
- Cerullo, M., «AI-powered «robot» lawyer won't argue in court after jail threats», *CBS News*, 26 de enero de 2023, disponible en: <https://www.cbsnews.com/news/robot-lawyer-wont-argue-court-jail-threats-do-not-pay/> [consultado por última vez el 23 de febrero de 2024].
- Cubillo López, I., «Asistencia de letrado y facultades de autodefensa: ¿menos abogados?» en AA.VV., *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Gascón Inchausti, F.; Peiteado Mariscal, P. (dirs.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 155-191.
- De la Oliva Santos, A., «Il problema della complessità nel proceso civile spagnolo», en AA.VV., *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Dondi, A. (dir.), Giuffré Editore, Milán, 2011, pp. 133-153.
- Fernández Carron, C., «Sabio consejo a consumidores y, en especial, a personas físicas titulares de créditos transfronterizos que no ostenten tal condición: no optéis por el proceso europeo de escasa cuantía» en AA.VV., *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, justicia civil y derechos fundamentales*, Aguilera Morales, M. (dir.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 139-185.
- Fries, M. «Staatexamen für Roboteranwälte? Optionen Für Die Regulierung von Legal-Tech-Dienstleistern», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 51, núm. 6, 2018, pp. 161-166.
- Gascón Inchausti, F., «Eficiencia procesal y sistemas de inteligencia artificial: la necesidad de pasar a la acción normativa», en AA.VV.,

- Modernización, eficiencia y aceleración del proceso*, Pereira Pui-vert, S.; Pesqueira Zamora, M. J. (dirs.), Ordoñez Ponz, F.; Rodríguez Ríos, S. (coords.) Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 39-75.
- Gimeno Sendra, V., *Introducción al Derecho procesal*, Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, P., «Comentario al art. 23», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Cordón Moreno, F.; Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J.; Tapia Fernández, I. (coords.), Vol. I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 371-395.
- Keet, M.; Heavin, H.; Sparrow, S., «Anticipating and Managing the Psychological Cost of Civil Litigation», *Windsor Yearbook of Access to Justice* [en línea], Vol. 34, núm. 2, 2017, pp. 73-98, disponible en: <https://wyaj.uwindsor.ca/index.php/wyaj/issue/view/479> [consultado por última vez el 5 de febrero de 2024].
- Lafuente Torralba, A., «Los vulnerables en el proceso civil», en AA.VV., *Los vulnerables ante el proceso civil*, Herrero Perezagua, J. F. y López Sánchez, J. (dirs.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 23-62.
- Montero Aroca, J. «El personal auxiliar y colaborador» en Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J. L.; Barona Vilar S., *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 20ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 162-178.
- Moreno Catena, V., «Sobre el futuro del proceso civil» en AA.VV., *Logros y retos de la justicia civil en España*, Jiménez Conde, F.; Banacloche Palao, J.; Gascón Inchausti, F. (dirs.), Schumann Barragán, G. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 73-128.
- Murillo Fuentes, J. J., ¿«Qué es lo que no funciona en los algoritmos de inteligencia artificial?» en AA.VV., *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, Colomer Hernández, I.; Catalina Benavente, M. A.; Oubiña Barbolla, S. (coords.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 151-171.
- Nieva Fenoll, J. *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Núñez Ojeda, R.; Carrasco Delgado, N., *Derecho, proceso y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho procesal civil*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

- Oriola, T., «The Use of Legal Software by Non-lawyers and the Perils of Unauthorized Practice of Law Charges in the United States: A Review of Jayson Reynoso Decision», *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 18, núm. 3, 2010, pp. 285-309.
- Ortega Calderón, J. L., «Asistencia letrada, autodefensa y procedimiento por delito leve a propósito de la STC 29/2023, de 17 de abril», *Diario la Ley* [en línea], núm. 10299, 2023, disponible en: <https://laleydigital.laleynext.es/> [consultado por última vez el 23 de febrero de 2024].
- Pérez Daudí, V., *De la justicia a la ciberjusticia*, Barcelona, Atelier, 2022.
- Petit de Gabriel, E. W., «¿Derecho a la autodefensa o defendido por obligación? (des)control del margen de apreciación y fragmentación entre sistemas de garantía de derechos humanos», *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, núm. 19, 2019, pp. 211-290.
- Picó i Junoy, J., «Mecanismos de control de la mala fe procesal en la ejecución civil», en AA.VV., *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 37-62.
- Remus, D; Levy, F., «Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law», noviembre de 2016, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092 [consultado por última vez el 23 de febrero de 2024].
- Sáez, R., «Revés para la start up DoNotPay: demandan al abogado-robot por no tener título universitario», *La Vanguardia*, 15 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/innovacion/20150206/54425888503/expertos-piensen-inteligencia-artificial.html> [consultado por última vez el 23 de febrero de 2024].
- Solar Cayón, J. I. «Retos de la deontología de la abogacía en la era de la inteligencia artificial», *Derechos y libertades*, núm. 45, junio 2021, pp. 123-161.
- Susskind, R., *El abogado del mañana. Una introducción a tu futuro*, 2 ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- Vegas Torres, J., «Ministerio Fiscal, abogados y procuradores» en De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I.; Vegas Torres, J., *Derecho procesal. Introducción*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 193-214.

LA CENTRALITÀ DELLA *BONA FIDES*
ROMANISTICA NELLA MATERIA DELLE
OBBLIGAZIONI E DEI CONTRATTI IN CINA E IN
AMERICA LATINA: APPUNTI PER UNA RICERCA

LA CENTRALIDAD DE LA *BONA FIDES* ROMANÍSTICA EN
MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN CHINA Y
AMÉRICA LATINA: NOTAS PARA UNA INVESTIGACIÓN.

THE CENTRALITY OF THE ROMAN *BONA FIDES* IN THE
MATTER OF OBLIGATIONS AND CONTRACTS IN CHINA AND
LATIN AMERICA: NOTES FOR A RESEARCH.

Eugenio Ciliberti

Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Salerno
(Italia)

Sumario: *I. Premessa: il ruolo della tradizione romanistica nella comprensione del diritto vigente. II. La fides e il consensus quali elementi di passaggio dallo ius Quiritium allo ius gentium. III. Il principio di buona fede quale viatico di una «morale» contrattuale nel diritto civile cinese. IV. Conclusioni. La ricostruzione della buona fede come principio generale nel diritto latinoamericano. Bibliografia.*

Resumen / Abstract: Il presente lavoro intende fornire alcuni spunti di riflessione sul ruolo del principio della buona fede oggettiva nella materia delle obbligazioni e dei contratti, sia per quanto concerne il diritto romano, sia con riguardo alla sua evoluzione nel diritto dei Paesi extraeuropei che si ispirano alla tradizione romanistica, con particolare attenzione dedicata al fenomeno codificatorio in Cina e in America Latina, mediante ampi riferimenti alla elaborazione storica,

comparatistica, legislativa e dottrinale di cui questo concetto è stato oggetto nel corso degli anni. L'obiettivo principale di questo saggio è quello di verificare la vocazione del diritto romano ad essere un diritto universale, in grado di mettere in contatto civiltà tra loro molto distanti, quali sono, appunto, quella cinese e latino-americana.

This work aims to provide some points of reflection on the role of the principle of objective good faith in the matter of obligations and contracts, both with regards to Roman Law as well as to its evolution in the law of non-European countries inspired by the Roman Law tradition, with a particular attention dedicated to the codification phenomenon in China and Latin America, through extensive references to the historical, comparative, legislative and doctrinal elaboration of which this concept has been the object over the years. The main aim of this essay is to verify the vocation of the Roman Law to be a universal law, capable of bringing very distant civilizations into contact with each other, such as the Chinese and Latin American ones.

El presente trabajo pretende ofrecer algunos elementos de reflexión sobre el papel del principio de buena fe objetiva en materia de obligaciones y contratos, tanto en lo que respecta el Derecho Romano como en lo que respecta a su evolución en el Derecho de los países no europeos que se inspiran en la tradición romana, con especial atención al fenómeno codificador en China y América Latina, a través de amplias referencias a la elaboración histórica, comparada, legislativa y doctrinal de la que este concepto ha sido objeto a lo largo de los años. El objetivo principal de este ensayo es comprobar la vocación del derecho romano como derecho universal con la capacidad de poner en contacto civilizaciones muy distantes entre sí, como son justamente la china y la latinoamericana.

Palabras clave: Buona fede; diritto romano; diritto cinese; diritto latino-americano; obbligazioni e contratti.

Good faith; Roman Law; Chinese Law; Latin-American Law; obligations and contracts.

Buena fe; derecho romano; derecho chino; derecho latinoamericano; obligaciones y contratos.

Nihil prius fide.

I. PREMESSA: IL RUOLO DELLA TRADIZIONE ROMANISTICA NELLA COMPrensIONE DEL DIRITTO VIGENTE

La tradizione romanistica è stata storicamente considerata come un oggetto distinto rispetto al diritto romano, di cui comunque rappresenta una diretta derivazione: in questo modo, Riccardo Orestano ha forgiato e costruito la nozione di ‘tradizione romanistica’, concetto che ricomprende le singole esperienze giuridiche dell’Europa continentale (rientranti nell’ambito del c.d. *Civil Law*) in un complesso più generale, con l’obiettivo di «esprimere il costituirsi e il collegarsi di esperienze particolari intorno all’esperienza romana racchiusa nel *Corpus Iuris*, ma pure per affermare che si tratta di qualcosa di nuovo e di diverso»¹.

Diversamente, Giuseppe Grosso, nelle sue *Premesse generali al corso di diritto romano*, sosteneva che seppure non si può negare il fondamento di tale distinzione, la quale, per certi versi, «può anche sembrare ovvia», comunque è «altrettanto legittimo e fondato dire che la tradizione romanistica esprime pure una vicenda storica del diritto romano, in quello del diritto romano che vi ha avuto una nuova vita».

In effetti, il collegamento tra diritto romano e tradizione romanistica è stato al centro di una dinamica che ha offerto svariati contributi alla storia del diritto, ad opera delle schiere di giuristi che si sono avvicendati nei secoli trascorsi dalla codificazione giustiniana fino ai giorni nostri. Al centro di questa dinamica vi era l’Europa continentale e, in particolare, Paesi come la Francia e la Germania, dove videro la luce numerose correnti di pensiero che, servendosi o svincolandosi, facevano ricorso al diritto romano. L’estrema propaggine di questa tendenza è rappresentata dalla Pandettistica tedesca, che rileggeva il *Corpus Iuris* secondo una prospettiva individualistico-volontaristica, fortemente criticata dai pensatori successivi, a partire dallo Jhering fino ad arrivare a Kelsen, arrivandosi finanche a parlare, nella prima metà del secolo scorso, addirittura di una «crisi del diritto romano». Il concetto di ‘crisi’, tuttavia, è in realtà inadatto a descrivere quello

¹ Vid. ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2° ed., Giappichelli, Torino 1961, págs. 547 s.

che piuttosto deve definirsi come un ripensamento dei metodi e dei contenuti dello studio del diritto romano, di modo che esso non venga considerato come diritto vigente *per se*, ma rappresenti invece lo strumentario dal quale il giurista può trarre le categorie attraverso le quali analizzare la contemporaneità giuridica, al fine di individuare le ideologie e i condizionamenti che influenzano dall'interno il diritto odierno.

Attraverso questo studio, sviluppatosi soprattutto (ma non solo) in Italia a partire dagli anni Sessanta del Novecento, ci si rende conto di come gli schemi giuridici romanistici possano acquisire una loro rilevanza nel panorama attuale. In particolare, nell'ambito di questo filone interpretativo sono stati approfonditi, solo per citarne alcuni, argomenti concernenti la concezione stessa del diritto, della giustizia, dell'interpretazione, il ruolo e il significato della sistematica, il rapporto tra azione, diritto e processo, il concetto di persona, la proprietà, i diritti reali, il sistema romano dei contratti e la nozione di contratto, l'obbligazione, la responsabilità e via discorrendo². Una siffatta quantità di studi non è semplicemente finalizzata ad una migliore analisi storica della elaborazione giurisprudenziale di specifiche tematiche ed istituti: l'obiettivo finale è quello di un rinnovato dialogo con la cultura giuridica odierna, attraverso una revisione dei metodi di ricerca, che fa proprio l'insegnamento di Orestano di una riflessione problematica del diritto romano, in modo tale da superare quella percezione statica del diritto romano che ha portato a ritenere – parafrasando il Betti – che quest'ultimo non sia altro che «una scienza d'archivio condannata a perpetuo ristagno».

In questo contesto contrassegnato da forte dinamicità, il diritto romano svolge un compito di non secondaria importanza, orientando le scelte dei legislatori contemporanei, i quali si servono di esso come modello (senza, per ciò solo, considerarlo diritto vigente, così come la Pandettistica era accusata di fare) per una disciplina civilistica dal carattere tendenzialmente universalizzante. È proprio questo connotato che accomuna una siffatta regolamentazione allo *ius gentium* dell'epoca romana, da intendersi come quel complesso di regole che dava corpo all'idea di un diritto comune ai romani e agli altri popoli, i cui istituti non venivano ad essere in vigore *legibus*, bensì *moribus*, attraverso il contenuto dei giuristi. Del resto, come è stato acutamente osservato, anche «la realtà della storia e dell'espansione romana è segnata, da un lato, da una complessità di scelte e di gestio-

² Vid. CARDILLI, Riccardo, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Giappichelli, Torino 2021, págs. XLVII-XLIX.

ne dell'*Imperium populi Romani* con le comunità cittadine preesistenti [...], che non si lascia ridurre in uno schema unitario e monolitico e d'altro lato, quanto meno da un certo momento in poi, riflette una politica municipale di creazione di città che disegna un impero universale con una trama cittadina fortemente radicata, una delle eredità ancora visibili nell'Europa, nell'Asia minore e nel Nord-Africa contemporanei»³.

Se un simile scenario si innesta sui binari di un nuovo *ius gentium*, ove alle *civitates* dell'epoca antica si sostituiscono gli Stati contemporanei, che tra loro dialogano e cooperano in funzione del corretto andamento del mercato globale, non bisogna trascurare il ruolo del romanista in un siffatto svolgimento, essendo questo incaricato di uscire dal suo «splendido isolamento» per fornire le proprie conoscenze, il proprio metodo e finanche la propria *weltanschauung* alla scienza giuridica che si occupa della costruzione delle basi del diritto positivo contemporaneo, posto che «ogni tempo pone al diritto romano una domanda storica diversa, secondo il problema concreto di equilibri che in quel periodo la società sta vivendo»⁴.

Se, come è stato anticipato poc'anzi, questo fenomeno ha perlopiù coinvolto il diritto dei Paesi europei, esso è andato gradualmente allargandosi ad altre realtà nazionali, apparentemente lontane dalla nostra, quali la Cina e l'America Latina. Per quanto riguarda la Cina, gli esiti di questo dialogo si sono consolidati nel nuovo Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, approvato dall'Assemblea Nazionale del Popolo in data 28 maggio 2020 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2021, la cui suddivisione in sette libri – tra cui si annovera anche una Parte Generale, che evidenzia l'influenza sul legislatore cinese della struttura contenutistica del *BGB* – richiama le sette parti nelle quali erano divisi i *Digesta* giustinianeï, nonché alle *Siete Partidas* della tradizione romano-iberica. In America Latina, invece, l'ultimo prodotto, in ordine temporale, del ponte tra la tradizione giuridica romanistica e il diritto positivo vigente è stato il *Código Civil y Comercial de la Nación*, promulgato nel 2014, che ha sostituito il Codice civile del 1871

³ Vid. CARDILLI, Riccardo, *L'iniziativa 'yi dai yi lu' cinese come strumento di pace e commercio tra le civitates*, in CARDILLI, Riccardo, FORMICHELLA, Laura, PORCELLI, Stefano, STOEVA, Yana Ognyanova (a cura di), *Chang'an e Roma. Eurasia e Via della seta. Diritto, società, economia*, CEDAM, Milano 2019, pág. XII, ora anche in CARDILLI, Riccardo, PORCELLI, Stefano, *Introduzione al diritto cinese*, Giappichelli, Torino 2020, pág. 355.

⁴ Vid. SPANTIGATI, Federico, *Noi e il tardo impero: problemi attuali e esperienza del passato*, in VV.AA., *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XIII convegno internazionale in memoria di Andrè Chastagnol*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2001, págs. 789 ss.

redatto da Dalmacio Vélez Sársfield. Sia per il Codice civile cinese che per quello argentino può farsi ricorso ad una felice immagine impiegata con specifico riferimento a quest'ultimo da parte del codificatore argentino, il quale ha sottolineato come il codice venga ad essere il sole che irraggia i pianeti circostanti, rappresentati dalle altre leggi⁵.

Partendo da questi approdi, il presente lavoro si propone di esplorare l'elaborazione storica, comparatistica, legislativa e dottrinale del ruolo della buona fede intesa in senso oggettivo nella materia delle obbligazioni e dei contratti, sia per quanto concerne il diritto romano⁶, sia con riguardo alla sua evoluzione nel diritto dei Paesi ex-

⁵ Vid. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Aspectos valorativos del nuevo Código Civil y Comercial argentino*, in CARDILLI, Riccardo, ESBORRAZ, David Fabio (a cura di), *Nuovo Codice civile argentino e sistema latinoamericano*, CEDAM, Milano 2017, pág. 25.

⁶ La bibliografia dedicata a questo principio è vastissima. A titolo meramente esemplificativo, possono citarsi: HORVAT, Marijan, *Osservazioni sulla «bona fides» nel diritto romano obbligatorio*, in VV.AA., *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, I, Jovene, Napoli 1953, págs. 423 ss.; GROSSO, Giuseppe, s.v. *Buona fede (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè, Milano 1959, págs. 661 ss.; LOMBARDI, Luigi, *Dalla fides alla bona fides*, Giuffrè, Milano 1961; FREZZA, Paolo, *Fides bona*, in BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco Donato, GIAMPICCOLO, Giorgio, MERUSI, Fabio, NATOLI, Ugo, *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, págs. 3 ss., ora in FREZZA, Paolo, *Scritti*, a cura di AMARELLI, Francesco e GERMINO, Emilio, I, Lateran University Press, Roma 2000, págs. 197 ss.; CASTRESANA, Amelia, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Tecnos, Madrid 1991; DAJCZAK, Wojciech, «L'uso della locuzione 'bona fides' nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali», in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 44, 1997, págs. 71 ss.; ID., *L'uso della locuzione bona fides nei giuristi romani del periodo classico per la valutazione della diligenza dell'adempimento del contratto. Un'esperienza ispiratrice*, in ZABLOCKA, Maria (éds.), *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, I, Liber, Varsovie 2000, págs. 185 ss.; SCHERMAIER, Martin Josef, *Bona fides in Roman contract law*, in ZIMMERMANN, Reinhard, WITTAKER, Simon (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, págs. 63 ss.; i contributi riuniti in GAROFALO, Luigi (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Padova 2003; STOLFI, Emanuele, *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Jovene, Napoli 2004; SÖLLNER, Alfred, «Bona fides – guter Glaube?», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 122, 2005, págs. 1 ss.; TAFARO, Sebastiano, «Brevi riflessioni su buona fede e contratti», in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3, 2006, págs. 73 ss.; FIORI, Roberto, *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esperienza della buona fede oggettiva*, in GAROFALO, Luigi (a cura di), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio (Padova, 25-26 novembre 2005)*, Jovene, Napoli 2007, págs. 25 ss.; ID., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Jovene, Napoli 2008, págs. 237 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, «El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos», in *Revista*

traeuropei che si ispirano alla tradizione romanistica, con particolare attenzione dedicata al fenomeno codificatorio in Cina e in America Latina⁷. L'obiettivo è quello di verificare la vocazione del diritto romano ad essere un diritto universale, in grado di mettere in contatto civiltà tra loro molto distanti, quali sono, appunto, quella cinese e latino-americana.

In questo senso, la scelta della materia delle obbligazioni e dei contratti è legata ad una precisa volontà di verificare l'esistenza e la misura di una continuità tra il percorso giuridico romanistico e quello degli odierni diritti nazionali presi in considerazione, laddove emerge come entrambi i concetti di obbligazione e contratto nascono come strumenti volti a garantire la certezza dei rapporti giuridici e, in sostanza, l'ordine pubblico tra i consociati. Solo in un momento successivo, a tale funzione si è aggiunta quella di favorire il corretto svolgimento dei traffici commerciali. Inoltre, una siffatta preferenza è dettata dalla necessità, posta dall'epoca in cui viviamo, di comprendere se, nel raffronto tra esperienze giuridiche presenti e passate, possano trarsi elementi e chiavi interpretative utili a fronteggiare la realtà di un mercato sovranazionale in costante evoluzione con le sole armi degli ordini giuridici statuali. Invero, nel corso di questa ricerca, si cercherà di andare oltre la prospettiva dello statual-legalismo per risalire ai principi fondamentali della materia, dettati dalla tradizione romanistica e recepiti nei singoli ordinamenti nazionali in maniera diversa, ma con esiti sostanzialmente comuni.

de Derecho UNED, 7, 2010, págs. 275 ss.; FÖLDI, András, *Osservazioni intorno al c.d. dualismo della 'bona fides'*, in RUSSO RUGGERI, Carmela (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, II, Giuffrè, Milano 2010, págs. 483 ss.; NEME VILLARREAL, Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá 2010; FIORI, Roberto, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto (Parte seconda)*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Jovene, Napoli 2011, págs. 97 ss.; CORBINO, Alessandro, *Fides bona contraria est fraudi et dolo*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 60, 2013, págs. 110 ss.; RAMPELBERG, René-Marie, «La bonne foi contractuelle: d'un passe glorieux a un avenir contraste?», in *Fundamina. A Journal of Legal History*, 20 (2), 2014, págs. 777 ss.; CARDILLI, Riccardo, «Bona fides» tra storia e sistema, 3° ed., Giappichelli, Torino 2015; VALSAN, Remus, «Fides, bona fides, and bonus vir», in *Journal of Law, Religion and State*, 5 (1), 2016, págs. 48 ss.; WAELKENS, Laurent, «Réflexions sur la bona fides et la mala fides dans la tradition du droit romain», in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 86, 2018, págs. 1 ss.

⁷ Al riguardo, per una trattazione completa ed esaustiva da una prospettiva storico-comparatistica, vid. FACCO, Javier Humberto, *Vicisitudes de la buena fe negocial. Reflexiones histórico-comparativas*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá 2017.

II. LA *FIDES* E IL *CONSENSUS* QUALI ELEMENTI DI PASSAGGIO DALLO *IUS QUIRITIVUM* ALLO *IUS GENTIUM*.

Lo schema dell'*oportere*, espressione dell'archetipo dell'obbligazione romana, non può prescindere, nel suo sviluppo, dal rapporto con la *fides*, presente già sotto la vigenza del c.d. *ius Quiritium*, ovverosia del diritto consuetudinario (*mores*) che connotava la sfera dei *cives* nella Roma arcaica.

Di questa nozione possono essere date, in via preliminare, due letture: secondo una ricostruzione della dottrina più risalente⁸, la *fides* coincideva con il potere di una parte sull'altra e con la corrispondente subordinazione personale di quest'ultima; successivamente, il rapporto è arrivato a ricomprendere anche la 'sottomissione virtuale' di chi presta la *fides*, attraverso il valore impegnativo della parola. In contrapposizione a questa tesi, una interpretazione più recente⁹ assegna alla *fides* due funzioni: *in primis*, essa «costituisce il parametro per relazioni codificate dai *mores* anche nel contenuto»; in secondo luogo, essa «consente la nascita di vincoli non codificati nel contenuto dai *mores*, attraverso l'adozione di uno strumento 'aperto', come il giuramento, che permette di dar vita a un rapporto le cui regole sono dettate unicamente dai *verba* del giurante».

In questo contesto, è stata messa in luce la relazione tra il sostantivo *fides* e il verbo *credo*, che sottende l'idea di un atto di riconoscimento delle capacità o del ruolo dell'altro. Coerentemente, la *fides* indicherebbe la capacità di un soggetto di ricevere tale riconoscimento, che si traduce, in via secondaria, nell'atto di 'fidarsi' di quel soggetto. Questa esegesi aiuta a capire meglio la valenza sacrale connessa ai *gesta per aes et libram*, in cui il rispetto della parola data dai *patres familias* che si assumevano l'impegno giuridico, pronunciando le formule corrispondenti al negozio che si intendeva porre in essere («*certum dari spondes? Spondeo*» nella *sponsio*; «*hanc rem meam esse aio ex iure Quiritium, eaque mihi empta esto hoc aere aenea libra*» nella *mancipatio*), era espressione privilegiata dell'affidabilità ingenerata nell'altra parte¹⁰.

⁸ Vid. LOMBARDI, Luigi, *Dalla fides alla bona fides*, *op. cit.*

⁹ Vid. FIORI, Roberto, *Fides e bona fides*, *op. cit.*, págs. 237 ss.

¹⁰ Vid. PORCELLI, Stefano, *Hetong e contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Giappichelli, Torino 2020, pág. 124, che richiama a sostegno di questa lettura un passaggio del *De officiis* (Cic. *De off.* 1.23: *fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorum constantia et veritas*).

Con l'istituzione del *praetor peregrinus* nel 242 a.C.¹¹, il diritto comincia ad assumere rilevanza internazionale, diventando *ius gentium*, in quanto non coinvolgeva più soltanto i cittadini dell'*Urbe*, ma anche tutti i popoli coinvolti dall'espansione romana. È evidente, perciò, come «nell'ambito dello *ius gentium*, si dovette assistere alla nascita di alcuni schemi negoziali più vicini ai nuovi concreti interessi dei contraenti, grazie all'intermediazione decisiva della *bona fides*, del cui rispetto si faceva garante il pretore»¹². Occorre, a questo punto, domandarsi quali siano le motivazioni alla base dell'accostamento dell'attributo *bona* al sostantivo *fides*: accostamento che, a una prima lettura, può sembrare superfluo per le ragioni etimologiche che si sono sopra indicate. Vi è, però, chi fa notare che «finché i rapporti negoziali – e, in senso più lato, socio-economici – della Roma arcaica erano limitati alla sfera ristretta della comunità romana, dove lo *status* e dunque la *fides* di ogni soggetto erano noti, chiari e definiti, ciascuno impegnava la propria *fides* reale, effettiva. Quando, però, Roma si apre al confuso e mutevole mondo dei mercati e dei traffici internazionali, i rapporti si realizzano tra persone che – non appartenendo alla medesima comunità – non hanno contezza l'una del 'credito' dell'altra. È possibile, allora, che la prassi commerciale abbia sviluppato e che il pretore romano abbia adottato [...] un parametro oggettivo, astratto, desunto dall'esperienza romana, ma imposto anche agli stranieri che avessero chiesto una tutela entro la *iurisdictio* del pretore romano. Questo parametro astratto è una *fides* fittizia, convenzionale, svincolata dalla realtà concreta delle parti del rapporto, delle quali non si verifica – non può verificarsi – lo *status*, l'affidabilità: si richiama invece un paradigma comportamentale, espresso dalla figura del *bonus vir*»¹³.

Questa ricostruzione, da ritenersi ampiamente condivisibile, aiuta a comprendere meglio le sostanziali innovazioni apportate dal processo *per formulas*. Nell'editto del pretore, infatti, erano presenti azioni tipiche a tutela di alcune tipologie di *negotia* attraverso la previsione di *formulae in ius conceptae*, con cui il giudice, alla stregua dei *iudicia bonae fidei*, era chiamato a condannare il convenuto a fare o dare tutto ciò che era dovuto secondo buona fede (*quidquid dare face-*

¹¹ Evento che, secondo la scansione cronologica adottata in D'IPPOLITO, Federico Maria, LUCREZI, Francesco, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*, 3° ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012, págs. 57 ss., segna l'inizio della c.d. età mercantile, culminante nella battaglia di Azio del 31 a.C.

¹² Vid. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Giuffrè, Milano 2002, pág. 163.

¹³ Vid. FIORI, Roberto, *Fides e bona fides*, *op. cit.*, págs. 249 s.

re oportet ex fide bona)¹⁴. Tali *actiones*, coincidenti con altrettante funzioni economico-sociali tipizzate¹⁵, non possono considerarsi tanto il frutto della recezione nel diritto romano della prassi commerciale seguita nel Mediterraneo, quanto piuttosto il risultato dell'opera creativa della giurisprudenza romana, volta al definitivo superamento del formalismo che connotava gli antichi schemi, senza però eliminare del tutto la tipicità che li aveva caratterizzati in passato.

Trait d'union di questi *nova negotia* diventava, dunque, il *consensus*, quale elemento cui legare la volontà delle parti idonea ad impegnarle sul piano giuridico, in assenza di qualsiasi altra forma verbale e/o gestuale con cui esteriorizzare e stabilizzare la detta volontà, in grado di ingenerare un reciproco affidamento nei contraenti¹⁶.

Delineato il quadro evolutivo del concetto di *fides*, occorre adesso prendere in considerazione un passaggio del *De officiis* di Cicerone, che riporta l'opinione del giurista Quinto Mucio Scevola, mettendo in luce lo stretto legame tra *oportere* e *bona fides*.

Cic. De off. 3.17.70: Nam quanti verba illa «UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM» quam illa aurea «UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE». Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis in quibus adderetur 'ex fide bona'. Fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societati-

¹⁴ In merito agli *iudicia bonae fidei*, la bibliografia è decisamente ricca. A mero titolo esemplificativo, si considerino: KRÜGER, Hugo, «Zur geschichte der Entstehung der *bonae fidei iudicia*», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 11, 1890, págs. 188 ss.; CARCATERRA, Antonio, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Jovene, Napoli 1964; PARICIO SERRANO, Francisco Javier, *Sobre el origen y naturaleza civil de los bonae fidei iudicia*, in MURILLO VILLAR, Alfonso (coord.), *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M. Reimundo Yanes, II*, Universidad de Burgos, Burgos 2000, págs. 187 ss.; FRANCHINI, Lorenzo, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*. *Questioni di metodo e di merito*, Jovene, Napoli 2015.

¹⁵ Sul punto, con riguardo alla «realità quotidiana dei rapporti di affari [...] presa in considerazione nell'ambito dello *ius honorarium*», vid. LOVATO, Andrea, PULIATTI, Salvatore, SOLIDORO, Laura, *Diritto privato romano*, Giappichelli, Torino 2017, pág. 492.

¹⁶ FIORI, Roberto, «*Ius civile, ius gentium, ius honorarium*: il problema della 'recezione' dei *iudicia bonae fidei*», in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 101-102, 1998-1999, pág. 196, osserva come ad «assetti di interessi che nel sistema delle *legis actiones* non erano tutelati in sé, bensì solo in quanto versati in un negozio formale [...] l'avvento del processo formulare ha permesso di attribuire una tutela anche in assenza di formalizzazione; ma se ciò ha liberato i *cives* dal vincolo del formalismo ed ha consentito una protezione anche per i *peregrini*, esclusi dalle forme del *ius Quiritium*, tuttavia non ha determinato la 'nascita' dell'*emere, vendere, locare*, etc., bensì semplicemente l'affermazione del principio che l'*oportere* può nascere anche dal solo consenso».

bus, fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oportet¹⁷.

Trad.it.: Infatti quanta importanza in quelle parole «CHE A CAUSA TUA O DELLA FIDUCIA IN TE RIPOSTA IO SIA STATO TRATTO IN INGANNO O DEFRAUDATO», quanta in quelle parole d'oro «COSÌ COME È OPPORTUNO CHE SI AGISCA PER BENE TRA UOMINI ONESTI E SENZA FRODE». Ma chi siano uomini onesti e cosa sia agire per bene è una grande questione. Quinto Mucio Scevola, il pontefice massimo, diceva che vi era una enorme forza <creatrice> nei giudizi nei quali si aggiunge 'secondo buona fede'. Egli stimava che il concetto di buona fede si manifesta assai ampiamente e esso si riversa nelle tutele, nella società, negli atti fiduciari, nei mandati, nelle compravendite, nelle locazioni, nelle quali è contenuta la comunione di vita <tra gli uomini>: in questi giudizi, è compito del grande giudice statuere quanto ciascuna parte deve prestare all'altra¹⁸.

Questo passo è immediatamente successivo a quello in cui Cicerone distingue lo *ius civile* dallo *ius gentium*, ritenendo che quest'ultimo sia l'equivalente della *lex naturae* e, per questa ragione, esprimendo l'esigenza che i valori da esso veicolati vengano recepiti dalla *societas*¹⁹. Non deve apparire casuale, dunque, come al principio del brano Cicerone metta in discussione l'efficacia dei *concepta verba* dell'*actio fiduciae*, che ancora risentono del contesto interpersonale del rapporto di affidamento tra le parti e, quindi, di una carenza di astrattezza del contenuto del rapporto giuridico di natura obbligatoria. Tuttavia, il pontefice massimo Quinto Mucio Scevola rinveniva negli *arbitria 'ex fide bona'* una *summa vis*, che derivava dall'estensione della *bona fides*

¹⁷ La bibliografia su questo passo ciceroniano è vastissima, per tutti, si citano CARDILLI, Riccardo, «*Societas vitae* in Cic. *De off.* 3,17,70 e *obligatio consensu contracta*», in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 105, 2011, págs. 185 ss., nonché FALCONE, Giuseppe, «Il rapporto *ius gentium* – *ius civile* e la *societas vitae* in Cic., *off.* 3.69-70», in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 56, 2013, págs. 259 ss.

¹⁸ La traduzione in lingua italiana del passo citato è tratta da CARDILLI, Riccardo, «*Bona fides*» *tra storia e sistema*, *op. cit.*, págs. 277 s.

¹⁹ Cic. *De off.* 3.17. 69: *Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim – quod, etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius – latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, prior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur! Feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.*

a tutti quei negozi di cui la prassi socio-economica era costellata²⁰. In questo quadro, compito del *magnus iudex* è quello di stabilire cosa ciascuno è tenuto a corrispondere all'altro, in altre parole a riempire di significato, alla luce delle circostanze del caso concreto, i concetti etici di *vir bonus, bene agi, quidquid dare facere oportet ex fide bona*, difficilmente razionalizzabili se presi singolarmente.

Questo brano, dunque, evidenzia la centralità della *bona fides* nel *consensus* delle parti, segnando l'evoluzione di quest'ultimo concetto, definitivamente svincolato dal formalismo che lo contraddistingueva nell'epoca antica e, per ciò solo, più flessibile. La lealtà e la correttezza assumono un rilievo decisivo nella definizione del rapporto giuridico, andando oltre la mera fedeltà alla parola data alla base dell'*oportere ex sponsione* e dando luogo ad un'attività ermeneutica ben più complessa e profonda, che lo *iudex* è tenuto a compiere ai fini di una corretta attribuzione dei torti e delle ragioni.

Il passo in esame, inoltre, sofferma l'attenzione del lettore sulla figura di un giureconsulto dell'età repubblicana, Quinto Mucio Scevola, *pontifex maximus* e console nel 95 a.C., il quale, a detta di Pomponio, «*primum ius civile constituit generatim in libros decem et octo redigendo*»²¹. Infatti, è proprio attraverso la lettura del commentario del giurista di età adrianea-antonina ai XVIII *libri iuris civilis* di Quinto Mucio che si può comprendere il prezioso contributo di questa figura alla ricostruzione della nozione di *contrahere/contractus*, in quella che viene ritenuta «la più antica rappresentazione teorica delle attività contrattuali nel diritto romano»²².

²⁰ PORCELLI, Stefano, *Hetong e contractus*, *op. cit.*, págs. 131 s., distingue l'*actio fiduciae* dal ricorso alla clausola *ex fide bona*, affermando che nella prima «la violazione della *fides* risulta un requisito che condiziona la condanna del convenuto senza entrare a far parte della struttura della pretesa», mentre con la seconda «si indica il fondamento stesso della pretesa, quale principio che fonda ed alimenta (*ex fide bona*) il contenuto dell'obbligazione sorta tra le parti (*quidquid dare facere oportet*).

²¹ Pomp. *l. sing. enchiridii* D. 1.2.2.41: *Post hos QUINTUS MUCIUS Publii filius pontifex maximus ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo.*

²² BRUTTI, Massimo, *Il contratto nei giuristi romani e nelle costruzioni da Domat a Pothier*, in BONIN, Pierre, HAKIM, Nader, NASTI, Fara, SCHIAVONE, Aldo (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Giappichelli, Torino 2019, pág. 105.

III. IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE QUALE VIATICO DI UNA «MORALE» CONTRATTUALE NEL DIRITTO CIVILE CINESE

La centralità, sul piano generale, della buona fede nel diritto civile cinese è confermata dal fatto che questo principio è unanimemente considerato dalla dottrina una «clausola regale» (*diwang tiaokuan*), giustificandosi con ciò questa sua preponderanza. In questa sede, si cercherà di inquadrare questo concetto nel più specifico ambito della disciplina contrattuale per scoprire i significati di cui esso si carica e quali sono i suoi legami con la tradizione che del Codice civile costituisce la base essenziale.

Innanzitutto, è necessario prendere atto di come, con il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, questo principio sia stato ulteriormente rafforzato dal legislatore cinese, «al fine di dare espressione al rispetto dello spirito del contratto, di costruire una società affidabile e incoraggiare le transazioni di mercato»²³. Infatti, a venire in rilievo nel nuovo libro sui contratti non è soltanto l'affermazione di carattere generale enunciata, nella *Parte Generale*, all'art. 7, ma anche la formulazione dell'art. 465, in tema autonomia contrattuale²⁴. Non mancano, però, regole più specifiche, che sono il portato della previgente *Legge sui contratti*, nel cui ambito la buona fede assunse una particolare centralità.

Già nella Legge del 1999, infatti, il richiamo, implicito o esplicito, alla buona fede rappresentava una componente immancabile della disciplina legislativa, tant'è vero che esso trovava spazio in diverse fattispecie normative, di seguito riportate.

Art. 6 Legge sui contratti (1999): Le parti, nell'esercitare i diritti e nell'adempire agli obblighi, devono attenersi al principio di buona fede.

Art. 42 Legge sui contratti (1999): È tenuta al risarcimento dei danni la parte che, nel corso della formazione del contratto, causa una perdita alla controparte in presenza di una delle seguenti circostanze: 1) conduce trattative in mala fede simulando di concludere il contratto; 2) deliberatamente nasconde fatti importanti relativi alla conclusione del contratto o fornisce false informazioni in merito; 3) compie atti che violino il principio di buona fede.

²³ SHI, Hong, *Principali sviluppi e innovazioni nel libro sui contratti del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, in SACCOCCIO, Antonio, PORCELLI, Stefano (a cura di), *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Mucchi, Modena 2021, pág. 190.

²⁴ Art. 465 Codice Civile RPC: Il contratto concluso a norma di legge è tutelato da questa. Il contratto concluso in conformità della legge è giuridicamente vincolante solo per le parti, salvo diverse disposizioni di legge.

Art. 43 Legge sui contratti (1999): Le parti non possono rivelare né utilizzare indebitamente le informazioni riservate, di cui vengano a conoscenza nel corso della formazione del contratto, relative alle rispettive attività commerciali, indipendentemente dalla conclusione o meno di quest'ultimo. È tenuta al risarcimento dei danni la parte che, rivelando o usando in maniera indebita tali informazioni riservate, cagioni una perdita alla controparte.

Art. 60 Legge sui contratti (1999): Le parti devono adempiere integralmente alle proprie obbligazioni secondo quanto convenuto.

Le parti devono, attenendosi al principio di buona fede, adempiere agli obblighi di avviso, assistenza, segretezza etc. in base alla natura, allo scopo del contratto e agli usi commerciali.

Art. 92 Legge sui contratti (1999): Dopo l'estinzione dei diritti e delle obbligazioni del contratto, le parti devono attenersi al principio di buona fede e adempiere agli obblighi di avviso, assistenza, riservatezza etc., conformemente agli usi commerciali.

Tali disposizioni, cui deve altresì aggiungersi l'art. 125 in materia di interpretazione²⁵, mostrano come la buona fede funge non solo da criterio generale di interpretazione delle clausole contrattuali, ma deve altresì connotare il contegno tenuto dalle parti in ogni fase del rapporto contrattuale. Non a caso, nella vigenza della Legge del 1999, autorevole dottrina cinese, partendo dalle norme poc'anzi riportate, ha operato una meticolosa ricostruzione della presenza del principio della buona fede nei diversi momenti delle trattative, della conclusione ed esecuzione del contratto²⁶. Partendo dalla stipulazione, le parti sono chiamate ad osservare i doveri di: lealtà per quanto concerne la qualità del prodotto, il potere di adempimento, etc.; sincerità e corretta informazione; reciproca collaborazione, nel senso di impedire che taluna di esse approfitti di una propria posizione di vantaggio;

²⁵ Art. 125 Legge sui contratti (1999): *In caso di controversia sull'interpretazione delle clausole del contratto, il loro reale significato è determinato sulla base della terminologia usata nel contratto, delle altre clausole ad esso attinenti, dello scopo del contratto, degli usi commerciali e del principio di buona fede.*

Qualora il testo del contratto utilizzi due o più lingue e ne sia stabilita la pari efficacia, le parole e le espressioni sono considerate come aventi identico significato. Se i testi usano una terminologia non uniforme, essi devono essere interpretati in base allo scopo del contratto.

²⁶ Il riferimento è a WANG, Liming, FANG, Shaokun, WANG, Yi, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Zhongguo renmin daxue chubanshe, Beijing 2002, págs. 30 ss., riportato e tradotto, per quanto in questa sede direttamente interessa, in TOTI, Enrico, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, Roma TrE-Press, Roma 2020, pag. 156.

«mantenimento delle promesse» o, per usare un'espressione più vicina alla nostra cultura giuridica, «fedeltà alla parola data»²⁷.

A seguito della stipulazione, nel momento immediatamente precedente quello dell'adempimento, le parti sono chiamate all'assolvimento di alcuni doveri complementari, tra cui possono inserirsi, ad esempio, quello di comunicare le modalità d'uso del prodotto ovvero di facilitare la controparte nel rispettivo adempimento²⁸.

Il principio di buona fede opera anche nell'integrazione del contenuto contrattuale nei casi di incertezza: e così, nei contratti di compravendita, se per l'oggetto non è stabilito diversamente, il venditore è tenuto a consegnare un oggetto di media qualità; qualora il tempo dell'adempimento non sia meglio precisato, le parti devono consultarsi affinché alla controparte sia lasciato un tempo necessario e giusto; se il contratto non determina espressamente il luogo dell'adempimento, le parti possono consultarsi al fine di decidere il luogo più adeguato; in mancanza di indicazioni più dettagliate sulle modalità dell'adempimento, le parti sono chiamate a scegliere la strada più opportuna in tal senso; se il prezzo non sia esattamente fissato, le parti hanno la possibilità di stabilire un prezzo ragionevole dopo la conclusione del contratto, quale può essere, sempre nell'ipotesi del contratto di compravendita, il prezzo di mercato del bene al momento della consegna²⁹.

Nel corso del rapporto, la buona fede può assumere una sua rilevanza nel caso di mutamenti della situazione di fatto, che attribuisce alle parti il potere di modificare o risolvere il contratto a seguito di

²⁷ Nel vigente Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, una risposta concreta a tali esigenze è data nell'art. 500, secondo cui «*Durante la conclusione di un contratto, la parte che cagioni un danno è tenuta al risarcimento, ove ricorra una delle circostanze di seguito indicate:*

- 1) *svolgimento di trattative in mala fede con il pretesto della conclusione di un contratto;*
- 2) *occultamento intenzionale di fatti sostanziali o comunicazione di informazioni false relative alla conclusione del contratto;*
- 3) *compimento di altri atti contrari al principio di buona fede».*

²⁸ Sul punto, l'art. 509, comma 2, del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese statuisce espressamente che «*Le parti devono conformarsi al principio di buona fede e adempiere ad obblighi quali l'invio di comunicazioni, l'assistenza e il rispetto della riservatezza, in conformità con la natura e lo scopo del contratto e con gli usi negoziali».*

²⁹ Quanto appena visto è reso possibile, nel contesto del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, dall'art. 510, laddove si dispone che «*Se le parti non abbiano convenuto contenuti quali la qualità, il prezzo o il compenso o il luogo di adempimento e simili, o l'accordo non sia chiaro, dopo che il contratto sia divenuto efficace, possono concludere un accordo integrativo; se le parti non si accordano, il contenuto sarà precisato in base alle relative clausole del contratto o agli usi negoziali».*

una consultazione tra di esse³⁰, oppure in ipotesi di inadempimento di una parte che non abbia comunque prodotto un danno grave, che non consente all'altra parte la facoltà di sciogliere il contratto³¹.

Infine, una serie di doveri complementari permane tra le parti anche a seguito dell'estinzione del rapporto: tra essi, possono annoverarsi, ad esempio, quello dell'invio di notifiche, della prestazione di assistenza, del mantenimento della riservatezza e del recupero dei beni utilizzati secondo gli usi negoziali³².

Una volta considerati gli specifici obblighi cui il rispetto di questo principio dà luogo, è doveroso soffermarsi sul significato che assume la buona fede nell'ambiente cinese, utilizzando come termine di paragone il suo ambito di operatività nel diritto romano, limitato, come si è avuto modo di constatare nel capitolo precedente, ad alcune figure contrattuali tipiche, assistite da tutela giudiziale mediante i c.d. *iudicia bonae fidei*, azioni fondate sulla clausola dell'*oportere ex fide bona*³³.

Nel diritto cinese, fortemente influenzato dal confucianesimo, la buona fede è dotata di un sostrato etico che pone in risalto il fattore umano quale presupposto fondamentale del potere di adempiere agli obblighi contrattuali. Gli effetti di una simile visione sono stati ben individuati, in dottrina, da Han Shiyuan, il quale ha evidenziato come la buona fede abbia «creato un ordine morale nelle attività economiche di mercato [...]; inoltre, induce le parti coinvolte in attività commerciali a mantenere i propri impegni, ad essere onesti, a non ingannare, a non perseguire i propri interessi con l'intento di danneggiare interessi altrui; ha, dunque, creato parametri etici per commercianti e lavoratori onesti. In definitiva, sotto questo aspetto, la legge si eleva a

³⁰ Facoltà garantita anche dal Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, ove, agli artt. 543 e 562, comma 1, è previsto che le parti possono modificare o risolvere il contratto «previo accordo a seguito di trattative».

³¹ Questa affermazione è ancor più vera se si considera che l'art. 563, comma 1, n. 4 inserisce, tra le circostanze che possono dare luogo alla risoluzione del contratto, quella del «tardivo adempimento del debito o altre ipotesi di inadempimento del contratto ad opera di una delle parti tali da rendere impossibile il raggiungimento dello scopo di esso».

³² Tali obblighi sono enunciati nell'art. 558 del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, ove si statuisce che «Nel momento dell'estinzione del rapporto obbligatorio, le parti devono osservare il principio di buona fede e simili, adempiere obblighi quali l'invio di notifiche, la prestazione di assistenza, il mantenimento della riservatezza e il recupero dei beni utilizzati secondo gli usi negoziali».

³³ TALAMANCA, Mario, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in GAROFALO, Luigi (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, op. cit., IV, págs. 1 ss., ove l'A. (alla pag. 60) mette in luce il «carattere 'settoriale' dell'operatività della buona fede oggettiva nell'ordinamento romano per quanto riguarda il sistema contrattuale».

valore morale». È lo stesso Han Shiyuan, inoltre, ad aver identificato i profili evolutivi di tale principio nell'«ampliamento del suo ambito di applicazione» e nell'«incremento della sua efficacia». Infatti, esso «rientra in ogni campo di attività, compreso quello del contratto, ed il suo effetto si realizza pienamente dal momento in cui la normativa lo ha modificato da principio generale a criterio interpretativo: si impedisce alle parti di accordarsi per eluderlo, mentre il tribunale popolare può applicarlo direttamente. Per natura, il principio di buona fede equivale all'etica di mercato stabilita dalla legge indicando un codice di comportamento delle parti»³⁴.

Sull'esistenza di una distinzione tra natura etica e natura giuridica della buona fede, la dottrina cinese appare, tuttavia, divisa. Della posizione assunta dai sostenitori di questa tesi rende conto Xu Guodong, il quale osserva come questi studiosi «ritengono che i due tipi di buona fede abbiano le seguenti differenze: I) l'origine. La buona fede di natura etica ha origine nel confucianesimo ed è propria della cultura cinese. La buona fede di natura giuridica ha origine nelle regole sugli scambi commerciali nel diritto romano; pertanto, possiede carattere di universalità. II) Il contenuto. La buona fede di natura etica si applica nei rapporti tra persone che si conoscono, la seconda nei rapporti tra estranei. III) La funzione. La buona fede di natura etica costituisce solamente un criterio di condotta, la buona fede di natura giuridica è un criterio di giudizio. IV) L'ambito di applicazione. La prima non è garantita in nessun Paese in forma coercitiva, la seconda lo è. I non sostenitori, al contrario, ritengono che la distinzione tra natura etica e natura giuridica della buona fede non abbia motivo di esistere, in quanto la buona fede unisce in sé sia l'ambito etico, sia l'ambito giuridico, con duplice funzione nell'osservanza sia della morale che della legge»³⁵.

Qualunque sia la posizione assunta in questo dibattito, sta di fatto che l'elaborazione cinese del principio della buona fede è un esempio emblematico del fortunato incontro tra la cultura giuridica di matrice romanistica e le soluzioni formulate nell'alveo della tradizione cinese, che rispecchia in pieno l'antico motto del Movimento Yangwu, che predicava «il sapere occidentale come mezzo, il sapere cinese come

³⁴ HAN, Shiyuan, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], 3° ed., Falü chubanshe, Beijing 2011, pág. 41, così come citato in TOTI, Enrico, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico*, op. cit., págs. 156 s.

³⁵ XU, Guodong, *Minfa jibenyuanze jieshi – chengxin yuanze de lishi, shiwu, fali yanjiu* [Spiegazione dei principi fondamentali del diritto civile: ricerca su storia e aspetti pratici del principio di buona fede; *ratio* dei principi fondamentali del diritto civile], Beijing daxue chubanshe, Beijing 2013, págs. 80 s., per quanto riportato e tradotto in TOTI, Enrico, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico*, op. cit., págs. 157 s.

fondamento» (*xi xue wei yong, zhong xue wei ti*). Non a caso, questo concetto è stato sovente affiancato ad altri che, per quanto familiari alla tradizione occidentale, assumono un significato diverso, di carattere più etico che giuridico, quali sono quelli della «ragionevolezza» (*heli*) e dell'equità (*gongping*). Essi danno luogo, in ambito contrattuale, ad una applicazione del principio confuciano del *ren* (umanità), in base al quale la soluzione adoperata dalle parti, secondo «onestà e correttezza», deve essere «equa» e, soprattutto, «ragionevole»³⁶.

IV. CONCLUSIONI. LA RICOSTRUZIONE DELLA BUONA FEDE COME PRINCIPIO GENERALE NEL DIRITTO LATINO-AMERICANO

Pur non sminuendo una tale assenza l'importanza del principio nell'ambito della sistematica del diritto civile, una ricostruzione in chiave etica della buona fede è del tutto assente in America Latina, laddove il diritto civile richiama in gran parte la tradizione romano-iberica, dal momento che il *Derecho de las Indias*, cioè quel complesso di regole che includeva le norme emanate dalla Corona di Castiglia e León e dagli organi a ciò legittimati per i territori dell'America Latina, disciplinò solo in parte gli istituti del diritto delle obbligazioni e dei contratti. In questo senso, i principali riferimenti erano dati dalla *Nueva recopilación* (1567), dalle *Leyes de Toro* (1505) e dalle *Partidas*, cui si affiancava il sistema chiuso delle *Siete Partidas* (XIII sec. d.C.), fondato sulla tipicità dei contratti³⁷.

A partire da questo materiale normativo hanno preso le mosse, già a partire dal XIX secolo, le opere istituzionali per la didattica giuridica, tra le quali si segnalano le *Instituciones de derecho romano* del codificatore cileno Andrés Bello e le *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias* di José María Álvarez, il quale, riprendendo la quadripartizione romana dei contratti, da un lato evidenzia la interconnessione tra bilateralità oggettiva e buona fede («*Todos estos contratos son de buena fé por lo mismo que son bilaterales*»), che risale all'epoca di Quinto Mucio Scevola ed è richiamata anche nelle *Institutiones* gaiane e giustinianee; dall'altro, accentua la reciprocità dei doveri, non necessariamente collegati alla volontà delle parti o alle prestazioni tipiche del contratto, non potendo, perciò, essere predeterminati

³⁶ Vid. NOVARETTI, Simona, *Le clausole generali nel diritto cinese: la clausola di buona fede e la giurisprudenza*, in AJANI, Gianmaria, LUTHER, Jörg (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene, Napoli 2009, págs. 396 s.

³⁷ Sul punto, si rinvia alla trattazione svolta in ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La buena o mala fe en la tradición jurídica de Castilla*, Dykinson, Madrid, 2021.

(«*pues en ellos están obligados los contrayentes á prestarse mutuamente varios oficios*»).

A differenza del diritto tedesco, dove essa è sostanzialmente una clausola generale il cui contenuto deve essere precisato³⁸, la buona fede si atteggia nel diritto latino-americano come un principio generale, aspetto che favorisce un suo studio da un punto di vista sostanziale, mirato alla determinazione del suo contenuto in astratto³⁹. Questo obiettivo ha portato la dottrina a prediligere un ricorso alle teorie sviluppate nell'ambito del diritto comparato (e, in particolar modo, a quelle formulate dalle dottrine tedesca e italiana)⁴⁰ piuttosto che una predisposizione di applicazioni del principio a casi concreti. Una tale scelta si è riverberata sull'operato della giurisprudenza, la quale, negli ultimi tempi, ha adoperato la buona fede nella risoluzione di nuovi problemi giuridici, determinandone una espansione, rispetto alla regolamentazione degli effetti del contratto - è questa, appunto, la collocazione che ha il principio nel *Código Civil de Chile* (art. 1546)⁴¹ -, ad altre fasi della disciplina contrattuale e, nello specifico, a quella precontrattuale, alla conclusione del contratto e alla responsabilità postcontrattuale⁴².

³⁸ Si veda, per esempio, il § 242 del BGB, in virtù del quale «*Il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione così come lo richiede la buona fede, tenuto conto degli usi del traffico giuridico*».

³⁹ In merito, vid. EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal, RODRÍGUEZ DIEZ, Javier, «*Expansión y límites de la buena fe objetiva. A propósito del 'Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos'* », in *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21, 2013, págs. 152 ss.

⁴⁰ Emblematico è il caso del diritto civile cileno, in cui il principio della buona fede è stato invocato, tra le altre cose, in merito alla rinegoziabilità delle obbligazioni pecuniarie, alla responsabilità precontrattuale e postcontrattuale, alla c.d. dottrina dell'atto proprio, ai concetti di abuso del diritto e frode alla legge, all'esigenza di particolari doveri di comportamento, alla c.d. teoria dell'imprevedibilità (o, in altri termini, del dovere di rinegoziazione in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta), all'impossibilità di domandare la risoluzione del contratto in caso di parziale inadempimento di scarsa importanza, all'interpretazione oggettiva del contratto secondo buona fede e all'onere del creditore di ridurre i danni derivanti dall'inadempimento contrattuale. Sul punto, vid. FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990, págs. 158 ss., 162 s. e 188 ss.; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, I, 2° ed. aggiornata, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, págs. 306 s.; ID., *op. cit.*, II, págs. 391 s. e 398 ss.; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los principios generales del derecho*, Ediciones Universidad Católica, Santiago 2003, pág. 67.

⁴¹ Art. 1546 *Código Civil de Chile*: *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.*

⁴² Su questa espansione della buona fede contrattuale in Cile, vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, «*La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el*

Una siffatta espansione è andata anche oltre i confini del Codice civile, applicandosi anche a settori eterogenei, come, ad esempio, il diritto dei consumatori, il diritto processuale del lavoro⁴³, il diritto della libera concorrenza⁴⁴ e il diritto processuale civile⁴⁵, fino ad arrivare a campi quasi del tutto estranei all'ambito civilistico, quali sono il diritto delle assicurazioni⁴⁶, il diritto costituzionale⁴⁷, il diritto amministrativo⁴⁸, il diritto del lavoro⁴⁹ e il diritto tributario⁵⁰.

ordenamiento civil chileno», in *Revista de Derecho Privado*, 12-13, 2007, págs. 146 ss.; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, II, *op. cit.*, págs. 399 ss.; BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2011, págs. 137 ss.

⁴³ Art. 430 *Código del Trabajo de Chile*: *Los actos procesales deberán ejecutarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias.*

⁴⁴ Art. 3 *Ley 20169 Regula la competencia desleal* (2007): *En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado.*

⁴⁵ In dottrina, vid. ROMERO SEGUEL, Alejandro, «El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios», in *Revista Chilena de Derecho*, 30 (1), 2003, págs. 167 ss.; CARRETTA MUÑOZ, Francesco, «Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia», in *Revista de Derecho*, 21 (1), 2008, págs. 101 ss.; GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe, «La buena fe en el proceso civil chileno», in *Nomos*, 2, 2008, págs. 133 ss.; HUNTER AMPUERO, Iván, «No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración», in *Revista de Derecho*, 21 (2), 2008, págs. 151 ss. Sul piano legislativo, si segnala che il vigente *Código Procesal Civil de Chile* contiene alcune norme isolate che prescrivono l'applicazione del principio della buona fede, come, per esempio, gli artt. 88, comma 2, e 724, ma ciò non ha impedito alla dottrina ed alla giurisprudenza di estenderne l'applicazione a tutto il diritto processuale. Questa situazione muta con il *Proyecto de Código Procesal Civil*, che all'art. 5 sancisce il principio della «buona fede processuale», che testualmente recita: «*Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe. El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe.*».

⁴⁶ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, «La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva», *op. cit.*, págs. 147 ss.; RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos, *La buena fe en el contrato de seguro de vida*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2010.

⁴⁷ Vid. RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio, «Interpretación constitucional y principio de la buena fe», in *Estudios Constitucionales*, 1 (1), 2003, págs. 739 ss.

⁴⁸ Vid. BOETTIGER PHILIPPS, Camila, «El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística», in *Actualidad Jurídica*, 19, 2009, págs. 309 ss. Tuttavia, deve osservarsi come in questa sede la buona fede sia principalmente intesa in senso soggettivo, venendo in rilievo in merito alla tutela delle situazioni giuridiche consolidate dei terzi.

⁴⁹ Vid. IRURETA URIARTE, Pedro, «Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno», in *Ius et Praxis*, 17 (2), 2011, págs. 133 ss.

⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, «Las empresas mineras y la buena fe contractual», in *Estudios Públicos*, 95, 2004, págs. 237 ss. A ciò si aggiunga altresì

Questa situazione, che per grandi linee ricorda la funzione di mantenimento dell'ordine pubblico svolta nell'antica Roma dall'*oportere ex bona fide*, ha costretto la dottrina ad interrogarsi sulla ubicazione della buona fede nell'ambito delle fonti del diritto, laddove alcuni autori rilevano come, essendo un principio generale, essa sia di per sé fonte del diritto, che il giudice si limita a riconoscere⁵¹, mentre altri sottolineano che fonte del diritto non sia in realtà la buona fede, ma la giurisprudenza che la applica⁵².

In ultimo, la centralità del principio della buona fede oggettiva risulta, in una prospettiva *de iure condendo*, anche dalla posizione da esso occupata nel contesto dei *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, progetto elaborato da un gruppo di studiosi cileni, venezuelani, argentini, uruguayi, paraguaiani, colombiani e francesi, al fine di preservare e rinforzare la tradizione giuridica continentale, di favorire le relazioni economiche e commerciali tra i Paesi partecipanti e offrire un modello attuale di diritto dei contratti anche agli altri Paesi dell'America Latina⁵³. Nello specifico, l'Articolo 7 del *Proyecto*, incluso nella parte dedicata alle disposizioni generali, afferma che «Le parti devono agire alla stregua delle esigenze imposte dalla buona fede» e che «Le clausole limitative contrarie alla buona fede non producono nessun effetto»⁵⁴. Inoltre, la buona fede è richiamata in altre norme del *Proyecto* e, segnatamente, in quelle dedicate alla responsabilità precontrattuale⁵⁵, alla irrevocabilità della

che l'art. 26 del *Código Tributario de Chile* fa riferimento a un problema di buona fede, seppur intesa in senso soggettivo.

⁵¹ Vid. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los principios generales del derecho*, op. cit., págs. 22 ss.

⁵² Vid. WIEACKER, Franz, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen 1956, págs. 11 ss., laddove l'Autore si esprime in maniera particolarmente critica nei confronti dell'applicazione della buona fede come esercizio di sussunzione da parte dei giudici, segnalando che si è piuttosto dinanzi ad una creazione del diritto. Vid. anche SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al derecho*, 2° ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2011, págs. 380 ss.

⁵³ Per un approfondimento, vid. DE LA MAZA, Íñigo, PIZARRO, Carlos, VIDAL, Álvaro (Coord. y Ed.), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2017.

⁵⁴ Art. 7 *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: Buena fe*. (1) *Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe*. (2) *Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno*.

⁵⁵ Art. 11 *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: De los daños en la negociación del contrato*. (1) *El daño causado por el retiro de las negociaciones contrario a las exigencias de la buena fe debe ser indemnizado*. (2) *También es obligado a esta reparación el que inicia una negociación o se mantiene en ella sin ánimo o posibilidad de contratar*. (3) *En ningún caso se indemniza la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado*.

propuesta contrattuale⁵⁶, alla scadenza della stessa⁵⁷, alla possibilità di accettazione⁵⁸, al regime dell'errore⁵⁹, alla sproporzione eccessiva⁶⁰ e ai rimedi contro l'inadempimento.

Una simile dinamica evolutiva dimostra come l'importanza della buona fede non si limiti ai soli ordinamenti nazionali, essendo altresì al centro degli sforzi di unificazione normativa in ambito internazionale, a ulteriore riprova del fatto che uno studio diacronico della materia delle obbligazioni e dei contratti non può assolutamente prescindere dal ruolo svolto da questo principio in ciascuna delle epoche e dei contesti analizzati, che aiuta in una migliore comprensione delle analogie e delle differenze fra culture giuridiche radicalmente opposte e distanti tra loro.

⁵⁶ Art. 18 *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: Irrevocabilidad de la oferta. La oferta es irrevocable si: (1) El oferente le ha atribuido ese carácter. (2) El oferente le ha fijado un plazo para la aceptación, sin reserva expresa de la facultad de revocarla. (3) El destinatario hubiera, conforme a la buena fe, podido confiar en su irrevocabilidad.*

⁵⁷ Art. 19 *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: Caducidad de la oferta. La oferta, aun irrevocable, caduca si: (1) Fue rechazada por el destinatario. La caducidad opera desde que el rechazo llega al oferente. (2) La respuesta del destinatario contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones que alteren sustancialmente los términos de la oferta. (3) El oferente fallece o se incapacita antes de la recepción de la aceptación. (4) No es aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, en ausencia de plazo, dentro de aquel esperable conforme a la buena fe.*

⁵⁸ Art. 23 *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: Oportunidad de la aceptación. (1) La aceptación, cualquiera sea su forma, produce efectos si llega al oferente dentro del término fijado, y a falta de plazo, dentro del que resulte conforme a la buena fe, atendidas las circunstancias de la negociación y los medios de comunicación empleados por el oferente. (2) La aceptación de las ofertas verbales debe ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.*

⁵⁹ Art. 29 *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: Régimen del error. (1) El error vicia el contrato si: (a) Es provocado por información suministrada por la otra parte. (b) La otra parte lo conoció o debió conocerlo y no lo informó, de acuerdo con lo dispuesto por la buena fe. (c) Ambas partes han padecido el mismo error. (2) En estos casos, hay nulidad si el error es excusable o el riesgo de su existencia no fue o debió ser asumido por quien lo padece.*

⁶⁰ Art. 37 *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: Excesiva desproporción. (1) Una parte puede demandar la adaptación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, o su nulidad, si otorgan a la otra una ventaja excesiva contraria a las exigencias de la buena fe. (2) Para calificar lo excesivo de la ventaja deben tomarse en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia o falta de experiencia. Igualmente debe considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato. (3) A solicitud de la parte agraviada, el juez puede adaptar el contrato a fin de ajustarlo al acuerdo que habrían alcanzado las partes conforme a la buena fe. (4) La parte contra quien se demanda la nulidad puede, igualmente, solicitar su adaptación en los términos del inciso precedente, siempre y cuando haga saber inmediatamente esta decisión a la otra parte.*

BIBLIOGRAFÍA

- Ajani, Gianmaria, Luther, Jörg (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene, Napoli 2009.
- Alcalde Rodríguez, Enrique, *Los principios generales del derecho*, Ediciones Universidad Católica, Santiago 2003.
- Álvarez Cora, Enrique, *La buena o mala fe en la tradición jurídica de Castilla*, Dykinson, Madrid, 2021.
- Bigliuzzi Geri, Lina, Breccia, Umberto, Busnelli, Francesco Donato, Giampiccolo, Giorgio, Merusi, Fabio, Natoli, Ugo, *Studi sulla buona fede*, Milano 1975.
- Boetsch Gillet, Cristián, *La buena fe contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2011.
- Boettiger Philipps, Camila, «El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística», in *Actualidad Jurídica*, 19, 2009, págs. 309 ss.
- Brutti, Massimo, *Il contratto nei giuristi romani e nelle costruzioni da Domat a Pothier*, in Bonin, Pierre, Hakim, Nader, Nasti, Fara, Schiavone, Aldo (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Giappichelli, Torino 2019, págs. 105 ss.
- Carcattera, Antonio, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Jovene, Napoli, 1964.
- Cardilli, Riccardo, «Bona fides» *tra storia e sistema*, 3° ed., Giappichelli, Torino 2015.
- , *Fondamento romano dei diritti odierni*, Giappichelli, Torino 2021.
- , «*Societas vitae* in Cic. *De off.* 3,17,70 e *obligatio consensu contracta*», in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 105, 2011, págs. 185 ss.
- Cardilli, Riccardo, Formichella, Laura, Porcelli, Stefano, Stoeva, Yana Ognyanova (a cura di), *Chang'an e Roma. Eurasia e Via della seta. Diritto, società, economia*, Cedam, Milano 2019.
- Cardilli, Riccardo, Esborraz, David Fabio (a cura di), *Nuovo Codice civile argentino e sistema latinoamericano*, CEDAM, Milano 2017.
- Cardilli, Riccardo, Porcelli, Stefano, *Introduzione al diritto cinese*, Giappichelli, Torino 2020.

- Carretta Muñoz, Francesco, «Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia», in *Revista de Derecho*, 21 (1), 2008, págs. 101 ss.
- Castresana, Amelia, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Tecnos, Madrid 1991.
- Corbino, Alessandro, *Fides bona contraria est fraudi et dolo*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 60, 2013, págs. 110 ss.
- Corral Talciani, Hernán, «La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno», in *Revista de Derecho Privado*, 12-13, 2007, págs. 146 ss.
- Dajczak, Wojciech, «L'uso della locuzione 'bona fides' nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali», in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 44, 1997, págs. 71 ss.
- , *L'uso della locuzione bona fides nei giuristi romani del periodo classico per la valutazione della diligenza dell'adempimento del contratto. Un'esperienza ispiratrice*, in Zablocka, Maria (éds.), *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, I, Liber, Varsovie 2000, págs. 185 ss.
- De la Maza, Íñigo, Pizarro, Carlos, Vidal, Álvaro (Coord. y Ed.), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2017.
- D'ippolito, Federico Maria, Lucrezi, Francesco, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*, 3° ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012.
- Eyzaguirre Baeza, Cristóbal, Rodríguez Díez, Javier, «Expansión y límites de la buena fe objetiva. A propósito del 'Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos' », in *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21, 2013, págs. 152 ss.
- Facco, Javier Humberto, *Vicisitudes de la buena fe negocial. Reflexiones histórico-comparativas*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá 2017.
- Fernández de Buján, Antonio, «El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos», in *Revista de Derecho UNED*, 7, 2010, págs. 275 ss.
- Fiori, Roberto, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto (Parte seconda)*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e*

- metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Jovene, Napoli 2011, págs. 97 ss.
- Fiori, Roberto, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Jovene, Napoli 2008, págs. 237 ss.
- , «*Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'recezione' dei iudicia bonae fidei*», in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 101-102, 1998-1999, págs. 165 ss.
- , *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, in Garofalo, Luigi (a cura di), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio (Padova, 25-26 novembre 2005)*, Jovene, Napoli 2007, págs. 25 ss.
- Földi, András, *Osservazioni intorno al c.d. dualismo della 'bona fides'*, in Russo Ruggeri, Carmela (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, II, Giuffrè, Milano 2010, págs. 483 ss.
- Franchini, Lorenzo, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Jovene, Napoli 2015.
- Frezza, Paolo, *Fides bona*, in Frezza, Paolo, *Scritti*, a cura di Amarelli, Francesco e Germino, Emilio, I, Lateran University Press, Roma 2000, págs. 197 ss.
- Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990.
- Garofalo, Luigi (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Padova 2003.
- González Castillo, Joel, «Las empresas mineras y la buena fe contractual», in *Estudios Públicos*, 95, 2004, págs. 237 ss.
- Gorigoitía Abbott, Felipe, «La buena fe en el proceso civil chileno», in *Nomos*, 2, 2008, págs. 133 ss.
- Grosso, Giuseppe, s.v. *Buona fede (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè, Milano 1959, págs. 661 ss.
- Han, Shiyuan, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], 3° ed., Falü chubanshe, Beijing 2011.
- Horvat, Marijan, *Osservazioni sulla «bona fides» nel diritto romano obbligatorio*, in VV.AA., *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*

- nel XLV anno del suo insegnamento*, I, Jovene, Napoli 1953, págs. 423 ss.
- Hunter Ampuero, Iván, «No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración», in *Revista de Derecho*, 21 (2), 2008, págs. 151 ss.
- Irureta Uriarte, Pedro, «Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno», in *Ius et Praxis*, 17 (2), 2011, págs. 133 ss.
- Krüger, Hugo, «Zur geschichte der Entstehung der *bonae fidei iudicia*», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 11, 1890, págs. 188 ss.
- Lombardi, Luigi, *Dalla fides alla bona fides*, Giuffrè, Milano 1961.
- López Santa María, Jorge, *Los contratos. Parte general*, 2º ed. aggiornata, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998.
- Lovato, Andrea, Puliatti, Salvatore, Solidoro, Laura, *Diritto privato romano*, Giappichelli, Torino 2017.
- Neme Villarreal, Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá 2010.
- Orestano, Riccardo, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2º ed., Giappichelli, Torino 1961.
- Paricio Serrano, Francisco Javier, *Sobre el origen y naturaleza civil de los bonae fidei iudicia*, in Murillo Villar, Alfonso (coord.), *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M. Reimundo Yanes*, II, Universidad de Burgos, Burgos 2000, págs. 187 ss.
- Porcelli, Stefano, *Hetong e contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Giappichelli, Torino 2020.
- Ramírez Arrayás, José Antonio, «Interpretación constitucional y principio de la buena fe», in *Estudios Constitucionales*, 1 (1), 2003, págs. 739 ss.
- Rampelberg, René-Marie, «La bonne foi contractuelle: d'un passe glorieux a un avenir contraste?», in *Fundamina. A Journal of Legal History*, 20 (2), 2014, págs. 777 ss.
- Romero Seguel, Alejandro, «El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios», in *Revista Chilena de Derecho*, 30 (1), 2003, págs. 167 ss.

- Ruiz-Tagle Vial, Carlos, *La buena fe en el contrato de seguro de vida*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2010.
- Saccoccio, Antonio, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Giuffrè, Milano 2002.
- Saccoccio, Antonio, Porcelli, Stefano (a cura di), *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Mucchi, Modena 2021.
- Schermaier, Martin Josef, *Bona fides in Roman contract law*, in Zimmermann, Reinhard, Wittaker, Simon (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, págs. 63 ss.
- Söllner, Alfred, «*Bona fides – guter Glaube?*», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 122, 2005, págs. 1 ss.
- Spantigati, Federico, *Noi e il tardo impero: problemi attuali e esperienza del passato*, in VV.AA., *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XIII convegno internazionale in memoria di André Chastagnol*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2001, págs. 789 ss.
- Squella Narducci, Agustín, *Introducción al derecho*, 2° ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2011.
- Stolfi, Emanuele, *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Jovene, Napoli 2004.
- Tafaro, Sebastiano, «*Brevi riflessioni su buona fede e contratti*», in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3, 2006, págs. 73 ss.
- Toti, Enrico, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, Roma TrE-Press, Roma 2020.
- Valsan, Remus, «*Fides, bona fides, and bonus vir*», in *Journal of Law, Religion and State*, 5 (1), 2016, págs. 48 ss.
- Waelkens, Laurent, «*Réflexions sur la bona fides et la mala fides dans la tradition du droit romain*», in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 86, 2018, págs. 1 ss.
- Wang, Liming, Fang, Shaokun, Wang, Yi, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Zhongguo renmin daxue chubanshe, Beijing 2002.
- Wieacker, Franz, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen 1956.
- Xu, Guodong, *Minfa jibenyuanze jieshi – chengxin yuanze de lishi, shi-wu, fali yanjiu* [Spiegazione dei principi fondamentali del diritto

civile: ricerca su storia e aspetti pratici del principio di buona fede; *ratio* dei principi fondamentali del diritto civile], Beijing daxue chubanshe, Beijing 2013.

LA IDEOLOGÍA DE LA FEMINIDAD EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MUJER RURAL EN EL PROTOFRANQUISMO

THE IDEOLOGY OF FEMININITY IN THE SOCIAL PROTECTION
OF RURAL WOMEN IN THE PROTO-FRANCOIST PERIOD

Rafael Díaz Moya¹

FPI Postdoctoral. Departamento de Servicios Sociales
y Fundamentos Histórico-jurídicos. Facultad de Derecho.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Sumario: *I. Introducción. Los antecedentes al franquismo. II. La exclusión ideológica de la protección. II.A. Los seguros sociales como control social. II.B. El auxilio social. II.C. El Régimen del Subsidio Familiar. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.*

Resumen: La evolución normativa en la protección de la mujer en el protofranquismo se estableció con el objetivo del conservacionismo de la raza y amparar a la mujer para su gran misión: la de ser madre. Unido a que la Iglesia entró en la vida política para encaminar a la mujer hacia posicionamientos católicos y conservadores alejados de una cosmovisión de ciudadanía centrada en el mundo del trabajo, la perspectiva de la sociedad desde los años 40 del siglo xx estuvo dirigida al mantenimiento de una familia patriarcal en la que la misión de la mujer no fue otra que la caridad cristiana alejada de cualquier

¹ Este artículo ha sido realizado en el contexto de las Ayudas FPI para la formación de personal investigador de la UNED 2018 (convocadas por Resolución de 20 de febrero de 2018 de la UNED, publicada en el BICI nº 20/Anexo I de 5 de marzo de 2018); y dentro del Proyecto de investigación PID2021-124531NB-I00: «El estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo» como investigador adscrito.

derecho que le pudiera reconocer la normativa sobre protección social. Organizaciones como el Auxilio Social desempeñaron un papel relevante en la atención social después de la Guerra Civil a costa de superponer la ideología a la protección de la mujer, mediante unas instituciones de previsión dirigidas a revolucionar el aspecto social mediante la herramienta de control social que fue el Movimiento Nacional-Sindicalista.

Palabras clave: ideología, mujer, agricultura, auxilio social, seguro social.

Summary: The normative evolution in the protection of women in the proto-Francoist period was established with the aim of preserving the race and protecting women for their great mission: that of being mothers. Together with the fact that the Church entered political life to steer women towards Catholic and conservative positions far removed from a worldview of citizenship centred on the world of work, society's perspective from the 1940s onwards was aimed at maintaining a patriarchal family in which women's mission was none other than Christian charity, far removed from any right that could be recognised by social protection regulations. Organisations such as the Auxilio Social played a relevant role in social care after the Civil War at the cost of superimposing ideology on the protection of women, through welfare institutions aimed at revolutionising the social aspect by means of the tool of social control that was the National-Syndicalist Movement.

Keywords: ideology, women, farm, social welfare, social insurance.

I. INTRODUCCIÓN. LOS ANTECEDENTES PREVIOS AL FRANQUISMO

En España, desde el siglo xix, la cuestión social expresó una preocupación relacionada casi exclusivamente con la cuestión agraria y contra los trabajos «ociosos» de la mujer, por lo que se llegó a decir que «La ley de 19 de febrero de 1836 que previene la venta de los bienes nacionales hace inevitable la mendicidad abriendo la puerta a la ociosidad y al crimen»².

² FLORES ESTRADA, A., *La cuestión social, o sea origen, latitud y efectos del derecho de propiedad*, Imprenta de D. Miguel de Burgos, Madrid, 1839, citado en DÍAZ MOYA, R., *La clase obrera en riesgo. La protección laboral ante la cuestión social (1873-1936) Prólogo de Remedios Morán Martín*, IUSTEL, Madrid, 2024, p. 51.

La falta de preparación para la Segunda Revolución Industrial se debió no solo a la falta de protección social, sino también a otros factores como la ausencia de recursos energéticos, las altas tasas de analfabetismo, la falta de políticas que fomentasen el proceso industrializador y la creación de un baremo muy diferenciado entre productividad agrícola y salarios. Esto perjudicó gravemente al obrero agrícola, quien optó por una extraña indiferencia hacia mujer que influyó en la configuración posterior de la protección social³.

El parlamentarismo español también reflejaba la oposición social a la incorporación de la mujer al trabajo. Eduardo Dato (1856-1921) expresó su preocupación por la mujer en su proyecto de ley del 30 de noviembre de 1899, pero no se enfocó en ayudarla como trabajadora, sino en fortalecerla para su gran tarea, la maternidad, que está estrechamente relacionada con el cuidado de los hijos. El período anterior al franquismo presentaba carencias importantes que afectaban a las mujeres, como la falta de protección y las múltiples prohibiciones en su lugar de trabajo, la desprotección contractual sin protección sindical, aumentada por su falta de asociacionismo, y la ausencia de acción parlamentaria para proteger a las mujeres que se desarrolló con más crudeza en el incumplimiento de la normativa en el siglo xx⁴, más allá de algunas voces krausistas femeninas como Concepción Arenal Ponte (1820-1893), Adolfo González Posada y Biesca (1860-1944), o algún católico social como el zaragozano Inocencio Jiménez.

Nicolás Salmerón Alonso (1864-1933) superponía la razón moral de que el legislador debe proteger lo doméstico en lugar de otros aspectos, y culpaba a la mujer del declive salarial del varón por su «intrusión» en la industria. Salmerón consideraba deplorable que el trabajo de la mujer fuera confrontado con el modelo de familia establecido⁵.

La mentalidad rural, con respecto a la protección de la mujer en la agricultura, venía determinada desde mucho antes de la II República. El Instituto de Reformas Sociales (IRS) estaba al tanto de la falta de

³ DÍAZ MOYA, R., *La madre obrera: un callejón sin salida (1873-1936)*. Prólogo de Rosa Peñasco, Dykinson, 2024, p. 55.

⁴ GACETA DE MADRID, núm. 339, Tomo IV, de 05-XII-1899, p. 775. «la necesidad de conciliar la protección debida al infortunio de la infancia y a la debilidad de la mujer, cuando por falta de recursos han de buscar su subsistencia la mujer y el niño en la fábrica, en el taller o en la mina, con una libertad de trabajo que no les prive de emplear con fruto su actividad y sus fuerzas». Citado en DÍAZ MOYA, R., *La madre obrera: un callejón sin salida (1873-1936)*, o. c., pp. 33-34.

⁵ *Id.*, *la madre obrera: un callejón sin salida (1873-1936)*. Prólogo de Rosa Peñasco, o. c., p. 41.

aseguramiento para el retiro obrero de los trabajadores del campo debido a que los sindicatos violaban constantemente la legislación. Esto constituía un desafío para el mantenimiento de las cajas agrarias, ya que no se trataba de un grupo reducido de trabajadores. La mayoría de los obreros en España eran agrícolas y no fueron superados por el grupo de la industria hasta la década de los años cuarenta del siglo xx. Además, ocurrió una situación inusual en otros sectores: la mayoría de las clases campesinas rechazaron las reformas del Instituto Nacional de Previsión (INP), considerándose esta situación un peligro para la paz debido a la influencia de los sindicatos agrícolas que sólo querían su propio beneficio. Los agricultores no consideraron que la ausencia de protección financiera pudiera aumentar su falta de recursos, especialmente en el grupo de personas mayores que no habían realizado cotizaciones. Para resolver el problema de la afiliación, se requirió cambiar la mentalidad del grupo agrícola al incorporar los beneficios del seguro desde una perspectiva cristiana de la vida, lo que podría influir en la aceptación del retiro obrero, hecho que siguió fomentándolo el régimen de Franco. Las estadísticas de afiliación hasta el alzamiento militar mostraban claramente la gran falta de apoyo existente, ya que los mayores de 65 años no recibían atención del Estado más allá de los homenajes a la vejez, lo que no evitaba la pobreza, con la exclusión absoluta de la mujer⁶.

Franco estableció una diferencia entre la cuestión obrera y la cuestión social distinguiendo los problemas sociales del problema obrero por el que consideraba a la mujer culpable del retraso en la solución de la cuestión social, al estilo de los pronunciamientos de José Canalejas y Méndez (1854-1912)⁷.

En la misma línea que el período anterior, en la práctica, el régimen franquista tenía como objetivo establecer la protección del modelo de familia tradicional decimonónico como principal herramienta para recuperar y mantener una sociedad cristiana. Esto implicaba volver a un discurso que excluía a la mujer de la esfera pública, donde la construcción de la familia cristiana y la moral católica eran los pilares de la sociedad a mantener.

La razón de la ausencia de implantación de un seguro social unificado se basó en que no se llegaron a producir las diversas publicaciones necesarias debido al retardo en el seguimiento de los proce-

⁶ *Id.*, *La clase obrera...*, o. c. p. 210.

⁷ MEDINA RUIZ, I; FERNÁNDEZ PARADAS, R., «La mujer en la ideología anticlerical republicana. Un estudio desde la prensa malagueña», en *Vivat Academia. Revista de Comunicación*, núm. 147, 2019, p. 46

dimientos administrativos para tal fin. No obstante, el gran trabajo previo de investigación, tanto de la Comisión de Reformas Sociales (CRS), el IRS y el INP, para que pudiese llegar a ser una realidad fue utilizado posteriormente por el régimen franquista.

Haciendo abstracción de todas las posibles dificultades, un tipo de seguro integral que incluyese a todos los órdenes, incluyendo a la agricultura, parecía oportuno por las positivas consecuencias de tipo social que tenía que arrastrar, tanto en la protección por las consecuencias derivadas del accidente del trabajo⁸, como en lo concerniente a la protección de la maternidad de la mujer⁹.

Las circunstancias del momento histórico español, en vísperas de una Guerra Civil, impidieron conocer los resultados de la importantísima encuesta pública, previa a la Orden de 28 de mayo de 1936 por la que se abrió una información pública para formular observaciones a las Bases del anteproyecto para la unificación de los seguros sociales que hubiera podido llegar a tramitarse si se hubiera actuado con más diligencia¹⁰.

Una vez finalizada la Guerra Civil, la unificación de los seguros sociales como los había planteado la II República tendió a desaparecer, aunque no del todo. Todo el trabajo republicano, y anterior, vino a modificarlo el régimen franquista con una política de ensombrecimiento y ocultamiento de su labor, como expresa la exposición de motivos del seguro de enfermedad, con total falsedad:

«No se había implantado en España como consecuencia de las luchas imperantes entre los diversos partidos políticos, en los que los intereses particulares en juego impedían esta realización»¹¹.

Sin embargo, las líneas maestras de los sistemas de protección social de la II República se utilizaron para implantar también el resto de los seguros sociales en la dictadura, incluso con sus graves errores. Por ejemplo, la aplicación del retiro obrero a las trabajadoras,

⁸ A este respecto *vid.* DÍAZ MOYA, R., *La clase obrera en riesgo: la protección laboral ante la cuestión social, (1873-1936), prólogo de Remedios Morán Martín.*

⁹ Sobre los problemas de la maternidad, *vid., Id., La madre obrera: un callejón sin salida (1876-1936), prólogo de Rosa Peñasco.*

¹⁰ FUEJO, D., «Los Seguros sociales, conferencia sobre el seguro social de enfermedad en la Escuela de Artes y Oficios de Vitoria, 6 junio 1936» en *Anales del INP*, Año XXVIII, núm. 136, Imprenta de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, junio de 1936, pp. 581-590. Fuejo pronunció esta conferencia dentro de un ciclo organizado por el Colegio de médicos de Álava.

¹¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 361, de 27-XII-1942, pp. 10592 a 10597 que publica la Ley de 12 de diciembre de 1942 por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad.

aunque regulado por la normativa, presentaba diversas trabas que utilizó el empresario para no afiliadas. Las dudas sobre la inclusión en el régimen se centraron en la determinación del concepto de asalariada, aunque trabajasen en el domicilio. No obstante, el intento del régimen por implantar un sistema de coordinación de los seguros sociales que incluyera a la clase obrera que representaba la agricultura presentaba problemas actuariales, donde se va a reconocer que «la ordenación jurídica de los servicios sanitarios nacionales adolece en la actualidad de tantas y tales deficiencias que su corrección aparece con carácter de medida necesaria»¹².

La gran herencia del ingente trabajo tanto del IRS como del INP que llevaron a iniciar un conjunto de seguros sociales se realizó en una cosmovisión muy específica, el paso de una normativa decimonónica centrada en el Código Civil a otra derivada de una incipiente legislación laboral que se iniciaba, la cual, influyó en el un tímido cambio en la identidad social de la mujer, a nivel normativo.

La guerra suspendió estos trabajos y el INP, efectuando un giro radical, incluyó el seguro de enfermedad en un proyecto de seguros sociales unificados o coordinados al margen de la agricultura, que aprobó su Consejo en 3 de diciembre de 1939 y que elevó al Ministerio. No obstante, aunque pudiera parecer que los miembros vinculados al INP —Inocencio Jiménez, Vicente Madera Peña, Luis Jordana de Pozas— seguían siendo los mismos, y se tuviera el convencimiento de que podría seguirse la labor anterior, se produjo un cambio transcendental. A nivel propagandístico, el régimen publicitó como «impulso decisivo de la protección social» la labor realizada en el período anterior a través del ministro de trabajo José Antonio Girón de Velasco (1911-1995) creando una comisión encargada de redactar un anteproyecto de seguros obreros, para «su inmediata implantación» como una novedosa obra del Nuevo Estado¹³.

El impacto que sufrieron los seguros sociales por el inicio de la Guerra Civil, como el seguro de enfermedad, siguió manteniendo la ausencia del Estado considerándose el paso de la voluntariedad a la obligatoriedad como un «impacto muy pequeño [en parte] por excluir

¹² GUILLÉN RODRÍGUEZ, A. *La construcción política del sistema sanitario español: de la postguerra a la democracia*. Ed. Exlibris, Madrid, 2000, pp. 52 y 58. Sobre la exposición de motivos de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, después de ver, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 331, de 26-XI-1944, p. 8908.

¹³ JORDANA DE POZAS, L., *Los Seguros sociales en España de 1936 a 1950. Informe sobre las actividades y resultados del INP*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1953, p.31.

a la mayoría de los trabajadores en España, es decir, a la población agraria», y a la mujer principalmente¹⁴.

Mismo problema tuvieron otros seguros como el de maternidad que además se convirtió, dentro del conjunto de aquellas deficiencias, en la gran contradicción con el Fuero del Trabajo de 1938, ya que la Declaración II pretendía «liberar a la mujer casadas del taller y de la fábrica»¹⁵.

II. LA EXCLUSIÓN IDEOLÓGICA DE LA PROTECCIÓN

Recordando que con la proclamación de la II República se incluyeron los beneficios de los seguros sociales al colectivo agrario, como por ejemplo la normativa sobre accidentes de trabajo, aunque en un primer momento se restringiera a los asalariados, aprobadas las bases que se insertan para la aplicación a la agricultura de la Ley de Accidentes del trabajo, se intentó dar respuesta a las demandas del campo mediante el Decreto de 12 de junio de 1931 incluyendo la responsabilidad del patrono en accidentes no derivados de maquinaria agrícola donde se incorporaron los efectos del clima sobre el obrero agrícola:

«La ley de 30 de enero de 1900 que estableció en España la indemnización por accidentes del trabajo sobre el principio del riesgo profesional, solamente protegía a los obreros agrícolas ocupados en faenas en que se utilizaran motores accionados por una fuerza distinta a la del hombre, y ya en 1902 la masa obrera campesina clamó por que se extendiese a toda ella la protección limitada a los trabajadores de la industria»¹⁶.

Seguidamente se incorporó el Decreto de 26 de agosto de 1931¹⁷, aprobándose el Reglamento para la aplicación a la agricultura de la Ley de Accidentes del Trabajo.

¹⁴ GÁLVEZ MUÑOZ, L., «Un balance del surgimiento del Estado del Bienestar y del desarrollo de los seguros sociales en España» en Jerònia Pons Pons y Javier Silvestre Rodríguez, *Los orígenes del Estado del Bienestar en España, 1900-1945*, Editorial Prensas Universitarias Zaragoza, 2010, pp. 269-270.

¹⁵ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 505, de 10-III-1938, p. 6.179 que publica el Decreto aprobando el Fuero del Trabajo formulado por el Consejo Nacional de Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S.

¹⁶ GACETA DE MADRID, núm. 164, de 13-VI-1931, pp. 1.352-1.354 que publica el Decreto aprobando las Bases, que se insertan, para la aplicación a la Agricultura de la ley de Accidentes del Trabajo.

¹⁷ *Id.*, núm. 242, de 30-VIII-1931, pp. 1.509-1.518 que publica el Decreto aprobando el Reglamento para la aplicación a la agricultura de la ley de Accidentes del Trabajo.

Hay que tener en cuenta la importancia de estos decretos dado que más de la mitad de la población activa eran trabajadores agrícolas, como se observa en la clasificación de la población española, incluso en 1950, donde sobre un total nacional de 10.793.057 trabajadores, 5.271.037 eran trabajadores rurales¹⁸, aunque, por otra parte, sufrirían modificaciones reglamentarias a la aplicación de la Ley de accidentes puesto que se obvió la figura del derecho adquirido republicano debido al cambio en el modelo ideológico en el Nuevo Estado que perjudicaba a la mujer, principalmente¹⁹.

El avance en la estabilización de un programa de seguros sociales que incluyera al campo español se plasmó en el Decreto de 8 de octubre de 1932 creando un hito en el avance de la protección por accidente ya que se extendía expresamente la aplicación en todos los sectores, incluida la agricultura, aunque se siguió excluyendo a los pequeños agricultores:

«Las industrias o trabajos que darán lugar a responsabilidad del patrono serán las explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias, siempre que empleen constantemente más de seis obreros; que hagan uso de máquinas agrícolas movidas por motores inanimados. Los accidentes ocurridos en las demás explotaciones de esta clase se regirán por el Decreto-ley de 12 de Julio, 9 de septiembre de 1931, y sus disposiciones complementarias»²⁰.

Esta normativa modificó al alza los supuestos de protección, incrementó los importes relativos a las indemnizaciones por incapacidad permanente y fallecimiento donde se empezó a hablar de renta vitalicia en lugar de pago de un importe fijo en los casos anteriores y, sobre todo, creó una obligación patronal en el aseguramiento de cualquier clase de obrero:

«El patrono es responsable de los accidentes definidos en el artículo 1.º ocurridos a sus operarios» — incluidos los agrícolas— en el que en su artículo primero «A los efectos de la presente Ley, se entiende por

¹⁸ INE, Anuario estadístico de 1951 a 1960, *Clasificación de la población en España, de activa e inactiva, por grupos y provincias*, Fondo Documental Anuario 1960, pp. 86-87.

¹⁹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 282, de 09-X-1947, pp. 5.569-5.570 que publica el Decreto de 22 de septiembre de 1947 por el que se autoriza la indemnización por gastos de sepelio en los casos de accidente. Como por ejemplo la modificación del artículo 77 mediante el Decreto de 22 de septiembre de 1947 que modifica la cuantía de la prestación por gastos de sepelio, no en relación con un derecho adquirido sino por la vinculación poblacional en virtud del número de habitantes.

²⁰ GACETA DE MADRID, núm. 286, de 12-X-1932, pp. 218-224 que publica el Decreto relativo al texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo en la industria.

accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena —ya no específica sólo en la industria—»²¹.

Sin embargo, el espíritu unificador de este decreto no pudo hacerse efectivo a todos los sectores. Ante tal situación, mediante la Orden de 10 de mayo de 1932 encargaba al INP el estudio técnico necesario para la unificación de los seguros sociales de invalidez, vejez, maternidad, enfermedad y muerte, y la coordinación de éstos con los seguros de accidentes del trabajo en la industria, incluyendo también a la agricultura²².

Desde octubre de 1932 a mayo de 1934, las notas informativas para las ponencias sobre la unificación concluyeron con diez bases que derivaron en el texto aprobado por el Consejo del Patronato en el Pleno en septiembre de 1935, constituyendo el Proyecto de Ley para la unificación de los seguros sociales mediante la publicación del anteproyecto el 28 de mayo de 1936.

No obstante, a pesar de las disposiciones publicadas desde noviembre de 1936 hasta mayo de 1937 en un intento de «reconstrucción de la legalidad y detención del proceso revolucionario» el clima bélico de absoluta «desorganización social» provocó la publicación de numerosas normativas movilizadoras de una situación de Guerra Civil que derivó en la suspensión de todo el trabajo legislativo de integración produciendo una gran incidencia sobre la protección social que tuvo un mayor alcance en la mujer rural²³.

Especialmente hay que mencionar el Decreto de 8 de enero de 1937 que suspendió la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1931 relativa a la enfermedad profesional, «hasta tanto se dicten las nuevas disposiciones que regulen la reparación de los accidentes de trabajo especialmente en la agricultura»²⁴. Igualmente importante, en la disminución de derechos por la guerra, fue la esterilidad de los Tribunales Industriales, que se intentó evitar estableciendo procedimientos, la mayoría inocuos, mediante Decreto de 27 abril 1937 para solicitar pagos de indemnizaciones por accidente de trabajo a la Caja

²¹ *Ibid.*

²² *Id.*, núm. 131, de 10-V-1932, p. 1.091.

²³ MONTOYA MELGAR, A., «Ideología y lenguaje en las leyes laborales en España: la Guerra Civil» en *Revista Anales de Historia Contemporánea*, núm. 7, 1989, p. 181.

²⁴ GACETA DE LA REPÚBLICA, núm., 36 de 5-II-1937 p.651 que publica el Decreto autorizando al Presidente del Consejo de Ministros para que presente a las Cortes un proyecto de Ley relativo a la convalidación de los Decretos expedidos por la Presidencia del Consejo y demás departamentos ministeriales.

nacional del seguro de accidentes porque las mutuas, ante el escenario de guerra, no los hacían efectivos, como tampoco abonaban las cuotas de los seguros sociales relativos al retiro obrero, maternidad y accidentes de trabajo. Este hecho se intentó atajar por parte del ministro de trabajo Anastasio De Gracia Villarubia (1890-1981) mediante el Decreto de 16 de febrero del mismo año²⁵ implorando encarecidamente a las compañías y mutualidades de seguros de accidentes del trabajo el más exacto cumplimiento de los artículos que se indican del Reglamento de Accidentes de Trabajo, aunque no tuvo ningún éxito²⁶. En la misma normativa de guerra, ante su avance, se estableció una nueva concepción por parte de Manuel Azaña Díaz (1880-1940) del derecho de protección al desvalido transformándolo en un derecho hacia los hijos abandonados «deber social de asistencia solidaria [...] a los necesitados de tutela [...] con relación al abandono de niños»²⁷.

La unificación que se pretendió de los seguros sociales hizo necesaria, por el transcurso de la guerra, del dictado de normas al INP cuya complejidad de funciones se desbordaba, especialmente a los efectos de autonomía, por lo que se transfirieron las competencias al Ministerio de Hacienda para «para la orientación, coordinación y práctica de la política del Estado en cuanto a los seguros sociales en general»²⁸, siendo la medida subsiguiente la conversión de las cajas colaboradoras en delegaciones del instituto, en la necesidad de una mayor economía en los gastos, teniendo en cuenta aquel nuevo perfil centralizador de sus servicios y normas²⁹ para su aplicación en la agricultura, donde las «nuevas circunstancias» creaban la necesidad de

²⁵ *Id.*, núm. 50, de 19-II-1937, pp. 883 a 884 que publica el Decreto recordando a las Empresas industriales la obligación de abonar a las Compañías de Seguros las cuotas por los conceptos de Retiro obrero, Maternidad y Accidentes del Trabajo, a fin de que se cumplan los fines sociales previstos.

²⁶ *Id.*, núm. 42, de 11-II-1937, p. 782 que publica la Orden encareciendo a las Compañías y Mutualidades de Seguros de Accidentes del Trabajo el más exacto cumplimiento de los artículos que se indican del Reglamento de Accidentes de Trabajo.

²⁷ *Id.*, núm. 7, de 07-I-1937, pp. 107 a 108 que publica el Decreto disponiendo que el Consejo Superior de Protección de Menores se denominará en lo sucesivo Consejo Nacional de Tutela de Menores, conservando su actual estructura, con las modificaciones que se introducen por el presente Decreto.

²⁸ *Id.*, núm. 219, de 07-VIII-1937, p. 530 que publica Decreto adscribiendo al Ministerio de Hacienda y Economía, para la orientación, coordinación y práctica de la política del Estado en cuanto se refiere a los seguros en general, el Instituto Nacional de Previsión.

²⁹ *Id.*, núm. 58, de 27-II-1938, p. 1.075 que publica el Decreto de 25 de febrero de 1938.

«dar mayor flexibilidad a los preceptos que le han de ser aplicables»³⁰. Se intentaba paliar la falta de solvencia de las compañías y mutualidades cuyas centrales se encontraban fuera del territorio sometido al Gobierno de la República y que no daban servicio. En este sentido, en la suscripción de las pólizas contratadas por los patronos con las entidades aseguradoras en «territorio faccioso» se acabó reconociendo la rescisión de las pólizas si las delegaciones de las mutualidades dejaban de atender sus funciones, circunstancia que perjudicaba especialmente a los seguros de la mujer y que eran los más necesarios como en la maternidad³¹.

En período bélico, la II República siguió legislando en una confrontación con las publicaciones legislativas de la zona franquista. El bando republicano, aparte de dictar innumerables órdenes aprobando relaciones de elementos clasificados como enemigos del régimen, publicó normas como la expropiación sin indemnización y a favor del Estado de las fincas rústicas de los que habían participado en el levantamiento contra la República, considerándose legalmente constituidas todas explotaciones colectivas formadas a partir de día siguiente al alzamiento militar³² para el aprovechamiento de todas las tierras susceptibles de cultivo en el territorio de la zona leal³³, normas encaminadas a la mayor eficacia en las operaciones agrícolas de la recolección de cereales y leguminosas del año agrícola³⁴, continuos reajustes departamentales, conforme avanzaba la guerra, que pasaban a depender directamente de la Dirección del Instituto de Reforma Agraria³⁵ requiriendo también continuas disposiciones hacia las Juntas provinciales en relación a asistirles en la economía de producción debido a las «especiales exigencias de los cultivos [...] con el fin de mantener la

³⁰ *Id.*, núm. 241, de 29-VIII-1937, pp. 849 a 852 que publica el Decreto modificando la vigente legislación de Cooperativas para su aplicación en el campo, para que pueda cumplir las necesidades a satisfacer la cooperación agrícola, de conformidad con el articulado y apartados que se insertan.

³¹ *Id.*, núm. 156, de 05-VI--1938, pp. 1.202 a 1.203 que publica el Decreto de 3 junio de 1938.

³² *Id.*, núm. 160, de 09-VI-1937, p. 1.142 que publica la Orden disponiendo se consideren legalmente constituidas en el presente año agrícola todas las explotaciones colectivas formadas a partir del 19 de Julio de 1936 y dictando normas a seguir por el Instituto de Reforma Agraria, a los fines pretendidos en esta disposición, en favor de las colectividades campesinas.

³³ *Id.*, núm. 111, de 21-IV-1938, p. 437 que publica la Orden de 16 de abril de 1938.

³⁴ *Id.*, núm. 131, de 11-V-1938, p. 836 que publica la Orden de 10 de mayo de 1938.

³⁵ *Id.*, núm. 330, de 26- XI-1938, p. 78 que publica el Decreto de 25 de noviembre de 1938.

intensidad productiva de los cultivos de la zona [...]» incorporando a las mujeres a los trabajos campesinos pero sin afiliación³⁶.

Posteriormente, la influencia del Fuero del Trabajo en la protección de los trabajadores agrícolas se basó en acciones continuas de contrarreforma, sobre todo el trabajo de la II República desde una base conservadora, tradicionalista y católica. Especialmente se refleja en la base X en lo relativo a la *Mater e Magistra* de Pío XI y a la Encíclica *Pacen in Terris* por la que había pedido medios para que los obreros, por medio de instituciones privadas o públicas de previsión, pudieran asegurarse el subsidio en casos de vejez, de enfermedad o de paro, así como constituir dos tipos de seguro «uno de los productos de la tierra, otro de los propios agricultores y de sus respectivas familias conforme a las normas de justicia social —del Régimen de Franco, no de la normativa europea que se aplicó por los krausistas— estableciendo para los agricultores unos sistemas de previsión acordes con la nueva ideología»³⁷. Dicho sistema, que acabó siendo muy diferente a los de otros sectores de la sociedad, presentó el agravante de partir de una concepción intervencionista de la agricultura, recogido en el propio texto como maniobra claramente propagandística, con la exclusión de la mujer, debido a que sus funciones no estaban centradas en el mundo del trabajo³⁸.

Las medidas políticas autárquicas, fuertemente intervencionistas del régimen basadas en rudimentarios principios económicos olvidándose del campo y centrándose en la industria acaparada por el varón, especialmente a nivel de protección social, borraron el sentido social de las reformas sociales agrarias republicanas para configurar un proyecto exclusivamente sobre la propiedad agraria, que desechó los derechos sociales campesinos derivados de la relación laboral. Dicho proyecto ocasionó una crisis de aseguramiento, que unida a una depresión agraria posterior durante los años cuarenta en los que se rechazaba sistemáticamente cualquier reforma agraria, provocó un «amplio mercado negro», con lo que todo ello comportaba, consta-

³⁶ *Id.*, núm. 62, de 03-III-1939, pp. 489 a 490 que publica la Orden de 17 de enero de 1939.

³⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 505, de 10-III-1938, p. 6.179 que publica el Fuero del Trabajo y después de ver FAOAGA, M., «El futuro del trabajo y la doctrina social de la Iglesia» en *Revista de Política Social*, núm. 58, Madrid, Abril/Junio 1963, pp. 37-38.

³⁸ CAMOCHO CANTUDO, M.A.; RAMOS VÁZQUEZ, I., *Introducción jurídica a la historia de las relaciones de trabajo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, p. 212.

tándose el deterioro de las condiciones de vida agraria retrocediendo a niveles del siglo xix³⁹.

Valgan los ejemplos del conjunto de medidas por las que se regularon la devolución de las tierras, cosechas y medios de producción por las que los agricultores fueron despojados de las tierras, pasando exclusivamente a su uso por arrendamiento, en la mayoría de los casos reguladas y administradas por el servicio de recuperación, como exponía la Ley de Recuperación Agrícola, la cual, determinaba como bien agrícola abandonado para «mejor cumplimiento de la recuperación agrícola —eufemismo—» el perteneciente a «particulares que se encuentren en este estado, los de procedencia desconocida y los que hubiesen pertenecido al Ejército y Milicias marxistas o a los organismos oficiales de las llamadas autoridades rojas». En lo que respecta a las ocupaciones destaca la Orden de 25 de marzo de 1939 por la que la realización de esta acción en las fincas por el Instituto de Reforma Agraria (IRA) con posterioridad al 18 de julio de 1936 se iba a considerar como «invasiones y despojos ilegales», quedando, por consiguiente, a la libre disposición de sus propietarios desde el momento mismo de su liberación. La siguiente normativa —la Ley de 23 de febrero de 1940— demostrará el sentido que le anticipaba la orden anterior, y que perseguía el régimen, es decir, «la finalidad única del Nuevo Estado debe constituir el criterio fundamental de no impulsar, ni intentar siquiera, el paso de arrendatarios a propietarios»⁴⁰.

³⁹ BARCIELA LÓPEZ, C., «Introducción. Segunda parte: los costes del franquismo en el sector agrario: la ruptura del proceso de transformaciones» en GARCÍA-SANZ MARCOTEGUI, A., GARRABOU SEGURA, R., Vol. 3: El fin de la agricultura tradicional (1900-1960), Crítica, 1985, pp. 390-393.

⁴⁰ La legislación objeto de reforma es la Orden de 28 de agosto de 1936 que garantiza los pagos de las rentas que correspondan a los propietarios de las fincas que han sido ocupadas por el Instituto de Reforma Agraria, y que el Estado pueda reintegrarse de los anticipos hechos a las Comunidades de Campesinos y Cultivadores en Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España núm. 13, de 29-VIII-1936, p. 52; BOLETÍN OFICIAL DE LA JUNTA DE DEFENSA NACIONAL DE ESPAÑA, núm. 13 de 29-VIII-1936 que publica el Decreto número 71, pp. 49-50. Decreto núm. 74, de 28 de agosto de 1936 que aprueba medidas con relación a las fincas intervenidas por el IRA. Decreto núm. 128, de 24 de septiembre de 1936 en *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 14 de 30-VIII-1936. Decreto de 25 de septiembre de 1936 por el que se dictan reglas complementarias a las disposiciones promulgadas por la Junta de Defensa Nacional sobre aplicación de la Reforma Agraria en *Id.*, núm. 133 de 25-IX-1936. Decreto de 6 de abril de 1938 sobre reorganización del Ministerio de Agricultura en BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 534, de 08-IV-1938, pp. 6.676-6.677. *Id.*, núm. 562, de 06-V-1938, pp. 7.146 a 7.149 que publica la Ley de 3 de mayo de 1938 de Recuperación Agraria. *Id.*, núm. 587, de 01-VI-1938, p. 7.643, que publica la Orden de 31 de mayo de 1938 por la que se declara la constitución de las Comisiones Depositarias y del cese y traspaso de las Juntas y Entidades previas. *Id.*, núm. 68, de 06-IX-1938, pp. 1.108 a 1.109 que

No fue hasta el proyecto de ley sobre seguros sociales unificados o coordinados presentado al Consejo el 2 de septiembre de 1939, según las consideraciones del Fuero del Trabajo, cuando se comenzó a estudiar un «Seguro Total» al estilo de la II República, pero que llevaba aparejado un componente ideológico en la protección social, el cual, hizo desecharse el intento de unificación republicana por un seguro de tipología obrera que pretendía cubrir todas las contingencias de enfermedad, especialmente las de la mujer rural. Falange, que recababa la introducción en el INP de una nueva concepción de previsión social, requería un punto y aparte para aplicar una contrarreforma a la reforma agraria republicana que tuvo su culmen en la creación del Instituto Nacional de Colonización (INC) y en una total revisión de las resoluciones contenciosas dictadas por la II República relativas al Ministerio de Trabajo en beneficio de los intereses de los grandes propietarios:

«Devolución de las propiedades afectadas, una política intervencionista favorable para los intereses de los grandes propietarios mediante la garantía del derecho de propiedad privada de la tierra para mantener una forma de dependencia que obligaba al jornalero a entrar en un mercado de trabajo controlado por los propietarios y garantizar la producción agraria en un marco autárquico»⁴¹.

Esta deriva produjo automáticamente la eliminación de la importante tradición sindical agraria que se había originado desde aquella Ley de Asociaciones de 1887 y la supresión de cualquier vestigio de reforma republicana, siendo el modelo agrario franquista el medio

publica la Orden de 5 de septiembre de 1938 para el mejor cumplimiento de la Ley de Recuperación Agrícola. *Id.*, núm. 85, de 26-III-1939, pp. 1.726 a 1.727 que publica la Orden de 25 de marzo de 1939 referente a las fincas intervenidas por el Instituto de Reforma Agraria en zona no liberada. *Id.*, núm. 167, de 16-VI-1939, p. 3.282 que publica la Orden de 9 de junio de 1939 ampliando el plazo que para solicitar la devolución de fincas establece la Orden de 25 de marzo último. Y, finalmente la Ley de 23 de febrero de 1940 que publica la devolución a sus propietarios de las fincas ocupadas por el Instituto de Reforma Agraria con arreglo a las Leyes de 1932 y 1935, *vid., id.*, núm. 66, de 06-III-1940, pp. 1.638 a 1.639. Se puede ver un desarrollo del proceso de contrarreforma en SORNÍ MAÑÉS, J., «Aproximación a un estudio de la contrarreforma agraria en España» en *Revista Agricultura y Sociedad* núm. 6, 1978, pp. 181-213.

⁴¹ VILAR RODRÍGUEZ, M., y PONS PONS, J., «La cobertura social de los trabajadores en el campo español durante la dictadura franquista» en *Revista Historia Agraria*, núm. 66, 2015, p. 179. Sobre las funciones del nuevo Instituto Nacional de Colonización, después de ver BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 300, de 27-X-1939, p. 6.016 a 6.019 que publica el Decreto organizando el Instituto Nacional de Colonización. Con relación a la revisión de las resoluciones contenciosas después de ver BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 292, de 19-X-1939, p. 5.860 que publica el Decreto de 23 de septiembre sobre revisión de las resoluciones contenciosas dictadas por el Gobierno rojo.

de utilización prioritario —dada la mayoría de población agraria— como función social de la población, con la característica de la exclusión de la mujer, porque para ella se le tenía preparado otro universo más útil para el régimen en cuanto a la determinación de funciones para dar sentido al universo patriarcal, especialmente en la negación a su desarrollo personal en el ámbito del trabajo. Aunque sería simplificar demasiado, la estructura iba a girar alrededor de la *feminización* «entendida como exaltación de los papeles que tradicionalmente cumple la mujer (domesticas) y aquellos en los que no puede ser sustituida (maternidad)». La política de *feminización* se llevó a cabo mediante leyes discriminatorias alrededor de una organización encargada como la Falange, transmisora de la política referente al lugar que debe ocupar la mujer en la sociedad española, con especial énfasis en la feminidad⁴².

Dos hitos normativos de gran calado se destacaron en el bando nacional durante la Guerra Civil que llevaron a la reforma de la tierra por parte del INC. El primero, mediante la Junta de Defensa Nacional de España, a través del Decreto número 74, acompañado de la publicación de tres decretos adicionales, especialmente el número 71, para «evitar la implantación de un régimen soviético, cuya primera finalidad estribaría precisamente en la supresión de la propiedad privada»⁴³ con el fin de liquidar la reforma agraria republicana y con la exclusión explícita de la mujer de las tareas agrícolas. Otro relativo a la ocupación de fincas con el número 128, en el que debido a que el retracto de las fincas intervenidas por el IRA que había asignado territorio a los «asentados» suponía un gran desembolso económico para el régimen franquista va a producir el regreso a sus dueños para su explotación —grandes terratenientes—, en los términos previos a la «ocupación de la tierra»⁴⁴. El tercero, el Decreto número 133, mediante el cual las reglas complementarias sobre la reforma agraria iban a consistir en evitar cualquier resquicio que evite la total devolución de las tierras de ocupación a los propietarios asentados:

«Las fincas intervenidas por el Instituto de Reforma Agraria no afectadas por el Decreto número 128, en las que se dé la circunstancia de que la totalidad de los llamados asentados, renuncien a su ocupación, se ofrecen a la disposición de sus propietarios»⁴⁵.

⁴² JIMÉNEZ, E., «La mujer en el franquismo: Doctrina y acción de la Sección Femenina» en *Tiempo de historia*, Año VII, núm. 83, 1 oct. 1981, p. 5

⁴³ *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 13 de 29-VIII-1936 que publica el Decreto número 71, pp. 49-50.

⁴⁴ *Id.*, núm. 29 de 26-IX-1936 que publica el Decreto número 128, pp. 113-116.

⁴⁵ *Id.*, núm. 30 de 28-IX-1936 que publica el Decreto número 133.

Por otra parte, tras la creación de la Junta Técnica del Estado en octubre de 1936, el Decreto número 255 de Unificación de 19 de abril de 1937, al integrar Falange y requetés en Falange Española Tradicionalista y de las JONS, como «organización intermedia entre la Sociedad y el Estado»⁴⁶, va a asumir los veintisiete puntos programáticos en los que, de los relativos —diecisiete al veintidós— a la «tierra», se llevará a cabo una importante reforma económica y social de la agricultura «sin contemplaciones»⁴⁷ desde parámetros de una fusión ideológica entre cuerpo, la tierra y la nación en la que se estructuró un ente aglutinador de todas las organizaciones al servicio del régimen de Política Nacional. El objetivo de estas instituciones consistía en situar a la mujer rural al cuidado de las tierras y de las cosechas, siendo el papel principal de la Sección Femenina el asesoramiento a la mujer agrícola durante los periodos más duros del año. Evidentemente, esto no quería decir que por el hecho de realizar estas funciones tuvieran algún derecho subjetivo derivado de su participación en trabajos agrícolas porque su función era otra:

«The rural «problem» was a concern for Spanish fascism. The 27 puntos de Falange (27 points of the Falangist program) of 1934 had proposed a social agrarian reform that would bring the rural population out of its precarious lifestyle and «redeem» the peasantry from their «sterile lands» (note the fusión of body, land, and nation in the metaphor). This is reported in the Sección Femenina's printed diary. «[Answering the call of war,] they left in their droves as a single fellow to fight for Spain.» Women were thus left to care for the lands and do the harvesting. The main role of Sección Femenina was to assist the peasant women during the hardest periods of the agricultural year»⁴⁸.

El análisis de la realidad social del régimen consistió en el establecimiento de un entramado normativo al margen de la mujer con el fin de crear proyectos viables para la colonización de fincas agrarias. Destaca la Ley de 24 de octubre de 1939 por la que, terminada la recuperación de bienes agrícolas y transcurridos los plazos para la reclamación de dichos bienes por sus propietarios, se procedió a

⁴⁶ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 182, de 20-IV-1937, pp. 1.033 a 1.034 que publica el Decreto número 255 de 19 de abril de 1937.

⁴⁷ VEYRAT, M.; NAVAS-MIGUELOA, J.L., *Falange, hoy*, Editorial G. del Toro, 1973, p. 26. El mismo criterio de asunción determina GÓMEZ AYAU, E., «De la Reforma Agraria a la Política de Colonización (1933-1957)» en *Revista Agricultura y Sociedad*, núm. 7, 1978, p. 108, en la que la participación de todas las organizaciones es una de las claves del Movimiento Nacional.

⁴⁸ ROSÓN VILLENA, M., «The Body, Women, and the Countryside in the First Years of Francoism» en JIMÉNEZ BLANCO, M.D., *Campo cerrado: arte y poder en la posguerra española, 1939-1953*, Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, del 26 de abril al 26 de septiembre de 2016, p. 372.

una liquidación definitiva de la gestión administrativa realizada por el Servicio de Recuperación Agrícola⁴⁹ que, junto con el Servicio de Reforma Económica y Social de la tierra, derivó en el Decreto de 18 de octubre de 1939 de creación del Instituto de Colonización (IC), estructura previa a los fines de la «colonización de España»⁵⁰. En esta normativa primó un tipo de propaganda falangista que propugnaba un desarrollo de la fuerza del trabajo basado en el incremento del cultivo mediante la colonización de grandes zonas, pero con la exclusión de la mujer. Se ha encontrado un vacío historiográfico referido a las funciones laborales, familiares —realización de pan, cuidado de animales—, de cuidado de los hijos —incluso de nodriza para otras madres— de la mujer rural en los poblados creados, a pesar de su importante labor en el proyecto que tuvo a los hombres como únicos destinatarios, donde la «nueva ruralidad» propugnada por el IC dejaba al margen a la mujer por aquella ideología de conservar intacta la esencia del Nuevo Estado acorde con los pronunciamientos de la Iglesia.

«La colonización ha de tener como consecuencia un ingente aumento de productividad del suelo español y la creación de miles de lotes familiares donde el campesino, libre, emplee esta libertad en sostener y defender, si es preciso, la de su Patria»⁵¹.

En este proceso ideológico, la «función social»⁵² de la agricultura se entronca desde un catolicismo social frente al socialismo y comunismo, también desde una característica finalista en un sentido de la propiedad enfocada a obtener el máximo rendimiento de la producción, siendo «absolutamente ineludible la intensificación de las siembras ante el natural desequilibrio entre la producción y el consumo, síntoma conocido de la postguerra» como determinaba la Ley de 5 de noviembre de 1940⁵³.

⁴⁹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 300, de 27-X-1939, pp. 6.010-6.012 que publica la Ley dictando normas para la liquidación del Servicio de Recuperación Agrícola.

⁵⁰ *Id.*, núm. 300, de 27-X-1939, pp. 6.016-6.019 que publica el Decreto organizando el Instituto Nacional de Colonización.

⁵¹ INC, *Ley de colonización de grandes zonas*, Serie 1ª, núm. 1, 4ª Edición, Madrid, 1940, p. 4. *Vid.*, Emilio Gómez Ayau, *o.c.*, p. 116

⁵² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo II: *Derecho de las cosas: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, Vol. I, 14ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1992, págs. 139-145. Citado por COSIALLS UBACH, A.M., *Régimen jurídico de la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC*, Editorial Atelier Libros Jurídicos, 2009, p. 56.

⁵³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 320, de 15-XI-1940, pp. 7.860 a 7.863 que publica la Ley por la que se declara de interés y utilidad nacional la realización de las labores agrícolas y trabajos complementarios para las siembras de otoño y primavera, así como las de barbechera.

Como no podía ser de otra manera, los agricultores más desfavorecidos fueron los jornaleros, los agricultores parcelarios pequeños y los yunteros. Sin embargo, a pesar de las estrategias retóricas, la colonización franquista no fue especialmente innovadora. Fue el resultado de la evolución de tres corrientes previas: la de la colonización interior, la de la política hidráulica y la de la reforma agraria, pero sin contar con la mujer⁵⁴.

El entramado publicitario de reforma agraria que propugnó el ministro Raimundo Fernández Cuesta (1896-1992) en un ánimo ficticio de protección a la familia campesina⁵⁵, en realidad, la denominada «contrarreforma agraria» estuvo muy alejada de un proceso con garantías de derecho, sino que consistió en una «contrarrevolución» violenta de represión hacia los colonos:

«La ocupación de las tierras por sus antiguos propietarios [se realizó] sin apenas control por parte del Estado y con insuficiente regulación legal. Además, junto con las tierras, los antiguos propietarios se adueñaron de instalaciones, medios de producción, ganados y cosechas que no les pertenecían. No fue una contrarreforma, sino una violenta reacción en la que abundó la represión contra los colonos»⁵⁶.

La legislación social del Nuevo Estado caracterizada por la «definición de sus bases ideológicas»⁵⁷ se basaba en un «conservadurismo»

⁵⁴ GÓMEZ BENITO, C., «Una revisión y una reflexión sobre la política de colonización agraria en la España de Franco», en MATEOS LÓPEZ, A., (Coord.), *Historia del presente*, (Ejemplar dedicado a: La cuestión agraria durante el franquismo), núm. 3, 2004, p. 75.

⁵⁵ FERNÁNDEZ CUESTA, R., «Discurso del aniversario de la fusión de las J.O.N.S. con Falange Española», en *Discursos*, Ediciones Fe, 1939, p. 33. «Hay que pensar también en un plan de reforma agraria hecha con toda cautela, objetividad y desapasionamiento, inspirada no en móviles políticos populacheros de galería, ni de persecución a nadie; pero que no se detendrá ante prejuicios de clase, presiones o intereses particulares cuando éstos choquen con los superiores de la nación, de la justicia, incluso de la caridad cristiana; por eso, en este acto yo tengo que hacer una declaración y una advertencia, y es que hasta tanto se labore y apruebe esa reforma no se podrán devolver a sus antiguos propietarios las fincas hoy incautadas, pues ello sería tanto como prejuzgar nuestros proyectos y poner en la calle a los campesinos que las trabajan y que lo hacen precisamente por ser afectos a nuestro Movimiento».

⁵⁶ BARCIELA LÓPEZ, C., «La contrarreforma agraria y la política de colonización del primer franquismo, 1936-1959» en Ángel García Sanz, Jesús Sanz Fernández, *Reformas y políticas agrarias en la historia de España: (de la Ilustración al primer franquismo)*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1996, p. 357.

⁵⁷ MONTOYA MELGAR, A., «Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la guerra civil», *o.c.*, p. 193.

mo ñejo», decimonónico⁵⁸, que poco tenía que ver con el ejercicio de cualquier derecho agrícola sobre la tierra, y menos aún en la protección social de la mujer, sino con una doctrina nacional-sindicalista heredada de Primo de Rivera, en constante contradicción con el sistema republicano, basada en el ideario del Fuero del Trabajo falangista católico de subversión de la mujer campesina:

«Para encender una fe, no de derecha (que, en el fondo, aspira a conservarlo todo, hasta lo injusto) ni de izquierda (que, en el fondo, aspira a destruirlo todo, hasta lo bueno), sino una fe colectiva, integradora, nacional, ha nacido el fascismo»⁵⁹.

El Decreto del Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 consideró el trabajo no como un derecho sino como «un deber exigible»⁶⁰ para cumplir con aquella «función social» que interpreta el derecho de la propiedad agraria⁶¹ bajo una fundamentación finalista de intereses generales en el que la justificación ética del derecho de propiedad se basaba en una argumentación totalmente económica, consistente en destinar, «la finca rústica al cultivo agrario» pero con una severa visión de productividad específica catalogada mediante una gran intensidad, bajo sanción si el arrendatario rústico explotaba indebidamente como «no merecedor de la protección jurídica si su conducta resulta perjudicial al bien común»⁶². En este ámbito, la legislación posterior se encargará de potenciar con el fin de «legitimar la forma política de gobierno mediante la producción adecuada» basada en la acumulación de capital para el bien del Nuevo Estado, actuación que no incluía la protección social de la mujer⁶³. La función de la mujer consistía en el cuidado de la familia, la educación de los hijos en valores patrióticos, fortaleciendo el rol doméstico, siendo la tarea primordial la de la maternidad para el «renacer glorioso del Estado en su nombre»⁶⁴.

⁵⁸ TUÑÓN DE LARA, M., *La España del siglo xx*, Editorial Librería Española, París, 1966, p. 439.

⁵⁹ PRIMO DE RIVERA, J.A., «Cartas abiertas acerca del Fascismo» en ABC, 22-III-1933, Edición de la mañana, Madrid, p. 17.

⁶⁰ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 505, de 10-III-1938, p. 6.179 que publica el Fuero del Trabajo.

⁶¹ RODOTÁ, S., *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada, prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo*, Editorial Civitas, 1ª Edición, Madrid, 1986, pp. 49, 214 y 325.

⁶² DE CASTRO Y BRAVO, F., «El Derecho Agrario en España. Notas para su estudio» en *Revista Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2, 1954, pp. 398-399.

⁶³ NAVARRO FERNÁNDEZ, J., *Propiedad y Reforma Agraria, prólogo de Pietro Barcelona*, Editorial Comares, Granada, 1996, p.70, citado por Andrés Miguel Cosialls Ubach, o.c., pp. 58-59.

⁶⁴ BLASCO HERRANZ, I., «Género y nación durante el Franquismo» en Stéphane MICHONNEAU, S. y NÚÑEZ-SEIXAS, X.M. (dir.), *imaginarios y representaciones de*

El semanario de Falange lo explicaba claramente durante los años 40:

«La verdadera misión de la mujer es dar hijos a la Patria. Y ésta es, por lo tanto, su suprema aspiración. Y dentro del nacionalsindicalismo, sigue siendo más que nunca su misión ser la continuadora de la raza. De los caminos que abrieron aquellas mujeres que se llamaron Isabel de Castilla y Teresa de Jesús, en cuyas vidas encontramos tanto amor hacia Dios y la Patria, que no queremos otro guía, ni otro mejor reflejo de las virtudes netamente cristianas y españolas, que han de ser nuestras por espirituales y únicas»⁶⁵.

Finalmente, no todas las mujeres tuvieron la misma protección social. La definición de la mujer trabajadora se constituyó excluyendo a diversas profesiones como la mujer agrícola, el servicio doméstico, o a las «rojas» en todas las profesiones, con el fin de estigmatizarlas para luego «reconducirlas hacia su purificación», dejando una serie de «auxilios de beneficencia» como el auxilio social o los subsidios familiares basados en un modelo femenino encuadrado en una feminidad tradicional y de rol social caracterizada por la transformación de la «mujer social» cuya función sólo podía consistir en el «cuidado consciente de las cualidades femeninas, como la virtud de la alegría, la naturalidad y la espontaneidad»⁶⁶ en la que la idea principal se instauró sobre la base de un tipo de hermandad para el control social, como veremos.

II.A. Los seguros sociales como control social

Siguiendo con el INP como el eje vertebrador de la Previsión,

«...encargado de difundir e inculcar la Previsión popular y de organizar y administrar los Seguros sociales»⁶⁷.

España durante el franquismo, Casa de Velazquez, Madrid, 2014, p. 55.

⁶⁵ AZUL, «No hay nada más bello que servir», en *Medina*, Año II, núm. 69, Madrid, 12 de julio de 1942, p. 3.

⁶⁶ Inmaculada Blasco Herranz, *o. c.*, pp. 56-57.

⁶⁷ INP, *Régimen obligatorio del seguro de vejez e invalidez. Manual de legislación*, Gráficas Varela, Madrid, 1949, p. 29

Desde su creación por ley 27 de febrero de 1908⁶⁸, mediante el Decreto de 15 de junio de 1938⁶⁹ el régimen procede a su continuación, aunque con numerosas reorganizaciones funcionales, tanto de este instituto como en la configuración del auxilio y los seguros sociales.

Como se ha mencionado, la entrada de Falange, tanto en la gestión de los seguros sociales como en la labor asistencial, es el medio que va a utilizar el franquismo para la reconstrucción nacional bajo el objetivo de establecer un control social, como mecanismo coactivo, hacia ayuntamientos, diputaciones y las propias empresas. Más allá del componente de propaganda política del auxilio social, tuvo simultáneos efectos negativos, siendo el desandamiaje republicano el objetivo prioritario:

«Fue proceso que conducía a la eliminación de los derechos de previsión y seguridad social republicanos [...] en un afán de monopolio del partido único y bajo imperativos bélicos»⁷⁰.

No obstante, en el monopolio de Falange destacaron las reiteradas actuaciones del régimen franquista en avalar la tarea inspectora realizada en la II República, aunque con modificaciones ideológicas⁷¹.

⁶⁸ GACETA DE MADRID, núm. 60, de 29-II-1908, por el que se publica la Ley de 27 de febrero de 1908 de organización del INP, pp. 875-876. Su artículo primero determina que «se organizará por el Estado un INP para los siguientes fines: primero, difundir e inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro; segundo, administrar la mutualidad de asociados que al efecto y voluntariamente se constituya bajo este patronato, en las condiciones más benéficas para los mismos; tercero, estimular y favorecer dicha práctica de pensiones de retiro, procurando su bonificación con carácter general o especial, por entidades oficiales o particulares.»

⁶⁹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 610, de 24-VI-1938, pp. 7999 a 8001 por el que se publica el Decreto disolviendo el Consejo de Patronato del INP y creando el Consejo de dicho Instituto forma de designación de sus componentes y funciones del mismo. En la exposición de motivo se expresa que se pone al Instituto bajo la tutela del Movimiento para realizar los Seguros sociales bajo el desarrollo —artículo primero— de la Declaración X del Fuero del Trabajo.

⁷⁰ CARASA SOTO, P., «La revolución nacional-asistencial el primer Franquismo (1936-1940)» en *Revista Historia contemporánea*, núm. 16, 1997 pp. 91 y ss. Tanto la experiencia asistencial del Franquismo, como la de Falange en el terreno laboral fue un verdadero instrumento bélico y político para implantar en aquella sociedad un modelo social totalitario revolucionario. Se trataba de romper violentamente con la herencia de la beneficencia liberal anterior e imponer una supuesta nueva justicia, tanto en lo político, en lo sindical en lo social, en lo administrativo y en lo económico, sobre un intento de revolución nacional asistencial, que tuvo, entre otros, el doble y negativo efecto. Primero de reforzar la solución totalitaria que se estaba implantando y segundo de paralizar el proceso transformador que en este campo se venía experimentando en España.

⁷¹ La «Inspección de Seguros sociales obligatorios» fue creada por Decreto de 28 junio 1935. GACETA DE MADRID núm. 258, de 15-IX-1935, pp. 2122 a 2131 por la que se publica la Orden aprobando el Reglamento del Servicio de Inspección de

Sin embargo, debido a la complejidad de los seguros sociales y su pluralidad, especialmente en lo relativo a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y a la protección por invalidez en el retiro obrero, el régimen va a ocultar la necesidad de la continuación de un sistema de inspección en el cumplimiento de la normativa republicana de aseguramiento del obrero que siguiera garantizando el cobro de las cantidades de los diferentes sistemas de recaudación de cuotas. Se siguió apostando por la labor de inspección republicana de los seguros sociales convirtiendo la inspección, de entidades aseguradoras de accidentes del trabajo de instituciones de previsión, en la Inspección Técnica de Previsión Social, incluyendo la inspección de los montepíos, mutualidades y a sus federaciones, pero bajo el control de la Falange y con los parámetros ideológicos dirigidos hacia la mujer rural⁷², continuando con la base de toda significación política previa a la II República, es decir, «las doctrinas revolucionarias de José Antonio»⁷³ que utilizaban a las instituciones de previsión como organizaciones para «dar cima a la revolución en el aspecto social, base esencial del Movimiento Nacional-Sindicalista» que, mediante el auxilio social y el régimen de subsidios familiares supusieron la herramienta de control social⁷⁴, especialmente fuera de las ciudades.

II.B. El auxilio social

El auxilio social puede definirse como el conjunto de acciones de beneficencia política al servicio del régimen franquista, especialmente durante el período de guerra, en la que su acción protectora, a

Seguros sociales obligatorios. Cuya actuación abarcaba el Retiro Obrero obligatorio (arts. 47 a 65), el Seguro de maternidad (arts. 66 a 72), el seguro obligatorio de accidentes de trabajo (arts. 73 a 89).

⁷² BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 128, de 07-V-1944, p. 3594. Decreto de 1 de Mayo de 1944.

⁷³ BOLETÍN DE INFORMACIÓN DEL INP, núm. 3, año V, Madrid, 1945, p.471-472. Discurso del Jefe provincial del Movimiento en el Salón de Actos de la Diputación Provincial de Jaén con motivo de los Premios a la natalidad establecidos por Decreto de 22 de febrero de 1941, que puso de relieve la magnífica labor que viene desarrollando el Excmo. Sr. Ministro de Trabajo, que hoy, como siempre, implanta «rotundamente las doctrinas revolucionarias de José Antonio y la Falange».

⁷⁴ Boletín de Información del INP, núm. 1, año IV, Madrid, 1944, p. 11. En relación al discurso del Ministro de Trabajo José A. Girón en para el cumplimiento del mandato del Seguro de enfermedad del Nuevo Estado dirigido a los empresarios, Montepíos y trabajadores en el que hace un llamamiento a evitar «el estéril derroche de energía que las presiones divergentes de cada grupo significan, han de ser superados por una unidad verdadera, en la que el fiel de los intereses se establezca exactamente en la justicia. El Seguro de enfermedad es una institución de la Falange, obediente a este signo».

veces espontánea, a veces circunstancial y siempre bajo sus instrumentos con el fin de «controlar a los individuos desviados o dependientes y aliviar su penosa situación de algún modo mínimo, como acto de caridad pública o privada»⁷⁵ se ejecutó bajo la premisa de un «nacionalsindicalismo que no admite a los seres ociosos», ni mujeres trabajadoras casadas —como determinaba la Sección Femenina de Falange⁷⁶.

Los sistemas de bienestar social franquistas, a nivel estructural, en el primer franquismo, determinan tres subsistemas: los seguros sociales, la acción social paternalista del Estado y la beneficencia de las entidades locales.

En el primero se incluyen el régimen de subsidios familiares de 1938, el subsidio de ancianidad de 1939, la Ley de mutualidades de 1941, el seguro de enfermedad profesional de 1947 y la reorganización del seguro de accidente de trabajo de 1956.

El segundo se caracteriza por tener un sistema de financiación no vinculado a impuestos sino a la caridad con un componente centralizador muy fuerte que se va a enfocar en el Ministerio de la Gobernación. El núcleo institucional de la acción hacia la mujer fue el auxilio social, pero no como un derecho subjetivo, sino como una actividad graciable.

En tercer lugar, la beneficencia en las diputaciones y ayuntamientos estaba dominada por un centralismo que supuso un control total del gobierno central. La concepción benéfica de corte represiva-asistencial quedó reflejada en la Ley de Bases de Régimen Local de 1945⁷⁷

⁷⁵ M. TITMUSS, R., *Commitment to Welfare*, Unwin University Books, George Alien and Unwin, Ltd., Londres, 1971, p. 26 y 189. Por ello ha podido afirmar Richard Titmuss que «el papel esencial, aunque reacio financieramente, del Derecho de Pobres fue sostener el industrialismo y el intento de establecer una economía de mercado autorreguladora, completamente competitiva. La pobreza, como dijo Disraeli una vez, fue declarada un crimen por el industrialismo. Las leyes acerca de la pobreza vinieron a estar asociadas con las leyes sobre el crimen».

⁷⁶ ABELLA BERMEJO, R., *La vida cotidiana bajo el Régimen de Franco*. Madrid, *Temas de Hoy*, 1996, p. 221. Con relación a un texto publicado en la revista y editada por la Sección Femenina de Falange: «Tú no naciste para luchar; la lucha es condición del hombre y tu misión excelsa de mujer está en el hogar, donde la familia tiene el sello que tú le imprimes. Trabajarás, sí; el Nacional-sindicalismo no admite socialmente a los seres ociosos, pero trabajarás racionalmente, mientras seas soltera, en tareas propias de tu condición de mujer. Después, cuando la vida te lleve a cumplir tu misión de madre, el trabajo será únicamente el de tu hogar, hartamente difícil y trascendente porque tú formarás espiritualmente a tus hijos, que vale tanto como formar espiritualmente a la nación»

⁷⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 199, de 18-VII-1945 pp. 360-384 por el que se publica la Ley de 17 de julio de 1945 de Bases de Régimen Local. En

por la que los usuarios de las corporaciones que son susceptibles de acciones gratificables son los pobres, inválidos, menores, mendigos, personas de conducta amoral, personas con demencia y transeúntes, considerando el único servicio obligatorio la asistencia médico-farmacéutica para familias desvalidas inscritas en el padrón de beneficencia⁷⁸, pero faltaba una organización que la unificara.

El auxilio social nace con el Decreto de 20 de abril de 1937⁷⁹ de unificación de Falange, aunque previamente existía el auxilio de invierno, en semejanza con Alemania⁸⁰.

De esta unificación, en mayo de 1937, el auxilio social comenzó a considerarse una entidad propiamente dicha. Desde esa fecha se configura como la institución dedicada a la ayuda asistencial de la población abarcando las secciones de auxilio de invierno, la obra nacional-sindicalista de protección a la madre y al niño, el auxilio social al enfermo, el fomento del trabajo familiar, la defensa de la vejez, la obra del hogar nacional-sindicalista y auxilio social de vanguardia⁸¹.

la que en su base 11, apartado g) determina que será de competencia municipal la Beneficencia, protección de menores, prevención y represión de la mendicidad; mejora de las costumbres; atenciones de índole social; albergues de transeúntes. Asimismo, la competencia de las provincias quedaba reflejado en la Base 41, apartado i) determinando que es competencia provincial la Creación y sostenimiento de Establecimientos de Beneficencia, Sanidad e Higiene, estableciendo las obligaciones mínimas en su base 42 por las que incluía el sostenimiento de los hospitales médico-quirúrgico, hogares infantiles, hospitales psiquiátricos hogares de ancianos y desvalidos e instituto de maternología.

⁷⁸ CERCEIRA GUTIÉRREZ, I., «Los Servicios Sociales del Franquismo a la Constitución» en *Cuadernos de trabajo social*, núm. 0, 1987, pp. 135-158.

⁷⁹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 182, 20-IV-1937 pp. 1033-1034 por el que publica el Decreto núm. 255 disponiendo que Falange Española y Requetés se integren, bajo la Jefatura de S. E. el Jefe del Estado, en una sola entidad política, de carácter nacional, que se denominará «Falange Española Tradicionalista de las JONS», quedando disueltas las demás organizaciones y partidos políticos.

⁸⁰ MARTÍNEZ DE BEDOYA, J., *Memorias desde mi aldea*, 1ª Edición, Ámbito Ediciones, 1996, p. 123, citado por ORDUÑA PRADA, M., *El auxilio social (1936-1940). La etapa fundacional y los primeros años*, Colección tesis y praxis, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1996, p. 37. En aquel invierno alemán de 1935-36 llamaron su atención las jóvenes de la Winterhilfe (Auxilio de Invierno), pidiendo por las calles de las ciudades alemanas una «ayuda económica para los desvalidos a cambio de pequeños recuerdos en cartón o metal» detalles que unos meses más tarde aportaría a la idea primitiva de Mercedes Sanz Bachiller para la creación del Auxilio de Invierno en su versión española.

⁸¹ ORDUÑA PRADA, M., *o. c.*, p. 59. El oficio de nombramiento de Mercedes Sanz Bachiller está fechado el 24 de mayo de 1937, a propuesta de la delegada nacional de la Sección Femenina. En este documento se denomina a la obra con el nuevo nombre: auxilio social. *Vid.*, BOLETÍN DE AUXILIO SOCIAL núm. 3, de 24-V-1937, Valladolid, firmado por LÓPEZ BASSA. «En nombre del Caudillo, y a propuesta de la Delegada Nacional del Movimiento femenino de Falange española

A nivel organizativo, el auxilio social va a romper con la legislación republicana, especialmente con la derogación del Real Decreto de 25 de octubre de 1908⁸² por la que se creaba la Junta Superior de Beneficencia provocando «un detrimento del reconocimiento de los derechos de previsión [...] en el que la beneficencia quedará sometida al monopolio del partido único y bajo los imperativos bélicos»⁸³.

El modelo de bienestar social del régimen se iba a fundamentar en una filosofía política en la que, como expresa Polanyi, el ideal que se configuró como «una sociedad en la que la economía debería estar en las relaciones sociales» produjo unas relaciones sociales controladas por el Estado incrustadas en el sistema económico⁸⁴.

En este marco, el Nuevo Estado, bajo el auxilio social, y Falange como brazo ejecutor, se convierte en un entramado cuyo objetivo es la natalidad, la cual es considerada el objetivo prioritario de la mujer para la «engrandecimiento de la Patria». Sin embargo, esta estrategia, copiada del régimen de Primo de Rivera, al destacar el campo sobre la ciudad, y al priorizar el campesino sobre el trabajador industrial con motivo de idealizar las virtudes del campo para «fortalecer los valores y aspectos de la vida social del núcleo familiar»⁸⁵, su meta principal consistía en luchar contra la emigración del campo a la ciudad promoviendo su idealización para mejorar la especie:

Tradicionalista y de las J. O. N. S. expido este nombramiento a favor de Mercedes Sanz Bachiller, Viuda de Redondo, como Delegado Nacional de Auxilio Social, (...) autorizándosela para unificar dentro de la Organización de Auxilio Social, de acuerdo siempre con el Gobierno General del Estado Español a todas las obras benéficas que perciben subvención del fondo de Protección Benéfico-Social (creado por orden de 29 de Diciembre de 1936) y aquellas otras que nutriéndose de donativos, suscripciones voluntarias, etc., han sido creadas con fechas posterior a la iniciación del Movimiento Salvador».

⁸² GACETA DE MADRID núm. 305, de 31-X-1908 p. 449 por la que se publica el Real decreto creando una Junta Superior de Beneficencia encargada de auxiliar al Gobierno en el ejercicio del Protectorado. En su artículo 1 determina que bajo el Ministerio de la Gobernación, «se crea una Junta Superior de Beneficencia encargada de auxiliar al Gobierno en el ejercicio del Protectorado y de preparar las reformas que convenga efectuar en la legislación del ramo».

⁸³ CARASA SOTO, P., *o. c.*, p. 104.

⁸⁴ Interpretación de la teoría de Polanyi viendo el desarrollo del sistema de protección del régimen después de ver POLANYI, K., *Origins of Our Time*, Beacon Paperbacks, núm. 45, Londres, 1945, p. 63. «Instead of economy being embedded in social relations, social relations are embedded in the economic system». *Vid., Id., The Great Transformation The Political and Economic Origins of Our Time*, foreword by STIGLITZ, J.E., introduction by Fred Block Boston, 2001, p. 60.

⁸⁵ PANIAGUA MAZORRA, A., «Población y colonización en España 1939-1973», en *Revista de Geografía Polígona*, núm. 2, 1992, Pp. 88-89.

«Y si nosotros tenemos la riqueza de población campesina preparada para las empresas rurales que, en el campo realizan hoy sus esfuerzos en condiciones difíciles, nuestro deber es ayudarles y perfeccionar sus medios y sus técnica para que hallen remunerador su trabajo. Porque en el campo no hay fincas ideales y fincas grandes, sino que también hay esas mil fincas pequeñas que pueden y deben ser de base múltiples granjas, como ocurre en muchos países; y si tenemos afición y brazos mejorando las especies y hermanando lo agrícola y ganadero, haciendo que el campo tenga unidad, podremos transformar completamente su economía»⁸⁶.

Es decir, una forma de política social marginal estigmatizadora con actuaciones graciabiles y discrecionales sin la posibilidad de generar un derecho subjetivo y condicionada a aquella «graciabilidad» del Estado, aparte de la demostración de la carencia mediante pruebas de necesidad, al firme convencimiento de rendición a la ideología del Nuevo Estado mediante una política social organizada de un modo nacional y totalitaria bajo la dirección y coordinación del auxilio social⁸⁷.

El Decreto de 7 de octubre de 1937 —en virtud de los veintiséis puntos del nacional-sindicalismo— establecía la implantación obligatoria del servicio social femenino a través de un «deber nacional» de toda mujer comprendida entre los 17 y los 35 años⁸⁸.

En similitud al servicio militar obligatorio, respecto a la mujer, nada había sido establecido por lo que, la imposición del «servicio social» sobre la base de los veintiséis puntos programáticos, otorgó efectividad a la concepción política del movimiento nacional sindicalista. Según el decreto anterior, no se iba a sancionar su incumplimiento, aunque sí iba a ser de obligado cumplimiento para su desarrollo formativo—obtención de títulos profesionales— y para el desempeño de plazas en la administración o en empresas concesionarias de servicios públicos. Asimismo, el servicio exceptuó de su cumplimiento a las mujeres que pudieran padecer defectos físicos o enfermedad que

⁸⁶ FRANCO BAHAMONDE, F., «Discurso de S. E. el Jefe del Estado en la sesión solemne del Centenario, celebrada el día 29 de octubre», en *Agricultura. Revista agropecuaria*, Año XXIV, núm. 283, Noviembre de 1955, p. 640.

⁸⁷ CONGRESO NACIONAL DE AUXILIO SOCIAL, *Normas y orientaciones para delegados, II Congreso de Delegados Nacionales*, Afrodisio Aguado, 16-23 Octubre de 1938, p. 35.

⁸⁸ TAVERA, P.M., *XXVI puntos del Nuevo Estado Español*, Ed. Gráficas Reunidas, Junio de 1940. Se determinan 26 puntos en los que Francisco Franco funda el Estado y el Régimen. Integrados en el Programa político de Falange Española y de las J.O.N.S. el Régimen se apropió en 1937 al decretar la fusión de la Falange y el Requeté.

le imposibilite y a las casadas o viudas, todo ello bajo las normas establecidas por Falange⁸⁹.

Este Decreto fue la clave en la consecución de la estabilidad económica y soporte legal mediante la unión de la sección femenina de Falange con el auxilio social⁹⁰.

La primera porque el «voluntariado obligatorio» evitó el pago de salarios en todo tipo de funciones mecánicas, administrativas o técnicas precisas para el funcionamiento y progresivo desarrollo de las instituciones sociales articuladas en la delegación nacional del auxilio social, y porque, en virtud de la Orden de 29 de diciembre de 1936, se daba el soporte económico a la reorganización de los establecimientos benéfico-sociales existentes y de nueva creación necesitando la autorización del Gobierno, aunque en la práctica, dicha potestad fue transferida a aquella delegación nacional para que pudiera unificar toda la obra benéfica⁹¹.

En segundo lugar, el soporte legal sobre la base del Decreto de unificación de 19 de abril de 1937 derivó en la publicación del Decreto de 4 de agosto de 1937 por el que se aprobaron los estatutos de Falange, con lo que todos los servicios sociales se incorporaron a una única persona jurídica del movimiento falangista⁹².

Todo este entramado inspirado en una supuesta «justicia distributiva propia de un Estado social», como expresaba Falange, provocó un detrimento de los derechos conseguidos en el período republicano mediante la reconfiguración de sus instituciones, acordes con los valores del Nuevo Estado, como el control absoluto sobre la asistencia

⁸⁹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 356, de 11-X-1937, pp. 3785 a 3787 por el que se publica el Decreto núm. 378.- Declarando deber nacional de todas las mujeres españolas, comprendidas en edad de 17 a 35 años, la prestación del «Servicio Social».

⁹⁰ CENARRO LAGUNAS, A., *La sonrisa de Falange. Auxilio Social en la guerra civil y en la posguerra*, Ed. Crítica, Barcelona, 2006, pp. 22-37. Especialmente el segundo se consiguió mediante el refuerzo de un sin número de actividades benéficas.

⁹¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 75, de 03-I-1937, pp. 18 a 22 por el que se publica la Orden organizando la beneficencia pública en colaboración con la privada.

⁹² *Id.*, núm. 291, de 07-VIII-1937, pp. 2738 a 2742 por el que se aprueba el Decreto núm. 333 aprobando los Estatutos de «Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S.» Artículo 3º «El Movimiento constituye una sola persona jurídica con un solo patrimonio. Toda adquisición de bienes que realicen sus órganos para ello autorizados se entenderá hecha en beneficio del patrimonio de la «Falange Española Tradicionalista y de las J. O. N. S.». Asimismo, en su artículo 23 se exponen las secciones para el desarrollo de la obra «Nacional-Sindicalista», destacando a estos efectos el punto cuarto relativo a la sección femenina, el punto quinto relativo a servicios sociales y el noveno relativo a la Obra del Estado.

a las organizaciones privadas, la falta de previsión en la atención a menores, la atención monopolizada hacia el bando nacional exclusivamente, una nueva estructura de Falange destruyendo todo el trabajo de la legislación republicana, las expropiaciones forzosas a ayuntamientos y diputaciones para el «servicio social», el excesivo control del régimen a entidades benéfico sociales, aún sobre cantidades irrisorias y, sobre todo, el sistema de protección a los huérfanos exclusivamente del bando nacional que aseguraba su educación desde el triple punto de vista religioso, ético y nacional⁹³.

La Orden de 27 de diciembre de 1937 determinó, con relación a la asistencia de niños, impedidos, viudas, obreros sin ingresos y sexagenarios la «terminantemente prohibición de toda cuestación pública que con destino a fines benéficos no haya sido autorizada por el Gobierno» facilitando la entrada de la empresa privada que lo solicite al reparto de las subvenciones abonadas por las Juntas Provinciales de Beneficencia⁹⁴. Por su parte, la Orden de 1 de abril de 1937 es un ejemplo de la falta de previsión del régimen por la que tiene que dictar instrucciones de «colocación familiar» en la zona controlada como consecuencia de la gran cantidad, no prevista, de niños huérfanos y abandonados bajo la tutela de la Junta Provincial de Beneficencia y el Gobierno General del Estado⁹⁵. Con posterioridad, la Orden de 31 de marzo de 1938 obligó a los ayuntamientos de la zona controlada a mantener las consignaciones para los establecimientos de Beneficencia y obras sociales y necesidades de este orden surgidas en la guerra para los beneficiarios del bando nacional⁹⁶.

Toda esta normativa tenía el objetivo de volver al modelo del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, anulando toda la legislación republicana—se suprimen las Comisiones— y por la que el régimen, en la reestructuración del concepto de Beneficencia particular del Decreto de 1938 pero sobre la base del de 1899, ordenó el futuro y la eficacia de las funciones particulares, mediante la articulación de una nueva

⁹³ BOLETÍN DE LA REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, Tomo CXC, núm. I, 1993, p. 118. Las propuestas «revolucionarias» falangistas de «democracia social» y de «justicia distributiva» no eran aplicadas en toda su dimensión por el Estado franquista.

⁹⁴ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 75, de 03-I-1937, pp. 18 a 22 por el que se publica la Orden organizando la beneficencia pública en colaboración con la privada. Artículo 1º, 2º, 5º y 14º.

⁹⁵ *Id.*, núm. 168, de 06-IV-1937, pp. 907 a 911 por la que se publica la Orden dictando normas ampliatorias para la colocación familiar de niños.

⁹⁶ *Id.*, núm. 528, de 02-IV-1938, p. 6562, por la que se publica la Orden disponiendo que los Ayuntamientos den cumplimiento a la consignación de créditos para Beneficencia.

estructura dirigida por Falange⁹⁷ a través de la reorganización de las Juntas Provinciales de Beneficencia⁹⁸ donde la finalidad consistía en el estricto control de cumplimiento de las consignas de la «Revolución Nacional»⁹⁹, aunque para ello necesitó de la imprescindible participación del auxilio social y de la «colaboración» de las corporaciones. Con motivo del Reglamento para la implantación del «Servicio Social» de la mujer española, las Órdenes de 27 de agosto y 15 de octubre de 1938, hicieron «ceder» a los ayuntamientos los terrenos de su propiedad para la edificación de hogares-residencias de cumplidores del servicio social de la mujer y de guarderías de auxilio social. Por su parte, las diputaciones provinciales «vendrán obligadas a subvencionar, con cargo a sus presupuestos, las residencias y hogares que establezca el «auxilio social»¹⁰⁰.

El seguimiento era tan estricto que el Ministerio de la Gobernación mediante la Orden de 21 de enero de 1939, en relación con el pago de subvenciones a entidades benéfico-sociales determinadas en el Decreto de 19 de marzo de 1938, aun considerándose irrisorias para comedores de niños y adultos, efectuaba una revisión trimestral, pudiendo descontar de la cantidad global lo ingresado en sus cajas por cuestaciones públicas, de las suscripciones y de festivales debidamente autorizados¹⁰¹.

⁹⁷ GACETA DE MADRID, núm. 99, de 09-IV-1899, pp. 88 a 94 por el que se publica la Instrucción para el cumplimiento del Real decreto relativo al ejercicio del protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular. En virtud del expositivo del artículo 6º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, el Decreto de 22 de julio de 1942 deroga el Decreto de 9 de noviembre de 1932, quedando restablecida la vigencia del régimen del Real Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899, sobre rendición de cuentas y atribuciones del protectorado.

⁹⁸ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 534, de 08-IV-1938, pp. 6675 a 6676 por el que se publica el Decreto reorganizando las Juntas Provinciales de Beneficencia.

⁹⁹ *Id.*, núm. 586, de 31-V-1938, pp. 7611 a 7613 por el que se publica el Decreto de 28 de mayo de 1938, creando el Consejo Superior de Beneficencia y Obras Sociales. Con relación a la exposición de motivos declarada en el Decreto.

¹⁰⁰ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 68, de 06-IX-1938, pp. 1107 a 1108 por el que se publica la Orden dictando normas para cumplimiento del artículo 16 del Decreto núm. 478 aprobando el Reglamento para la implantación del Servicio Social. Exposición de motivos, e *id.*, núm. 111, de 19-X-1938, p. 1890 por el que se publica la Orden facultando a las diputaciones provinciales, cabildos insulares y ayuntamientos para ceder terrenos a la delegación nacional de auxilio social para los fines que expresa.

¹⁰¹ *Id.*, normas para la fijación y pago de las subvenciones a que tienen derecho aquellas entidades benéfico-sociales determinadas por el Decreto de 19 de marzo de 1938. Conforme al módulo se se fijó por Orden de 29 de diciembre de 1936, a saber: una peseta por plaza y día para comedores infantiles y una peseta y treinta céntimos para comedores de adultos.

En la misma fecha de publicación de la Orden de Subsidios Familiares Obligatorios, se publicó la Orden de 23 de enero de 1939 estableciendo instituciones para mejorar la situación de los refugiados mediante dos formas de asistencia a los mismos: una, exclusivamente alimenticia, y otra, complementaria. La primera, en la creación y funcionamiento de comedores de refugiados, y la segunda en la forma de abono de alquileres, electricidad, carbón, ropa y anticipos metálicos, más la implantación de dormitorios comunes para los refugiados¹⁰².

El Decreto de 23 de diciembre de 1940 que establecía un sistema de protección a los huérfanos del bando nacional por parte del régimen, también pivotó sobre la encomienda confiada al auxilio social, cumpliéndola mediante sus establecimientos y servicios o, en cualquier caso, mediante la expropiación a los ayuntamientos de los inmuebles propiedad de las personas jurídicas, individuales o colectivas. Sólo en último término podían transferirse a las entidades de Beneficencia, en un clara desautorización, bajo imperativos del «movimiento como órgano militante de la idea de hermandad nacional [...] derivada de la revolución nacional y de la guerra, su instrumento inevitable y heroico», en un afán monopolista del partido único.

La protección se extendió también a los menores de 18 años, a los que por razón de enfermedad o defecto físico fuesen inútiles para el trabajo o que hubieran perdido a sus progenitores. No obstante, dicho Decreto, no alcanzaba a proteger cuando alguno de sus progenitores tuviera derecho a pensión o algún tipo determinado de auxilio. En caso positivo se confiaba a personas de reconocida moralidad —afín al régimen— con el objetivo de la «reeducación». De esta forma, se aseguraba la instrucción de los huérfanos en un ambiente familiar desde el triple punto de vista religioso, ético y nacional. No obstante, al mínimo resquicio de sospecha sobre la que pudieran existir fundadas razones de que la familia pudiera «estimarle nocivo a éste en sus intereses de orden formativo y moral» se procedía a su internamiento en un establecimiento benéfico¹⁰³.

La razón fundamental de todo este entramado consistía en mantener el control estatal de las organizaciones bajo un trasfondo de intervención activa «justificada» del Estado que evitase la formación de un tejido asociativo, especialmente dirigido al ámbito rural:

¹⁰² *Id.*, núm. 45, de 14-II-1939, p. 860, por la que se publica la Orden estableciendo instituciones para mejorar la situación de los refugiados.

¹⁰³ *Id.*, núm. 336, de 01-XII-1940, pp. 8253 a 8255 por el que se publica el Decreto sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución Nacional y de la Guerra.

«Estímulo, dirección e impulso y ejercida con la intensidad suficiente para asegurar a tales entidades toda la necesaria eficacia social [...] para evitar que sus actuaciones pudieran interferir mutuamente o dañe otras organizaciones de análoga importancia en el orden benéfico [...] y que ante una excesiva floración del espíritu asociativo produzca la debilidad de todo el conjunto»¹⁰⁴.

El conjunto de decretos del servicio social con respecto al adoctrinamiento y control de las mujeres, aplicados a todo el territorio, tuvo más problemas de implantación en el medio rural, predominante en España por el analfabetismo, la pobreza, desconfianza y la naturaleza de la mujer rural, que se intentó contrarrestar mediante la importante institución de la Hermandad —como institución—, en sus diferentes modalidades.

Esta herramienta de propaganda promovió la lealtad hacia el gobierno franquista, siendo utilizada como instrumento de control político y social, así como por su carácter discriminatorio hacia aquellos considerados «enemigos del régimen». Sin embargo, pecó de falta de eficacia en la distribución de la ayuda y por su dependencia de la caridad en vez de abordar las causas subyacentes de la pobreza y la desigualdad, porque no se configuró como un derecho exigible. La ayuda proporcionada estaba condicionada a la lealtad hacia el régimen, y aquellos que se consideraban «enemigos» del mismo eran excluidos o marginados. Esto llevó a una polarización social y a la persecución de aquellos que no compartían las ideas del régimen, lo que contribuyó a la represión y al mantenimiento del control político.

En resumen, con un conjunto de normativas deshilachadas y sin concordancia de una con la otra, como se ha observado, el auxilio social proporcionaba cierta ayuda a los necesitados. No obstante, el objetivo principal consistió en ser la herramienta de control político por parte del régimen. La adscripción del servicio social de la mujer a la sección femenina de la FET y de las JONS consolidó el control femenino, especialmente rural, consistente en someter a la mujer a la disciplina falangista para contribuir al Nuevo Estado mediante la formación religiosa, nacional-sindicalista y del hogar con el fin de garantizar su misión: la de ser madre, esposa, ama de casa y para el mantenimiento de la raza¹⁰⁵.

¹⁰⁴ *Id.*, núm. 315, de 10-XI-1940, pp. 7746 a 7747 por la que se publica la Orden por la que se dictan normas sobre las Asociaciones de Inválidos que no gocen de una protección especial concedida. Exposición de motivos.

¹⁰⁵ REBOLLO MESAS, P., «El servicio social de la mujer en sección femenina de Falange. Su implantación en el medio rural» en RUIZ CARNICER, M.A., FRÍAS CORREDOR, C. (Coords.), *Nuevas tendencias historiográficas e historia local en*

II.C. El régimen del subsidio familiar

El Subsidio Familiar es un régimen obligatorio que surge en la zona nacional considerándose como la primera medida del régimen de protección de la familia y el eje principal de su política social. La justificación de su creación reside en el interés en reforzar la familia, conforme la zona nacional se iba expandiendo, desde postulados cristianos. Esta institución, tuvo su antecedente en el Decreto-Ley de Primo de Rivera de fecha 21 de junio de 1926 de protección a las familias numerosas de funcionarios públicos y de la clase obrera¹⁰⁶.

En cumplimiento de la Declaración III del Fuero del Trabajo, se promulga la Ley de Bases creando el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares de 18 de Julio de 1938, y regulado mediante el Reglamento de 20 de octubre de 1938, considerándose por el régimen la «obra nacional» con el fin de otorgar al trabajador la suficiencia económica con el fin de que la mujer no tenga que «buscar un salario con que cubrir la insuficiencia del padre [...] apartándola de su función suprema de la crianza de los hijos» desde un doble aspecto espiritual y material. La nueva normativa, limitaba el acceso de la mujer al trabajo, especialmente la que ha contraído matrimonio, en el convencimiento de que el mantenimiento económico de la familia dependía exclusivamente del hombre — el cabeza de familia. Ese intento de perpetuación de la mujer en el ámbito doméstico tenía un doble objetivo: por una parte, consistía en favorecer el crecimiento demográfico como la medida principal natalista y, por otra, la de aumentar los bajos salarios de la posguerra con estos complementos que nada tenían que ver con el salario, aunque no para todos los trabajadores, sino que era condición determinante el que la contratación estuviera incluida dentro del régimen por cuenta ajena y en función del número de hijos o asimilados a ellos¹⁰⁷.

En este sentido, el ensalzamiento del régimen fue plasmado expresamente en la potenciación de la familia como el fundamento teórico

España: actas del II Congreso de Historia Local de Aragón (Huesca, 7 al 9 de julio de 1999), 2001, pp. 300-301.

¹⁰⁶ GACETA DE MADRID, núm. 173, de 22-VI-1926, pp. 1714 a 1716 por el que se aprueba el Real decreto-ley estableciendo un servicio de protección familiar, que se denominará «Subsidio a las familias obreras numerosas».

¹⁰⁷ INP, *Legislación de Subsidios Familiares, Caja Nacional de Subsidios Familiares*, núm. 512, Ed. Aldus, Madrid, 1940, pp. 5-7. El subsidio ascendía a 30 ptas. mensuales a partir del segundo hijo y aumentaba progresivamente en 15 ptas. por hijo hasta un máximo de 12 hijos. El pago se realizaba al cabeza de familia. Mediante la Orden de 26 de marzo de 1946 se privaba a todos los hombres del cobro del subsidio familiar en el caso de que su mujer trabajase.

del Nuevo Estado, aunque desechó todos los trabajos en los que no se pudiera demostrar el concepto de «ajenidad»¹⁰⁸:

«Para nosotros la familia constituye la piedra básica de la nación. Al correr los años, nuestra Nación ha sido, más que una suma de individuos, una suma de hogares, de familias con un apellido común. Por la elevación de sentimientos que el orden familiar entreaña, por la solidaridad del común destino, por la red de afectos y tradiciones acumulados al correr de los años, que de padres a hijos se transmiten con la antorcha del deber, de los honores, del trabajo o del sacrificio, no solo es semejante a lo que puede establecerse entre la familia y la Patria, sino que la familia constituye un modelo, un arquetipo para la Nación»¹⁰⁹.

Dicho potenciamiento que recaía en la necesidad de que el Estado intervenga en favor de la protección de la familia proviene de la influencia del catolicismo social en España. Sobre la base de pensamiento de Severino Aznar (1870-1959), el espíritu social lo concebía desde la cristianización de la economía y la influencia de las encíclicas papales¹¹⁰, con la fundamentación del principio de la compensación, pero desvinculando del salario el subsidio para equilibrar la carga familiar de las familias más numerosas, es decir, no se constituía como una prestación contributiva¹¹¹.

Derivado de la Encíclica «Rerum Novarum» de León XIII, en el Tercer Congreso de la Confederación de Obreros Católicos celebrado en Madrid en 1926, se llegó al pronunciamiento en pro de la implantación del salario familiar y de la participación en los beneficios con la recomendación de que se estableciera en la legislación social el establecimiento de la semana inglesa, el descanso dominical, modificación del retiro obrero y que no pudieran ser admitidos la mujer y el niño menor de 14 años en ninguna clase de trabajos. En este sentido, la influencia de algunos cardenales como la misiva del Cardenal Reig a los obreros católicos, influyó en Severino Aznar para basar la cuestión social en la moral católica:

¹⁰⁸ Sobre el concepto de ajenidad, *vid.*, DÍAZ MOYA, R., *La clase obrera en riesgo: la protección laboral ante la cuestión social, (1873-1936), prólogo de Remedios Morán Martín.*

¹⁰⁹ DEL RÍO CISNEROS, A., *Pensamiento político de Franco: Antología. Selección y sistematización de textos*, Ed. Servicio Informativo Español, Madrid, 1964, p. 271.

¹¹⁰ GARCÍA NIETO-PARÍS, J., *El sindicalismo cristiano en España: notas sobre su origen y evolución hasta 1936*, Instituto de Estudios Económico-sociales, Universidad de Deusto, Bilbao, 1960, pp. 58 y ss.

¹¹¹ INP, *Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares. Ley y Reglamento*, Ministerio de Organización y Acción Sindical, Noviembre de 1938, p. 6.

«Y la equivocación nace de considerar, contra lo que terminantemente afirma León XIII, que la cuestión social es una simple cuestión económica. La sociología, y aun la sociología económica, se han de inspirar en una moral, y ésta es para los católicos, la moral católica. No una moral arbitraria, contingente, acomodaticia al azar de los tiempos y de los acontecimientos, sino firme y estable, como los principios sobre que descansa la doctrina cristiana»¹¹².

La idea de Severino Aznar de creación de un salario familiar como mecanismo para resolver las crisis de las familias, en y después de la Guerra Civil, provenía de la influencia de la encíclica *Rerum Novarum* de 1891 y posteriormente la del *Quadragesimo anno* de 1931. Además, en la restauración del orden social, de conformidad con la Ley Evangélica, tuvo una influencia definitiva Pío XI en su defensa de la comunidad a través de un Estado cristiano:

«La labor del Estado compete la defensa de la comunidad y de sus miembros, y en la protección de esos derechos de los particulares deberá sobre todo velarse por los débiles y los necesitados».

De este modo, aplicando la teoría al salario justo de la encíclica de León XIII, Pío XI se preguntaba por las consecuencias de cuando no sea efectivo porque los obreros no lleguen a formar su pequeño patrimonio:

«¿de dónde, si no es del pago por su trabajo, podrá ir apartando algo quien no cuenta con otro recurso para ganarse la comida y cubrir sus otras necesidades vitales fuera del trabajo?».

A esta pregunta, Pío XI respondió con tres puntos que se debían regular. El primero, derivado de la Encíclica *Casti Connubii* que consistía en dar sustento al obrero y a su familia con la exclusión laboral de la mujer:

«Una remuneración que alcance a cubrir el sustento suyo y el de su familia [...] constituyendo un horrendo abuso, y debe ser eliminado con todo empeño, que las madres de familia, a causa de la cortedad del sueldo del padre, se vean en la precisión de buscar un trabajo remunerado fuera del hogar».

La segunda estaba relacionada con la disminución del salario al trabajador por causas achacables al empresario:

«No debe reputarse como causa justa para disminuir a los obreros el salario el escaso rédito de la empresa cuando esto sea debido a incapacidad o abandono o a la despreocupación por el progreso técnico y económico».

¹¹² *Id.*, p. 145-199.

Finalmente, la tercera tenía que ver con el mantenimiento de un salario acomodado al bien público económico para la restauración del orden social sobre la equitativa del salario justo:

«Es contrario, por consiguiente, a la justicia social disminuir o aumentar excesivamente, por la ambición de mayores ganancias y sin tener en cuenta el bien común, los salarios de los obreros»¹¹³.

Por todo ello, la doctrina de la Ley de Subsidios Familiares y sus normas para su implantación no podían tener otro camino jurídico que el fundamento la protección a las familias numerosas como la base de la política demográfica donde se criticó con dureza postulados como los de Brown-lee que apostaba por familias con pocos hijos:

«En las más completas estadísticas recogidas sobre esta importante cuestión, se llega a la conclusión de que, a igualdad de condiciones, el tamaño de la familia no tiene relación alguna con el coeficiente de mortalidad infantil, y la afirmación de que es mejor tener tres hijos sanos que seis enfermos carece de fundamento»¹¹⁴.

Franco se impregnó de toda esta base en la que las aspiraciones del Episcopado español respecto a las condiciones de vida de los trabajadores van a coincidir con todos estos postulados, constituyendo la «carta magna en el orden social [...]» por la que el Estado, haciendo suyas las doctrinas de las Encíclicas le llevaron a legislar todos los objetivos que la Iglesia señalaba como ideales imprescindibles, especialmente dirigida hacia las funciones de la mujer rural, dado que en la década de 1930 la población rural era un porcentaje muy elevado con respecto al total¹¹⁵:

«Las aspiraciones del Episcopado español respecto a las condiciones de vida de los trabajadores son las mismas que están en el propósito de mi Gobierno y de aquellos otros que hasta ahora le han precedido. Lo encontramos así proclamado lo mismo en el Fuero de los Españoles que en el del Trabajo, que constituye una carta magna en el

¹¹³ SANTA SEDE, *Carta Encíclica Quadragesimo Anno de su Santidad Pío X sobre la restauración del orden Social en perfecta conformidad con la Ley Evangélica al celebrarse el 40º aniversario de la Encíclica «Rerum Novarum» de León XIII*, Roma, 15 de mayo de 1931.

¹¹⁴ INP, *La Ley de Subsidios Familiares. Su doctrina. Normas para su implantación*, núm. 506, Ministerio de Organización y Acción Sindical, 1939, p. 5.

¹¹⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO, *La situación demográfica en España. Efectos y consecuencias. Estudio*, separata del volumen II del Informe anual 2018, p. 20. En esa fecha los españoles que vivían en municipios con menos de 10.000 habitantes representaban casi el 60 % de la población española, mientras que no llegaban al 10 % los que vivían en ciudades con más de medio millón de vecinos. Sobre la población urbana, *vid.*, GÓMEZ MENDOZA, A; LUNA RODRIGO, L., «El desarrollo urbano en España», en *Revista de Demografía Histórica-Journal of Iberoamerican Population Studies*, Vol. 4, Núm. 2, 1986, p. 7.

orden social de nuestro tiempo. [...] El Estado, por su parte, haciendo suyas las sabias doctrinas de las Encíclicas sociales de nuestros Pontífices, ha procurado darlas forma concreta, llevando a su legislación todos aquellos objetivos que la Iglesia señalaba como ideales: salario familiar, seguro de enfermedad, salario en los domingos y días festivos, casas baratas y salubres, y, finalmente, la ocupación total; a todo ello el pueblo laborioso ha respondido con un verdadero renacimiento de la fe religiosa en sectores hasta entonces muy apartados de ella»¹¹⁶.

Otro aspecto fundamental poco investigado consiste en la aplicación de este tipo de subsidios considerando la relación contractual del trabajador con la empresa y el salario. El carácter obligatorio se funda en el principio de compensación para desvincular el salario del subsidio para diluir los riesgos en una mutualidad nacional y, mediante este subsidio, compensar las cargas familiares sin causar inconvenientes a la empresa. Ante la propuesta de un salario variable en función de las necesidades familiares, los patronos plantearon una gran cantidad de reclamaciones y dificultades administrativas. Este motivo tropezaba con obstáculos derivados de la resistencia de las empresas al empleo de obra con familias numerosas, pues al tener que dar salarios más elevados, se aumentaban automáticamente los costes de producción, considerando además las dificultades por la grave problemática de la cuestión agraria, que estaba sin solucionar por parte del régimen. Mediante un diseño falangista que consistió en un ataque al capitalismo y centralizar la reforma agraria para depurar a sectores falangistas más descontentos, se alejaba del problema real, técnico, no político, que no era «una cuestión de latifundios ni de minifundios. Es una cuestión de unidades de cultivos», siendo su solución la reordenación económica que regule la producción cuyo objetivo era la «redistribución de la población en la tierra»¹¹⁷. Por otra parte, las fábricas con trabajadores casados quedaban en inferioridad respecto a las de obreros solteros. En la razón de no perjudicar a las empresas, «a pesar de las ventajas que presenta en teoría», no se acabó imponiendo un salario familiar¹¹⁸.

Configurada la ley como una derivación del Fuero del Trabajo no se ejerció como un derecho exigible para todos los trabajadores. So-

¹¹⁶ FRANCO BAHAMONDE, F., «Declaraciones al corresponsal de España de 'Noticias Católicas', de Washington, el 10 de junio de 1957» en Francisco Franco, *Discursos y Mensajes del Jefe del Estado 1955-1959*, Tomo I, Reeditado en edición facsímil por Ediciones San Vicente Ferrer, 1960 pp. 324-340.

¹¹⁷ TÉBAR HURTADO, J., *Contrarrevolución y poder agrario en el franquismo Rupturas y continuidades La provincia de Barcelona (1939-1945)*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2005, p. 222

¹¹⁸ FRANCO BAHAMONDE, F., «Declaraciones al corresponsal de España de 'Noticias Católicas', de Washington, el 10 de junio de 1957», o. c., pp. 6-8.

lamente, como se ha indicado, para los trabajadores por cuenta ajena, dejando desamparados a los trabajadores rurales no incluidos en empresas agrícolas. Aun así, ante el escaso desenvolvimiento de la acción social —entendida como la acción patronal— el régimen tuvo que implantar la ley de manera coercitiva en todo el territorio nacional porque presentaba el inconveniente de la lentitud en su desarrollo, achacable a los patronos¹¹⁹, como se vino produciendo históricamente desde el siglo xix¹²⁰.

Dicha calma obligó al régimen a situarse como el ente tutelar asumiendo la responsabilidad mediante la promulgación de la Ley del Subsidio Familiar y su Reglamento con el fin de dar efectividad legal al precepto contenido en el Fuero del Trabajo mediante la aplicación de un sistema de cajas de compensación que pudiera financiar el sistema, lo que demuestra la exigua partida económica destinada a este régimen. De este modo, se configuró un sistema de recursos para hacer frente al pago del subsidio mediante una triple participación —se acaba incluyendo al trabajador— patronal, asegurado y del Estado. Los patronos debían contribuir con una cuota inicial — una cuota de entrada que se exige por una sola vez al afiliarse— y otra normal — al 6% del salario durante el primer año, aumentando o disminuyendo en años sucesivos— ambas proporcionales a la retribución de los asegurados que servía de base para efectuar el descuento del 6% siguiendo las reglas que señala la Ley de Accidentes del Trabajo. La participación del obrero consistía en la aportación de la sexta parte de la cuota normal, descontada por el patrono que iba a minorar del salario, aunque jurisprudencialmente no se va considerar como salario, por lo que quedaba fuera de sus beneficios. La participación del Estado va a ser doble. Por una parte, directamente mediante la aportación de un capital fundacional de cinco millones de pesetas, procedentes del saldo resultante del Servicio Nacional del Trigo, y otra indirecta, creando un impuesto especial que gravaba en una décima parte todos los beneficios obtenidos por dividendos superiores al 6% anual de toda empresa o entidad, aunque esta acordase repartirlo o no a

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 10. El régimen es, pues, obligatorio para toda clase de patronos que tengan obreros a su cargo, así como empleados o funcionario cualquiera que sea la clase de trabajo que unos y otros realicen y la cuantía y forma de retribución que por su trabajo perciban. No obstante, la Ley consigna la excepción de esa obligatoriedad para los patronos que ocupen ocasionalmente como obreros a los mismos a quienes ellos a su vez, en otros días o temporadas, les presten su trabajo en equivalencia al que ellos realizaron; los que ocupen trabajadores en servicio doméstico y los trabajadores a domicilio.

¹²⁰ Sobre el incumplimiento normativo de la patronal *vid.*, DÍAZ MOYA, R., *La clase obrera en riesgo: la protección laboral ante la cuestión social, (1873-1936)*, prólogo de Remedios Morán Martín.

sus accionistas. Todo ello, creó una gran mutualidad unificada para el reparto, pero excluyendo las cantidades dedicadas a los fondos de reserva y gastos de administración del Estado, el cual, lo usaba para sus «fines propios»¹²¹.

Toda esta organización adolecía de problemas para su cumplimiento hacia el colectivo de la mujer en el ámbito rural a partir de la finalización de la Guerra Civil. Desde 1939 el franquismo creó una estructura ficticia para elevar los valores de la mujer rural en el convencimiento de que, de esta forma, no existiría un despoblamiento masivo hacia las ciudades. El empeño por la autosuficiencia de la mujer rural, especialmente en el protofranquismo, la situó en la más absoluta miseria que no pudo solventar la Sección Femenina con ningún programa subversivo:

«Nadie ignora en qué condiciones vive la mujer en los pueblos: su trabajo es agotador; no sólo cuida del marido y de los hijos; atiende la casa, los animales, acarrea el agua, sino que también ayuda al hombre en muchas ocasiones en las faenas agrícolas, y lo más grave es que todas estas labores las realiza con una falta total de comodidades domésticas»¹²².

Por eso se entiende que el régimen pusiera el foco, en un ejercicio de externalización, en la transformación posterior de la gestión del Subsidio Familiar, ya que no estaba dando los frutos deseados. Vistos los problemas económicos del régimen franquista, este se vio abocado a desarrollar la Orden de 23 de enero de 1939 mediante la cual, se fijaban nuevas reglas para el pago del Subsidio Familiar a través de la creación de la figura del pago directo por las empresas o entidades colaboradoras de la Caja Nacional de Subsidios Familiares que lo solicitasen, las cuales, además de pagar el salario, tenían la «honorífica denominación de colaboradoras» en el abono de este subsidio:

«Por la Caja Nacional de Subsidios Familiares se delegará el pago directo del Subsidio Familiar a sus trabajadores en la forma y por las condiciones determinadas en los artículos 53 y los del Reglamento de 20 de octubre de 1938, otorgándolas, la honorífica denominación de «Colaboradoras» en las Empresas o Entidades patronales que lo hayan solicitado o lo soliciten a la Caja. Nacional y que reúnan, a juicio

¹²¹ *Ibid.*, pp. 11-19.

¹²² SECCIÓN FEMENINA, *Organización*. Madrid: Industrias gráficas Magerit, 1965, p. 36. Citado en RAMOS -ZAMORA, S.; COLMENAR ORZAES, C., «Mujeres rurales y capacitación profesional en el franquismo a través de la prensa femenina (1939-1959)», en *Educació i Història: Revista d'Història de l'Educació* Núm. 24, julio-diciembre, 2014, pp. 137-138

de ella, los requisitos exigidos por el artículo 54 del Reglamento del Subsidio»¹²³.

Con posterioridad, se sucedieron muchas disposiciones normativas relativas a la administración del Subsidio Familiar con el fin de que se hiciera cargo del INP mediante su Caja nacional, como órgano técnico de la política social del Estado bajo el control de la Inspección de Trabajo, en otro proceso interventor del régimen. Aunque todo pudiera apuntar a que esta nueva reglamentación iría mejorando la anterior, se produjo todo lo contrario, es decir, salvo contadas excepciones de propaganda, se generó una total ausencia de progresión normativa, dejando sin aclarar la definición de conceptos tan importantes como el de trabajadora agrícola o a domicilio, llevando este último a confusión entre el servicio doméstico —de amas de casa— y el asalariado por cuenta ajena que trabaje fuera de la propia vivienda¹²⁴.

Este detrimento jurídico también se demuestra en la inexistencia de cotización salarial del Subsidio Familiar excluyendo a «muchas capas de obreros»¹²⁵, en otro incremento del componente ideológico del régimen aplicado en la normativa para que la mujer no desarrolle

¹²³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 31, de 31-I-1939, p. 562, por la que se publica la Orden de 23 de enero de 1939 dictando reglas para el pago del Subsidio Familiar.

¹²⁴ INP, *Subsidios Familiares*, núm. 40, Ed. Industrias Gráficas, 1950, España, pp. 2-7. Disposiciones legislativas que se van a ir sucediendo posteriormente al año 1939 son la Ley de 7 de mayo de 1942 por la que se reforma la de 15 de noviembre de 1915 que creó el Libro de la Familia en BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 140, de 20-V-1942, p. 3529. En el que la novedad reside en la constatación de las anotaciones precisas a efectos de su empleo en los regímenes de Subsidios Familiares. El Decreto de 10 de noviembre de 1942, que incluye en el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares a los trabajadores a domicilio publicado en el *id.*, núm. 326, de 22-XI-1942, p. 9455 que modifica el apartado c) del artículo tercero del Reglamento de 20 de octubre de 1938 sobre Subsidios Familiares. «Se entenderá por trabajador a domicilio a aquél que trabaje a jornal, a destajo o por pieza u obra hecha, en su propia orada o en lugares de trabajo distintos a los del empresario, por cuenta de uno o varios patronos, tanto si la tarea la reparten éstos por sí o se valen para ello de intermediarios»

¹²⁵ Decreto de 11 de noviembre de 1943, sobre la unificación de la escala mensual del Subsidio Familiar publicado en el BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 327, de 23-XI-1943, p. 11261. 4784. En el que se aplica una escala mensual, independientemente de los días trabajados a los subsidiados exclusivamente que constituyan los censos, listas o plantillas permanentes de personal fijo de una empresa, patrono o explotación, y siempre que perciban retribución por todos los días de la semana o cobren haber mensual tanto en el Régimen común de subsidios familiares como en los especialmente establecidos para la agricultura y los trabajadores del mar, observándose una tal cantidad de exclusiones que denegaban los subsidios a muchas capas de obreros.

actividad productiva alguna¹²⁶. Se recalcó la figura del productor masculino como receptor de subsidios —relativizándose tal concepto exclusivamente al obrero—¹²⁷, alejado del concepto de derechos social con la exclusión de la mujer.

Por otra parte, es relevante el control social que practicó el régimen a través de los registros obligatorios por los cuales los agricultores por cuenta ajena debían inscribirse en el Censo agrícola. No obstante, aunque pudiera parecer una garantía, el citado Censo contó con graves deficiencias que no fueron controladas por la Inspección, lo que provocó un grave perjuicio en el control de la cotización de los trabajadores agrarios, especialmente en el sistema de sellos y cupones donde se rechazaban las cartillas agrícolas que pudieran presentar las agricultoras y los menores que trabajaban para la familia¹²⁸. La gestión de las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos han sido frecuentemente omitidas a la hora de explicar la protección social del mundo rural en el que los campesinos sin tierra y las clases bajas eran sencillamente invisibilizadas y excluidas debido a un

¹²⁶ Ley de 18 de junio de 1942 por la que se amplían los beneficios del Seguro de maternidad publicada en el BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 184, de 03-VII-1942, pp. 4783 a 4784. Por la que se permite ampliar la protección y tutela que a su amparo alcanzan los trabajadores, facilitándoseles el Ingreso en el Seguro de Maternidad de las esposas de los asegurados en el Régimen de Subsidios Familiares, sin que por este servicio hayan de satisfacer cantidad alguna las Empresas ni las interesadas.

¹²⁷ CABRERA ACOSTA, M.A., «Del reformismo social a la ciudadanía social en España» en CABRERA ACOSTA, M.A., *La ciudadanía social en España: los orígenes históricos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2013, pp. 14-15. Cabrera apunta que el concepto de ciudadanía social es «la consecuencia de un largo proceso histórico de acumulación [...] que determina el producto de unas determinadas circunstancias históricas que [...] comenzó a visibilizarse en España a partir de la década de 1970».

¹²⁸ La creación de la «cartilla profesional agrícola» en el que para poder cobrar las prestaciones era necesario estar al día en el pago de las cuotas de cotización, aunque no se hizo efectivo hasta 1952 y unido a un control deficiente del sistema de sellos y cupones y a un sistema de «cuota encubierta» para los propietarios agrarios a los que se asimilaba a patronos al establecer una exacción proporcional a la contribución rústica y pecuaria que se recaudaba junto con ésta. Por otra parte, cuando un labrador tenía pendiente el pago de cupones de cotización pertenecientes al semestre natural anterior, se le aplicaba un 10% de recargo sobre el valor de aquellos. Si la demora en el pago de cupones era de entre 12 y 18 meses, el recargo ascendía al 20%. La sanción podía llegar hasta el 90% del valor de los cupones adeudados cuando el retraso era de entre 18 y 24 meses. Finalmente, en los casos de una tardanza en el pago superior a los tres años (36 meses) o de reincidencia en la morosidad, la multa podría llegar hasta el triple del valor del descubierto (incluyendo el respectivo recargo). *Vid.*, LANERO TABOAS, D., «La extensión de los Seguros sociales en el mundo rural gallego: entre el Clientelismo Político y los ecos del «Estado de Bienestar», 1940-1966» en MOLINA, F., *Extranjeros en el pasado. Nuevos historiadores de la España contemporánea*, Universidad del País Vasco, España, 2009 pp. 164-165.

«vacío de poder» que provocaba, en la década de los cuarenta, que los alcaldes franquistas que controlaban la Junta Agrícola Local— de hecho el alcalde era el presidente— fueran los encargados de la gestión arbitraria de estos cupos agrícolas¹²⁹ como un medio eficaz de control social¹³⁰. En tal sentido, las grandes fricciones entre los alcaldes, hermandades, el auxilio social como entidad y las diferentes gestoras desde la promulgación del Reglamento de Hermandades de 1945 por el control de los intereses económicos y sociales del «agro español»¹³¹ necesitaron de la publicación de la Orden Ministerial de 1948 por el que el régimen atribuyó la gestión económica y de la producción al Cabildo de Hermandades, existiendo grandes pugnas entre los alcaldes¹³².

¹²⁹ Nada se legisla sobre el incumplimiento de la presentación por parte de los alcaldes sobre la cotización entregada por los agricultores y que excluían involuntariamente de los beneficios de los Seguros agrarios a los agricultores, después de ver DEL ARCO BLANCO, M.A., «Los auténticos representantes del campo español: Hermandades Sindicales de Labradores y generación de adhesión y consentimiento hacia el franquismo» en *Revista de Historia Social*, núm. 84, 2016, p. 71-101; LÓPEZ HERRÁEZ, J.M., «Las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos (1942-1977). Del análisis franquista hasta la historiografía actual» en *Historia Agraria*, núm. 44, 2008, pp. 122-127; CABANA, A.; CABO, M., «Cuando lo viejo muere y lo nuevo no acaba de nacer. El asociacionismo agrario en Galicia entre el golpe de Estado y la creación de las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos», en DE JUANA, J.; PRADA, J., *Lo que han hecho en Galicia: violencia, represión y exilio (1936-1939)*, Crítica, Barcelona, 2006, pp. 160-180; DEL ARCO BLANCO., *Las alas del ave fénix. La política agraria del primer franquismo (1936-1959)*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 93-98.

¹³⁰ Sobre este concepto *vid.*, SAZ, I., *Fascismo y franquismo*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, p. 174-180.

¹³¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 86, de 27-III-1945, pp. 2357 a 2377 por la que se publica la Orden por la que se establecen las normas que han de regir la estructura interna y funciones de las Hermandades Sindicales del Campo. El artículo 45 determina que las juntas locales agrícolas se integrarán en las Hermandades Sindicales en las que, por el artículo 62, también estarían integradas por un Jefe Local de F.E.T. y de las J.O.N.S. o Delegado de Servicio nombrado por aquél. Mediante el artículo 138, el que el Servicio de Gestión Asistencial figurará la Obra Sindical de Previsión Social con el visto bueno del Delegado Sindical Provincial. Mediante el artículo 139, el servicio de explotación económica será gestionado por las Hermandades bajo la dirección de la Junta agropecuaria en la que su presidente ya no será el alcalde sino el Jefe de la Hermandad. Mediante la Disposición Transitoria Décima, las funciones de éste quedaban reducidas a la asamblea para el traspaso de funciones de las Comunidades de labradores a la Hermandad.

¹³² BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, núm. 112, de 21-IV-1948, p. 1503 por el que se publica la Orden de 30 de marzo de 1948 por la que se dispone el traspaso de funciones de las Juntas Sindicales Agropecuarias al Cabildo Sindical. Vista la modificación contenida en la Ponencia sexta de las conclusiones acordadas en la II Asamblea Nacional de Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos, sobre traspaso de funciones de las Juntas Sindicales Agropecuarias, la Presidencia del Gobierno ha tenido a bien disponer que las funciones de dichas Juntas-Sindicales Agropecuarias, a que se refiere la Orden de 23 de marzo de 1945 (BOE núm. 86),

Conjuntamente con el compromiso político de los Cabildos en contraposición con la defensa de los intereses de los agricultores por parte de las Hermandades¹³³, estas se convirtieron en «oficinas de colocación obrera»¹³⁴ en las que se seleccionaban los obreros más afines al régimen para realizar obras en los caminos vecinales, acequias, canales, y lindes, por aquel control del Cabildo sobre la Hermandad con la absoluta exclusión de la participación política de la mujer¹³⁵.

Finalmente, este conglomerado estaba construido, como expresaba Raimundo Fernández Cuesta cuando se dirigía así al campesinado, como una «comunidad nacional idílica, donde los valores patrios y católicos estaban representados»¹³⁶ pero que en el fondo enmascaraba un control del régimen hasta del último obrero rural mediante las Hermandades, en el que dicho control condicionaba la inclusión o no de los beneficios de los seguros sociales en el mundo rural:

«Se convirtieron en el brazo sindical del franquismo en el mundo rural [...] y tenían asignadas funciones sociales, económicas, asistenciales, comunales y asesoras-colaboradoras»¹³⁷.

III. CONCLUSIONES

El conjunto de entidades con rango de oficialidad que existieron en el período analizado, bajo la protección del régimen y con las directrices de Falange fueron determinantes en la exclusión de la mujer, especialmente en el mundo rural.

El planteamiento totalitario de las instituciones como el auxilio social el régimen de Subsidios Familiares o las Hermandades, inspiradas en el nazismo y el fascismo de Mussolini, desde un planteamiento totalitario de organización de la sociedad, escondían el inter-

correspondan en lo sucesivo al Cabildo Sindical. Después de ver Hermandad Sindical Nacional de Labradores y Ganaderos. Asamblea Nacional, *II Asamblea Nacional de Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos: Conclusiones*, Madrid, 9-13 Diciembre 1947.

¹³³ GARCÍA PIÑEIRO, R., «Boina, bonete y tricornio. Instrumentos de control campesino en la Asturias franquista (1937-1977)», en *Historia del Presente*, núm. 3, 2001, p. 49.

¹³⁴ GONZÁLEZ M., *De lo vivo lejano. Conil de la Frontera, 1931-1945*, Aconcagua, Sevilla, 2014 p. 193.

¹³⁵ GONZÁLEZ CORTÉS, J.R.; AGUADO BENÍTEZ, R., *Extremadura durante el primer franquismo (1939-1959)*, Diputación de Badajoz, Badajoz, 2010, p. 87.

¹³⁶ DEL ARCO BLANCO, M.A., «Los auténticos representantes del campo español...» o.c. p. 93.

¹³⁷ *Ibidem.*, p. 95.

vencionismo de Franco en la obra social mediante la introducción de los principios nacionales sindicalistas.

Las bases de la intervención de régimen, desde el antiliberalismo y contrarias al desarrollo de una política social de desarrollo del Estado del Bienestar se basaron en la utilización de la mujer para la reconstrucción de España en su única misión de ser madre, en un ejercicio de proselitismo católico centrado en destacar los valores cristianos enfocados a mejorar las condiciones de vida de la familia española, y como contraprestación a la destructora protección social que ocasionaban los rojos, como el sindicalismo vertical denostaba.

Finalmente, los valores de valentía, valor y coraje que se le suponía a la mujer rural no podían dirigirse hacia un cambio en los criterios de su feminidad porque suponía un cambio de valores en la exigencia de su participación política en la sociedad, en los mismos términos que el varón.

El adjetivo de femenina se relacionó hábilmente con aquellos valores en una estrategia de ayudar al hombre en todo momento, y más aún cuando la necesidad lo imponga, suplirlo, bajo aquellas directrices cristianas que debía regir la ordenación de la sociedad, especialmente rural dentro de aquella feminidad preservadora de la tradición y moralidad del Nuevo Estado.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Abella Bermejo, R., *La vida cotidiana bajo el Régimen de Franco*, Madrid, Temas de Hoy, 1996.

Azul, «No hay nada más bello que servir», en *Medina*, Año II, núm. 69, Madrid, 12 de julio de 1942.

Barciela López, C., «Introducción. Segunda parte: los costes del franquismo en el sector agrario: la ruptura del proceso de transformaciones» en Garrabou Segura, R., *El fin de la agricultura tradicional (1900-1960)*, Vol. 3, Crítica, 1985.

—, «La contrarreforma agraria y la política de colonización del primer franquismo, 1936-1959» en García Sanz, A.; Sanz Fernández, J., *Reformas y políticas agrarias en la historia de España: (de la Ilustración al primer franquismo)*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1996.

Blasco Herranz, I., «Género y nación durante el Franquismo» en Michonneau, S. y Núñez-Seixas, X.M. (dir.), *imaginarios y repre-*

sentaciones de España durante el franquismo, Casa de Velazquez, Madrid, 2014.

Boletín de Auxilio Social núm. 3, de 24-V-1937.

Boletín de Información del INP núm. 1, año IV, Madrid, 1944.

—, núm. 3, año V, Madrid, 1945, p.471-472 que publica el Discurso del Jefe provincial del Movimiento en el Salón de Actos de la Diputación Provincial de Jaén con motivo de los Premios a la natalidad establecidos por Decreto de 22 de febrero de 1941.

Boletín de la Real Academia de la Historia, Tomo CXC, núm. I, 1993.

Boletín Oficial del Estado núm. 75, de 03-I-1937, pp. 18 a 22 que publica la Orden organizando la beneficencia pública en colaboración con la privada.

—, núm. 168, de 06-IV-1937, pp. 907 a 911 que publica la Orden dictando normas ampliatorias para la colocación familiar de niños.

—, núm. 291, de 07-VIII-1937, pp. 2738 a 2742 que publica el Decreto núm. 333 aprobando los Estatutos de «Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S.»

—, núm. 182, de 20-IV-1937, pp. 1.033 a 1.034 que publica el Decreto número 255 de 19 de abril de 1937.

—, núm. 356, de 11-X-1937, pp. 3785 a 3787 que publica el Decreto núm. 378, declarando deber nacional de todas la mujeres españolas, comprendidas en edad de 17 a 35 años, la prestación del «Servicio Social».

—, núm. 505, de 10-III-1938, p. 6.179 que publica el Fuero del Trabajo.

—, núm. 528, de 02-IV-1938, p. 6562, que publica la Orden disponiendo que los Ayuntamientos den cumplimiento a la consignación de créditos para Beneficencia.

—, núm. 534, de 08-IV-1938, pp. 6675 a 6676 que publica el Decreto reorganizando las Juntas Provinciales de Beneficencia.

—, núm. 534, de 08-IV-1938, pp. 6.676 a 6.677 que publica el Decreto de 6 de abril de 1938 sobre reorganización del Ministerio de Agricultura en Boletín Oficial Del Estado.

—, núm. 562, de 06-V-1938, pp. 7.146 a 7.149 que publica la Ley de 3 de mayo de 1938 de Recuperación Agraria.

- Boletín Oficial del Estado, núm. 586, de 31-V-1938, pp. 7611 a 7613 que publica el Decreto de 28 de mayo de 1938, creando el Consejo Superior de Beneficencia y Obras Sociales. Con relación a la exposición de motivos declarada en el Decreto
- , núm. 587, de 01-VI-1938, p. 7.643, que publica la Orden de 31 de mayo de 1938 por la que se declara la constitución de las Comisiones Depositarias y del cese y traspaso de las Juntas y Entidades previas.
 - , núm. 610, de 24-VI-1938, pp. 7999 a 8001 que publica el Decreto disolviendo el Consejo de Patronato del INP y creando el Consejo de dicho Instituto forma de designación de sus componentes y funciones del mismo.
 - , núm. 68, de 06-IX-1938, pp. 1107 a 1108 que publica la Orden dictando normas para cumplimiento del artículo 16 del Decreto núm. 478 aprobando el Reglamento para la implantación del Servicio Social. Exposición de motivos.
 - , núm. 68, de 06-IX-1938, pp. 1.108 a 1.109 que publica la Orden de 5 de septiembre de 1938 para el mejor cumplimiento de la Ley de Recuperación Agrícola.
 - , núm. 111, de 19-X-1938, p. 1890 que publica la Orden facultando a las diputaciones provinciales, cabildos insulares y ayuntamientos para ceder terrenos a la delegación nacional de auxilio social para los fines que expresa.
 - , núm. 31, de 31-I-1939, p. 562 que publica la Orden de 23 de enero de 1939 dictando reglas para el pago del Subsidio Familiar.
 - , núm. 45, de 14-II-1939, p. 860 que publica la Orden estableciendo instituciones para mejorar la situación de los refugiados.
 - , núm. 85, de 26-III-1939, pp. 1.726 a 1.727 que publica la Orden de 25 de marzo de 1939 referente a las fincas intervenidas por el Instituto de Reforma Agraria en zona no liberada.
 - , núm. 167, de 16-VI-1939, p. 3.282 que publica la Orden de 9 de junio de 1939 ampliando el plazo que para solicitar la devolución de fincas establece la Orden de 25 de marzo último.
 - , núm. 292, de 19-X-1939, p. 5.860 que publica el Decreto de 23 de septiembre sobre revisión de las resoluciones contenciosas dictadas por el Gobierno rojo.
 - , núm. 300, de 27-X-1939, p. 6.016 a 6.019 que publica el Decreto organizando el Instituto Nacional de Colonización.

- Boletín Oficial del Estado, núm. 300, de 27-X-1939, pp. 6.010-6.012 que publica la Ley dictando normas para la liquidación del Servicio de Recuperación Agrícola.
- , núm. 66, de 06-III-1940, pp. 1.638 a 1.639 que publica la Ley de 23 de febrero de 1940 por la que se procede a la devolución a sus propietarios de las fincas ocupadas por el Instituto de Reforma Agraria con arreglo a las Leyes de 1932 y 1935.
- , núm. 315, de 10-XI-1940, pp. 7746 a 7747 que publica la Orden por la que se dictan normas sobre las Asociaciones de Inválidos que no gocen de una protección especial concedida. Exposición de motivos.
- , núm. 320, de 15-XI-1940, pp. 7.860 a 7.863 que publica la Ley por la que se declara de interés y utilidad nacional la realización de las labores agrícolas y trabajos complementarios para las siembras de otoño y primavera, así como las de barbechera.
- , núm. 336, de 01-XII-1940, pp. 8253 a 8255 que publica el Decreto sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución Nacional y de la Guerra.
- , núm. 140, de 20-V-1942, p. 3529 que publica la Ley de 7 de mayo de 1942 por la que se reforma la de 15 de noviembre de 1915 que creó el Libro de la Familia.
- , núm. 184, de 03-VII-1942, pp. 4783 a 4784 que publica la Ley de 18 de junio de 1942 por la que se amplían los beneficios del Seguro de maternidad.
- , núm. 326, de 22-XI-1942, p. 9455 que modifica el apartado c) del artículo tercero del Reglamento de 20 de octubre de 1938 sobre Subsidios Familiares.
- , núm. 361, de 27-XII-1942, pp. 10592 a 10597 que publica la Ley de 12 de diciembre de 1942 por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad.
- , núm. 327, de 23-XI-1943, p. 11261. que publica el Decreto de 11 de noviembre de 1943, sobre la unificación de la escala mensual del Subsidio Familiar publicado.
- , núm. 128, de 07-V-1944, p. 3594 que publica el Decreto de 1 de mayo de 1944.
- , núm. 331, de 26-XI-1944, p. 8908 sobre la exposición de motivos de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944.

Boletín Oficial del Estado, núm. 199, de 18-VII-1945 pp. 360-384 que publica la Ley de 17 de julio de 1945 de Bases de Régimen Local.

—, núm. 86, de 27-III-1945, pp. 2357 a 2377 que publica la Orden por la que se establecen las normas que han de regir la estructura interna y funciones de las Hermandades Sindicales del Campo.

—, núm. 282, de 09-X-1947, pp. 5.569-5.570 que publica el Decreto de 22 de septiembre de 1947 por el que se autoriza la indemnización por gastos de sepelio en los casos de accidente.

—, núm. 112, de 21-IV-1948, p. 1503 que publica la Orden de 30 de marzo de 1948 por la que se dispone el traspaso de funciones de las Juntas Sindicales Agropecuarias al Cabildo Sindical.

Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España, núm. 13, de 29-VIII-1936, p. 52 que publica la Orden de 28 de agosto de 1936 que garantiza los pagos de las rentas que correspondan a los propietarios de las fincas que han sido ocupadas por el Instituto de Reforma Agraria.

—, que publica el Decreto núm. 74, de 28 de agosto de 1936 que aprueba medidas con relación a las fincas intervenidas por el IRA.

—, núm. 14 de 30-VIII-1936, que publica el Decreto núm. 128, de 24 de septiembre de 1936.

—, núm. 133 de 25-IX-1936, que publica el Decreto de 25 de septiembre de 1936 por el que se dictan reglas complementarias a las disposiciones promulgadas por la Junta de Defensa Nacional sobre aplicación de la Reforma Agraria.

—, núm. 29 de 26-IX-1936 que publica el Decreto número 128.

—, núm. 30 de 28-IX-1936 que publica el Decreto número 133.

Cabana, A.; Cabo, M., «Cuando lo viejo muere y lo nuevo no acaba de nacer. El asociacionismo agrario en Galicia entre el golpe de Estado y la creación de las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos», en De Juana, J.; Prada, J., *Lo que han hecho en Galicia: violencia, represión y exilio (1936-1939)*, Crítica, Barcelona, 2006.

Cabrera Acosta, M.A., «Del reformismo social a la ciudadanía social en España» en Cabrera Acosta, M.A., *La ciudadanía social en España: los orígenes históricos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2013.

- Camocho Cantudo, M.A.; Ramos Vázquez, I., *Introducción jurídica a la historia de las relaciones de trabajo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
- Carasa Soto, P., «La revolución nacional-asistencial el primer Franquismo (1936-1940)» en *Revista Historia contemporánea*, núm. 16, 1997.
- Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo II: *Derecho de las cosas: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, Vol. I, 14ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1992, págs. 139-145.
- Cenarro Lagunas, A., *La sonrisa de Falange. Auxilio Social en la guerra civil y en la posguerra*, Ed. Crítica, Barcelona, 2006.
- Cerceira Gutiérrez, I., «Los Servicios Sociales del Franquismo a la Constitución» en *Cuadernos de trabajo social*, núm. 0, 1987.
- Congreso Nacional de Auxilio Social, *Normas y orientaciones para delegados, II Congreso de Delegados Nacionales*, Afrodisio Aguado, 16-23 Octubre de 1938.
- Cosialls Ubach, A.M., *Régimen jurídico de la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC*, Editorial Atelier Libros Jurídicos, 2009.
- De Castro y Bravo, F., «El Derecho Agrario en España. Notas para su estudio» en *Revista Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2, 1954.
- Defensor del Pueblo, *La situación demográfica en España. Efectos y consecuencias. Estudio*, separata del volumen II del Informe anual, 2018.
- Del Arco Blanco., *Las alas del ave fénix. La política agraria del primer franquismo (1936-1959)*, Comares, Granada, 2005.
- , «Los auténticos representantes del campo español: Hermandades Sindicales de Labradores y generación de adhesión y consentimiento hacia el franquismo» en *Revista de Historia Social*, núm. 84, 2016.
- Del Río Cisneros, A., *Pensamiento político de Franco: Antología. Selección y sistematización de textos*, Servicio Informativo Español, Madrid, 1964.
- Díaz Moya, R., *La clase obrera en riesgo. La protección laboral ante la cuestión social (1873-1936) Prólogo de Remedios Morán Martín*, IUSTEL, Madrid, 2024.
- , *La madre obrera: un callejón sin salida (1873-1936). Prólogo de Rosa Peñasco*, Dykinson, 2024.

- Faoaga, M., «El futuro del trabajo y la doctrina social de la Iglesia» en *Revista de Política Social*, núm. 58, Madrid, abril/junio 1963.
- Fernández Cuesta, R., «Discurso del aniversario de la fusión de las J.O.N.S. con Falange Española», en *Discursos*, Ediciones Fe, 1939.
- Flores Estrada, A., *La cuestión social, o sea origen, latitud y efectos del derecho de propiedad*, Imprenta de D. Miguel de Burgos, Madrid, 1839.
- Franco Bahamonde, F., «Declaraciones al corresponsal de España de 'Noticias Católicas', de Washington, el 10 de junio de 1957» en Franco F., *Discursos y Mensajes del Jefe del Estado 1955-1959*, Tomo I, Reeditado en edición facsímil por Ediciones San Vicente Ferrer, 1960.
- , «Discurso de S. E. el Jefe del Estado en la sesión solemne del Centenario, celebrada el día 29 de octubre», en *Agricultura. Revista agropecuaria*, Año XXIV, núm. 283, noviembre de 1955.
- Fuejo, D., «Los Seguros sociales, conferencia sobre el seguro social de enfermedad en la Escuela de Artes y Oficios de Vitoria, 6 junio 1936» en *Anales del INP*, Año XXVIII, núm. 136, Imprenta de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, junio de 1936.
- Gaceta de la República, núm. 7, de 07-I-1937, pp. 107 a 108 que publica el Decreto disponiendo que el Consejo Superior de Protección de Menores se denominará en lo sucesivo Consejo Nacional de Tutela de Menores, conservando su actual estructura, con las modificaciones que se introducen por el presente Decreto.
- , núm. 36 de 5-II-1937 p. 651 que publica el Decreto autorizando al presidente del Consejo de ministros para que presente a las Cortes un proyecto de Ley relativo a la convalidación de los Decretos expedidos por la Presidencia del Consejo y demás departamentos ministeriales.
- , núm. 42, de 11-II-1937, p. 782 que publica la Orden encareciendo a las Compañías y Mutualidades de Seguros de Accidentes del Trabajo el más exacto cumplimiento de los artículos que se indican del Reglamento de Accidentes de Trabajo.
- , núm. 50, de 19-II-1937, pp. 883 a 884 que publica el Decreto recordando a las Empresas industriales la obligación de abonar a las Compañías de Seguros las cuotas por los conceptos de Retiro obrero, Maternidad y Accidentes del Trabajo, a fin de que se cumplan los fines sociales previstos.

- Gaceta de la República, núm. 160, de 09-VI-1937, p. 1.142 que publica la Orden disponiendo se consideren legalmente constituidas en el presente año agrícola todas las explotaciones colectivas formadas a partir del 19 de Julio de 1936 y dictando normas a seguir por el Instituto de Reforma Agraria, a los fines pretendidos en esta disposición, en favor de las colectividades campesinas.
- , núm. 219, de 07-VIII-1937, p. 530 que publica Decreto adscribiendo al Ministerio de Hacienda y Economía, para la orientación, coordinación y práctica de la política del Estado en cuanto se refiere a los seguros en general, el Instituto Nacional de Previsión.
- , núm. 241, de 29-VIII-1937, pp. 849 a 852 que publica el Decreto modificando la vigente legislación de Cooperativas para su aplicación en el campo, para que pueda cumplir las necesidades a satisfacer la cooperación agrícola, de conformidad con el articulado y apartados que se insertan.
- , núm. 58, de 27-II-1938, p. 1.075 que publica el Decreto de 25 de febrero de 1938.
- , núm. 111, de 21-IV-1938, p. 437 que publica la Orden de 16 de abril de 1938.
- , núm. 131, de 11-V-1938, p. 836 que publica la Orden de 10 de mayo de 1938.
- , núm. 156, de 05-VI-1938, pp. 1.202 a 1.203 que publica el Decreto de 3 junio de 1938.
- , núm. 330, de 26-XI-1938, p. 78 que publica el Decreto de 25 de noviembre de 1938.
- , núm. 62, de 03-III-1939, pp. 489 a 490 que publica la Orden de 17 de enero de 1939.
- Gaceta de Madrid, núm. 99, de 09-IV-1899, pp. 88 a 94 que publica la Instrucción para el cumplimiento del Real decreto relativo al ejercicio del protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular.
- , núm. 339, Tomo IV, de 05-XII-1899, p. 775 que publica el Proyecto de Ley regulando el trabajo de las mujeres y los niños en los establecimientos industriales y mercantiles.
- , núm. 60, de 29-II-1908, que publica la Ley de 27 de febrero de 1908 de organización del INP, pp. 875-876.
- , núm. 305, de 31-X-1908 p. 449 que publica el Real decreto creando una Junta Superior de Beneficencia encargada de auxiliar al Gobierno en el ejercicio del Protectorado.

- Gaceta de Madrid, núm. 173, de 22-VI-1926, pp. 1714 a 1716 que aprueba el Real decreto-ley estableciendo un servicio de protección familiar, que se denominará «Subsidio a las familias obreras numerosas».
- , núm. 164, de 13-VI-1931, pp. 1.352-1.354 que publica el Decreto aprobando las Bases, que se insertan, para la aplicación a la Agricultura de la ley de Accidentes del Trabajo.
- , núm. 242, de 30-VIII-1931, pp. 1.509-1.518 que publica el Decreto aprobando el Reglamento para la aplicación a la agricultura de la ley de Accidentes del Trabajo.
- , núm. 131, de 10-V-1932, p. 1.091 que publica la Orden disponiendo que el Instituto Nacional de Previsión prepare un proyecto de régimen de Seguro de enfermedad, sobre la base de los convenios ratificados por las Cortes el 5 de abril del corriente año a dicho Seguro referente.
- , núm. 286, de 12-X-1932, pp. 218-224 que publica el Decreto relativo al texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo en la industria.
- , núm. 258, de 15-IX-1935, pp. 2122 a 2131 que publica la Orden aprobando el Reglamento del Servicio de Inspección de Seguros sociales obligatorios.
- Galvez Muñoz, L., «Un balance del surgimiento del Estado del Bienestar y del desarrollo de los seguros sociales en España» en Pons Pons, J., y Silvestre Rodríguez J., *Los orígenes del Estado del Bienestar en España, 1900-1945*, Editorial Prensas Universitarias Zaragoza, 2010.
- García Nieto-París, J., *El sindicalismo cristiano en España: notas sobre su origen y evolución hasta 1936*, Instituto de Estudios Económico-sociales, Universidad de Deusto, Bilbao, 1960.
- García Piñeiro, R., «Boina, bonete y tricornio. Instrumentos de control campesino en la Asturias franquista (1937-1977)», en *Historia del Presente*, núm. 3, 2001.
- Guillén Rodríguez, A. *La construcción política del sistema sanitario español: de la postguerra a la democracia*, Exlibris, Madrid, 2000.
- Gómez Ayau, E. «De la Reforma Agraria a la Política de Colonización (1933-1957)» en *Revista Agricultura y Sociedad*, núm. 7, 1978.
- Gómez Benito, C., «Una revisión y una reflexión sobre la política de colonización agraria en la España de Franco», en Mateos López,

- A., (Coord.), *Historia del presente*, (Ejemplar dedicado a: La cuestión agraria durante el franquismo), núm. 3, 2004.
- González Cortés, J.R.; Aguado Benítez, R., *Extremadura durante el primer franquismo (1939-1959)*, Diputación de Badajoz, Badajoz, 2010.
- Gómez Mendoza, A; Luna Rodrigo, L., «El desarrollo urbano en España», en *Revista de Demografía Histórica-Journal of Iberoamerican Population Studies*, Vol. 4, Núm. 2, 1986.
- González M., *De lo vivo lejano. Conil de la Frontera, 1931-1945*, Aconcagua, Sevilla, 2014.
- Hermandad Sindical Nacional de Labradores y Ganaderos. Asamblea Nacional, *II Asamblea Nacional de Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos: Conclusiones*, Madrid, 9-13 diciembre 1947.
- INC, *Ley de colonización de grandes zonas*, Serie 1ª, núm. 1, 4ª Edición, 1940, Madrid.
- INE, Anuario estadístico de 1951 a 1960, *Clasificación de la población en España, de activa e inactiva, por grupos y provincias*, Fondo Documental Anuario, 1960.
- INP, *Legislación de Subsidios Familiares, Caja Nacional de Subsidios Familiares*, núm. 512, Aldus, Madrid, 1940.
- , *Ley de Subsidios Familiares. Su doctrina. Normas para su implantación*, núm. 506, Ministerio de Organización y Acción Sindical, 1939
- , *Régimen obligatorio del seguro de vejez e invalidez. Manual de legislación*, Gráficas Varela, Madrid, 1949.
- , *Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares. Ley y Reglamento*, Ministerio de Organización y Acción Sindical, noviembre de 1938.
- , *Subsidios Familiares*, núm. 40, Industrias Gráficas, 1950.
- Jiménez, E., «La mujer en el franquismo: Doctrina y acción de la Sección Femenina» en *Tiempo de historia*, Año VII, núm. 83, 1 oct. 1981.
- Jordana de Pozas, L., *Los Seguros sociales en España de 1936 a 1950. Informe sobre las actividades y resultados del INP*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1953.
- Lanero Táboas, D., «La extensión de los Seguros sociales en el mundo rural gallego: entre el Clientelismo Político y los ecos del «Esta-

- do de Bienestar», 1940-1966» en Molina, F., *Extranjeros en el pasado. Nuevos historiadores de la España contemporánea*, Universidad del País Vasco, España, 2009.
- López Herráez, J.M., «Las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos (1942-1977). Del análisis franquista hasta la historiografía actual» en *Historia Agraria*, núm 44, 2008.
- M. Titmuss, R., *Commitment to Welfare*, Unwin University Books, George Alien and Unwin, Ltd., Londres, 1971.
- Martínez de Bedoya, J., *Memorias desde mi aldea*, 1ª Edición, Ámbito Ediciones, 1996.
- Medina Ruiz, I; Fernández Paradas, R., «La mujer en la ideología anticlerical republicana. Un estudio desde la prensa malagueña», en *Vivat Academia. Revista de Comunicación*, núm. 147, 2019.
- Montoya Melgar, A., «Ideología y lenguaje en las leyes laborales en España: la Guerra Civil» en *Revista Anales de Historia Contemporánea*, núm. 7, 1989.
- Navarro Fernández, J., *Propiedad y Reforma Agraria*, prólogo de Pietro Barcelona, Editorial Comares, Granada, 1996.
- Orduña Prada, M., *El auxilio social (1936-1940). La etapa fundacional y los primeros años*, Colección tesis y praxis, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1996.
- Paniagua Mazorra, A., «Población y colonización en España 1939-1973», en *Revista de Geografía Polígonos*, núm. 2, 1992.
- Polanyi, K., *Origins of Our Time*, Beacon Paperbacks, núm. 45, Londres, 1945.
- , *The Great Transformation The Political and Economic Origins of Our Time*, foreword by Stiglitz, J.E., introduction by Fred Block Boston, 2001.
- Primo de Rivera, J.A., «Cartas abiertas acerca del Fascismo» en *ABC*, 22-III-1933, Edición de la mañana, Madrid.
- Ramos-Zamora, S.; Colmenar Orzaes, C., «Mujeres rurales y capacitación profesional en el franquismo a través de la prensa femenina (1939-1959)», en *Educació i Història: Revista d'Història de l'Educació* Núm. 24, julio-diciembre, 2014.
- Rebollo Mesas, P., «El servicio social de la mujer en sección femenina de Falange. Su implantación en el medio rural» en Ruiz Carnicer, M.A., Frias Corredor, C. (Coords.), *Nuevas tendencias historio-*

- gráficas e historia local en España: actas del II Congreso de Historia Local de Aragón (Huesca, 7 al 9 de julio de 1999)*, 2001.
- Rodotá, S., *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada, prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo*, Editorial Civitas, 1ª Edición, Madrid, 1986.
- Rosón Villena, M., «The Body, Women, and the Countryside in the First Years of Francoism» en Jiménez Blanco, M.D., *Campo cerrado: arte y poder en la posguerra española, 1939-1953*, Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, del 26 de abril al 26 de septiembre de 2016.
- Santa Sede, *Carta Encíclica Quadragesimo Anno de su Santidad Pío X sobre la restauración del orden Social en perfecta conformidad con la Ley Evangélica al celebrarse el 40º aniversario de la Encíclica «Rerum Novarum» de León XIII*, Roma, 15 de mayo de 1931.
- Saz, I., *Fascismo y franquismo*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004.
- Sección Femenina, *Organización*. Madrid: Industrias gráficas Magerit, 1965.
- Sorní Mañés, J., «Aproximación a un estudio de la contrarreforma agraria en España» en *Revista Agricultura y Sociedad* núm. 6, 1978.
- Tavera, P.M., *XXVI puntos del Nuevo Estado Español*, Ed. Gráficas Reunidas, junio de 1940.
- Tébar Hurtado, J., *Contrarrevolución y poder agrario en el franquismo Rupturas y continuidades La provincia de Barcelona (1939-1945)*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2005.
- Tuñón de Lara, M., *La España del siglo xx*, Editorial Librería Española, París, 1966.
- Veyrat, M.; Navas-Migueloa, J.L., *Falange, hoy*, Editorial G. del Toro, 1973.
- Vilar Rodríguez, M., y Pons Pons, J., «La cobertura social de los trabajadores en el campo español durante la dictadura franquista» en *Revista Historia Agraria*, núm 66, 2015.

¿DOS HERMANAS DOMICIAS?

TWO DOMITIAN SISTERS?

Justino Manuel García del Vello

Doctorando del Programa de Ciencias Sociales

Facultad de Derecho / UNED

Doctor Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

Sumario: *I. Contexto histórico y cronológico. II. Propuesta de reconstrucción de algunos hechos relatados en los textos clásicos. II.A. Muerte de Burro. II.B. Muerte de «la tía paterna de Nerón» (Suetonio) o de «la tía Domicia» (Dion Casio). II.C. Muerte de Cosino. II.D. Conclusiones sobre estas muertes. III. ¿Dos tías Domicias? IV. Algunos argumentos sobre la eventual inexistencia de dos hermanas Domicias. V. El supuesto «asesinato» de la ya desahuciada «tía de Nerón». V.A. Análisis sucinto de las fuentes. V.B. Algunos datos sobre la relación personal de Nerón con su tía Domicia. V.C. Probable falta de rigor e imparcialidad. V.D. Lo que probablemente sucedió. VI. La supuesta condena a muerte de «Domicia Lépidia». VI.A. Algunos interrogantes procesales y penales del supuesto juicio contra «Domicia Lépidia». VI.B. Especial mención, y sucinto análisis procesal, de la narración de Tácito. VII. Breve reseña de la narración de Tácito sobre el juicio contra Cneo Calpurnio Pisón. VIII. Un intento de comparación de ambos relatos sobre los referidos juicios. IX. Tentativa de confrontación de la prosopografía. X. A modo de conclusiones. XI. Una hipótesis un tanto asombrosa y eventualmente alternativa. XII. Bibliografía.*

Resumen: La historiografía tradicional asume que el príncipe Nerón tenía dos tías paternas: «Domicia Lépidia» y «Domicia». Muchos detalles apuntan a la idea de que ambas eran la misma persona, pero la supuesta pena de muerte contra Domicia Lépidia emitida por Clau-

dio que Tácito describe en Anales cerró el asunto. Hay que recordar que Suetonio también narra este evento sin mencionar que había terminado con la última pena y, además, nunca llamó «Domicia» a ninguna tía de Nerón: cuando no la nombró como «Domicia Lépidia», o simplemente «Lépidia», la mencionó como «la tía paterna» (de Nerón) o «la hermana» (de Cneo Domicio). Dion Casio, por otro lado, menciona solo una vez a una tía paterna de Nerón, y la nombra «tía Domicia». Cabe señalar que mencionar a una mujer solo por el nomen en femenino no era una manera de diferenciarla de sus hermanas (como en este caso se pretende); por el contrario, mostraba que tal mujer no tenía hermanas con las que compartir su nomen. Este estudio tratará de arrojar luz sobre la equívoca, e incluso entendemos que falsa, narración de las fuentes.

Palabras clave: Lépidia; Domicia; Claudio; Nerón; Falsedades historiográficas.

Abstract: Traditional historiography assumes that Prince Nero had two paternal aunts: «Domitia Lepida» and «Domitia». Many details point to the idea that both were the same person but, the alleged death penalty of Domitia Lepida issued by Claudio that Tacitus describes in Annals closed the matter. It should be remembered that Suetonius also narrates this event without mentioning that it had finished with the last penalty and, moreover, he never called «Domicia» to any aunt of Nero: when he did not name her as «Domitia Lepida», or simply «Lepida», he mentioned her as «the paternal aunt» (of Nero) or «the sister» (of Cnaeus Domitius). Dio Cassius, on the other hand, mentions only once a paternal aunt of Nero, and names her «aunt Domitia». It should be noted that mentioning a woman only by the nomen in feminine was not a way to differentiate her from her sisters (as it is intended in this case); on the contrary, it is a way to show that such a person lacks sisters with whom she shares her nomen. This study will try to shed light on the equivocal, and even we understand that false, narration of sources.

Keywords: Lepida; Domitia; Claudius; Nero; Historiographic falsehoods.

I. CONTEXTO HISTÓRICO Y CRONOLÓGICO

Este estudio sobre las supuestas dos hermanas «Domicia» y «Domicia Lépidia», hermanas de Cneo Domicio Ahenobarbo y tías paternas del príncipe Nerón, se centra en el Alto Imperio Romano, mayormente durante los principados de Claudio (41-54) y de Nerón (54-68),

último representante de la dinastía Julio-Claudia. Hemos utilizado para nuestro examen el conjunto de fuentes¹ en las que se aborda la cuestión objeto de análisis y asimismo nos hemos apoyado en un elenco de traducciones de especial relieve².

En los temas realmente críticos se presentará el texto original (latín o griego clásico) y una o varias traducciones (al inglés y al castellano). En los temas en los que, aunque de la máxima importancia, no haya sutiles matices que ponderar, se colocará solo la traducción al castellano para evitar alargar innecesariamente este artículo.

¹ Las obras de la Antigüedad más utilizadas han sido las siguientes:

Cornelius Tacitus: Annales. Texto latino preparado por Charles Dennis Fisher.

C. Suetonius Tranquillus: De Vita Caesarum. Texto latino preparado por Maximilian Ihm.

Cassius Dio Cocceianus: Historiae Romanae. Texto griego preparado por Herbert Baldwin Foster.

Caius Plinius Secundus: Naturalis Historiae. Texto latino preparado por Karl Friedrich Theodor Mayhoff.

Flavius Josephus: Antiquitates Judaicae. Texto griego preparado por B. Niese.

Marcus Fabius Quintilianus: De Institutione Oratoria. Texto latino preparado por Harold Edgeworth Butler.

Los textos supuestamente originales han sido extraídos de la plataforma «Perseus Digital Library», www.perseus.tufts.edu/hopper/collections, Tufts University.

² Nos hemos servido de traducciones realizadas por expertos de reconocido prestigio, asegurándonos así el significado genuino de los textos originales, evitando posibles sesgos personales.

Tácito: *Anales*. Traducción de Crescente López de Juan. Alianza Editorial, Madrid, 1993.

Suetonio: *Vida de los doce césares*. Traducción de Rosa M.^a Agudo Cunas y Antonio Ramírez de Verger. Editorial Gredos, Madrid, 1992.

Dion Casio: *Historia de Roma*. Traducción de Earnest Cary, Harvard University Press, 1914.

Plinio el Viejo: *Historia Natural*. Traducción de Antonio Fontán y Ana M.^a Moure Casas. Editorial Gredos, Madrid, 2001.

Flavio Josefo: *Antiquities of the Jews*. Traducción de William Whiston, A.M. Auburn y Buffalo. John E. Beardsley. 1895.

Quintiliano: *Instituciones Oratorias*. Traducción de Harold Edgeworth Butler. Harvard University Press, 1921.

Para facilitar la lectura, en lo sucesivo no se indicará el autor de la traducción, salvo cuando no sea el previamente señalado.

II. PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN DE ALGUNOS HECHOS RELATADOS EN LOS TEXTOS CLÁSICOS

Vamos a desarrollar dos entornos especialmente escogidos por su complejidad, originalidad, interés y trascendencia histórica³, en las temáticas de:

Burro, Domicia y Cosino, ¿asesinados por envenenamiento? cuestión clave para comenzar nuestro análisis y ¿Dos hermanas Domicias? como colofón de este artículo⁴.

II.A. Muerte de Burro

Sexto Afranio Burro es bien conocido por los historiadores por haber sido prefecto del Pretorio desde el año 51, año en que fue elegido para el cargo por Agripina la Menor, cuarta esposa del príncipe Claudio. Además, se encargó de la formación militar del joven Nerón (por entonces llamado Lucio Domicio Ahenobarbo). El 13 de octubre del año 54, unas horas después del fallecimiento de Claudio, Burro llevó al joven Nerón, que por entonces solo tenía 16 años, ante la guardia pretoriana para que le aclamara como el nuevo príncipe de Roma. Más tarde Nerón se presentó ante el Senado, etc.

Burro conservó su puesto de prefecto del Pretorio y, junto con Séneca, fue asesor del joven príncipe, actividad en la que tuvo un notable acierto. En el año 62 hubo de retirarse del servicio activo a causa de una grave enfermedad en la garganta (que, por la descripción que hace Tácito, hoy sabemos con seguridad que fue causada por un proceso canceroso), y poco después murió. Pues bien, tanto Tácito, como Suetonio y Dion Casio, aseguran que fue Nerón quien causó su muer-

³ Para situarse, con carácter general, en la estructura constitucional de Roma, a través de sus distintas etapas políticas, puede consultarse FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Fundamentos clásicos de la democracia y la administración*. El autor señala en su Prólogo: «*La actual realidad constitucional es tributaria del modelo democrático clásico que nace en Atenas y se perfecciona con la República romana. Asimismo, las estructuras jurídico-administrativas que dan soporte al Estado contemporáneo se conforman, en parte, con conceptos y categorías que surgen y desarrollan durante el Principado y el Dominado de la Roma Imperial*».

⁴ Vid. MARTÍNEZ LACY, R., *Historiadores e historiografía de la antigüedad clásica*, pág. 30. El autor señala que el establecimiento del Principado en Roma, al anular las instituciones comunitarias republicanas, trajo grandes cambios en la historiografía. Así, ya no es el pueblo romano el que juega un papel central, sino que el foco de atención se desplaza a la corte imperial y sus intrigas. Y, efectivamente, así lo hacemos en este artículo.

te taimadamente, pues le dijo que le iba a mandar una medicina y, en realidad, le envió un veneno.

Tac., Ann. XIV 5:

Sed gravescentibus in dies publicis malis subsidia minuebantur, concessitque vita Burrus, incertum valetudine an veneno. valetudo ex eo coniectabatur quod in se tumescentibus paulatim faucibus et impedito meatu spiritum finiebat. plures iussu Neronis, quasi remedium adhiberetur, inlitum palatum eius noxio medicamine adseverabant, et Burrum intellecto scelere, cum ad visendum eum princeps venisset, aspectum eius aversatum sciscitanti hactenus respondisse: 'ego me bene habeo.' civitati grande desiderium eius mansit per memoriam virtutis ...⁵

Suet., Ner. XXXV:

... Burro praefecto remedium ad fauces pollicitus toxicum misit. ...⁶

DC., LXII:

Καὶ τὰ μὲν Βρετανικὰ ἐπὶ τοσοῦτον, ἐν δὲ τῇ Ῥώμῃ ὁ Νέρων Ὀκταβίαν τὴν Αὔγουσαν ἀπεπέμψατο μὲν πρότερον διὰ Σαβίναν τὴν παλλακίδα, ὕστερον δὲ καὶ ἀπέκτεινε, καίτοι τοῦ Βούρρου ἐναντιουμένου αὐτῷ καὶ κωλύοντος ἀποπέμψασθαι, καὶ ποτε εἰπόντος 'οὐκοῦν καὶ τὴν προῖκα αὐτῆ' τοῦτ' ἔστι τὴν ἡγεμονίαν 'ἀπόδος.' οὕτω γάρ πως ἐρωμένως αὐτῆ ἐχρήτο ὥστε ποτὲ δευτέρον ἐρωτηθεὶς ὑπ' αὐτοῦ γνώμην περὶ ᾧν ἀπεφήνατο, εἶπεν ἄντικρυς ὅτι 'περὶ ᾧν ἂν ἅπαξ τι εἶπω, μηκέτι μου αὐθις πύθη. Τοῦτον μὲν οὖν φαρμάκῳ διώλεσε, Τιγελλῖνον δὲ τινα Σωφρόνιον, ἀσελγείᾳ τε καὶ μαιφονίᾳ πάντας τοὺς καθ' ἑαυτὸν ἀνθρώπους ὑπεράρανα, σὺν ἐτέρῳ τινὶ ἐπὶ τὴν τῶν δορυφόρων ἀρχὴν κατέστησεν.⁷

Aunque podría aceptarse como muy probable que Nerón envió a Burro un bebedizo, ninguno de los tres historiadores presenta testigos directos ni de haber participado en su preparación como veneno,

⁵ ... y así abandonó esta vida Burro, sin que se sepa si por enfermedad o envenenado. Lo de la enfermedad se pensaba por el hecho de que la garganta se le hinchó por dentro poco a poco quitándole el aliento hasta impedirle respirar. Los más afirmaban que por orden de Nerón se le había untado el paladar con una pócima nociva, como si se le diera un remedio, y que Burro, percatándose del crimen, cuando el príncipe fue a visitarlo volvió la cara para no verlo y le dijo solamente: «Yo me encuentro bien.» En la ciudad dejó un gran vacío por el recuerdo de su virtud...

⁶ A Burro, prefecto del pretorio, que padecía de la garganta, le dijo [Nerón] que le daría un remedio, y le envió un veneno.

⁷ Él [Nerón] hizo esto [divorciarse de Octavia] a pesar de la oposición de Burro, que procuró impedirle divorciarse de ella, y una vez le dijo, «Bien, entonces, devuélvele su dote,» por la cual quiso decir la soberanía. Ciertamente, la franqueza en el discurso era característica de Burro y la empleó con tal audacia que una vez, por ejemplo, cuando el emperador le preguntó una segunda vez por su opinión sobre asuntos en los que él ya había declarado, contestó sin rodeos: «Cuando haya hablado una vez sobre algo, no me pregunte de nuevo. Entonces Nerón lo eliminó envenenándole. Y nombró como uno de los dos jefes de los pretorianos a un tal Sofronio [Ofonio] Tigelino, que sobrepasó a todos sus contemporáneos como licencioso y sanguinario.

ni de haberlo analizado en algún momento, ni de haber participado en alguna autopsia realizada a Burro. Pero bien sabemos que, si hubieran existido tales testigos, nuestros historiadores no habrían escatimado esfuerzos en describirlos con detalle. Y, por si no fuera suficiente, está el absurdo y morboso deseo de querer envenenar a una persona que ya se está muriendo. Tácito, además, tiene el descaro de inclinarse por el envenenamiento sencillamente porque así lo cree la mayoría de las personas a las que se lo ha preguntado, pese a que ninguna de ellas ha sido testigo de nada.

II.B. Muerte de «la tía paterna de Nerón» (Suetonio) o de «la tía Domicia» (Dion Casio)

Como es bien sabido, Nerón (37-68) era hijo biológico de Cneo Domicio Ahenobarbo (17 a. C.-40 d. C) y de su esposa Agripina la Menor (15-59; hija de Germánico y de Agripina la Mayor; hermana de Calígula y sobrina carnal de Claudio). Cneo aparentemente tuvo, según los historiadores mencionados, dos supuestas hermanas llamadas, respectivamente, Domicia (la de más edad) y Domicia Lépida, que por consiguiente eran tías carnales de Nerón.

Cneo Domicio murió cuando Nerón ni siquiera había cumplido los tres años de edad. Poco antes, su mujer Agripina había sido, más que merecidamente, desterrada (año 39) por su hermano, el príncipe Calígula. Y el pequeño Lucio Domicio (futuro príncipe Nerón) hubo de quedar (según Suetonio) a cargo de su tía Lépida, hermana de su padre.

Suet., Ner. VI 3:

Trimulus patrem amisit; cuius ex parte tertia heres, ne hanc quidem integram cepit correptis per coheredem Gaium uniuersis bonis. et subinde matre etiam relegata paene inops atque egens apud amatam Lepidam nutritus est sub duobus paedagogis saltatore atque tonsore⁸.

Pues bien, en el año 59, Nerón fue a visitar a su tía paterna «Domicia» porque se estaba muriendo a causa de una grave afección intestinal. Domicia recibió a su sobrino en la cama, pues no podía levantarse. Nerón intentó animarla diciéndole, delante de los presentes,

⁸ *A los tres años de edad perdió a su padre. Heredero de la tercera parte, ni siquiera recibió entera su parte correspondiente, al arramblar con todos los bienes Cayo [Calígula], que era coheredero. Como su madre fue desterrada enseguida, Nerón, casi sin recursos e indigente, se crió en casa de su tía paterna Lépida, bajo los cuidados de dos pedagogos, un bailarín y un barbero.*

que quería que asistiera a la ceremonia del corte de su primera barba, lo que era tradicional en la Roma de la época. Domicia le acarició la barba y le dijo cariñosamente: «Cuando haya visto caer esta barba, habré vivido suficiente.» Tras esto, los historiadores Suetonio y Dion Casio (pero no Tácito, que quiso ignorar por completo este pasaje) nos dicen que Nerón hizo llamar a los médicos, que ya habían desahuciado a Domicia, no para animarlos a que salieran de su pasividad e intentaran encontrar algún remedio para salvar a la enferma como sería de esperar, sino para ordenarles que administraran a la enferma una purga violenta que contuviera el suficiente veneno para matarla de inmediato.

Suet., Ner. XXXIV 5:

Iunxit parricidio matris amitae necem. quam cum ex duritie alui cubantem uisitaret, et illa tractans lanuginem eius, ut assollet, iam grandis natu per blanditias forte dixisset: 'simul hanc excepero, mori uolo,' conuersus ad proximos «confestim se positurum“ uelut irridens ait, praecepitque medicis ut largius purgarent aegram; necdum defunctae bona inuasit suppresso testamento, ne quid abscederet⁹.

DC., LXII 17, 1-2:

ὅτι καὶ τὴν Δομιτίαν τὴν τηθίδα, ἣν καὶ αὐτὴν ὡς μητέρα τιμᾶν ἔλεγεν, ἐπαπέκτεινε φαρμάκῳ, οὐδ' ἀνέμεινεν ὀλίγας ἡμέρας ἵν' ἄλλως ὑπὸ τοῦ γήρωσ ἀποθάνῃ, ἀλλ' ἐπεθύμησε καὶ ἐκείνην ἀπολέσαι: καὶ ἔσπευσέ γε τοῦτο ποιῆσαι διὰ τὰ κτήματα αὐτῆς τὰ ἐν ταῖς Βαίαις καὶ ἐν τῇ Ῥαβεννίδι ὄντα, ἐν οἷς καὶ ἡβητήρια ἐὺθὺς μεγαλοπρεπῆ κατεσκεύασεν, ἃ καὶ δεῦρο ἀνθεῖ¹⁰.

La situación ciertamente es absurda, como la anterior, pues para qué iba a querer Nerón asesinar a su inofensiva y anciana tía si ya se estaba muriendo. O si preferimos verlo de otra manera, si Nerón tenía

⁹ ... Al parricidio de su madre añadió aún el asesinato de su tía paterna, la cual estaba entonces enferma de una irritación de vientre; acudió a verla y con la familiaridad ordinaria de las personas de edad madura, le acarició la barba con la mano, y le dijo: «Cuando haya visto caer esta barba, habré vivido suficiente.» Entonces, él dijo, como en broma, a los que estaban presentes que iba a hacérsela quitar en el acto, y ordenó a los médicos que administrasen a la enferma una purga violenta; apoderóse de sus bienes apenas expiró y, para no perder nada, mandó destruir su testamento.

¹⁰ [Traducción al inglés]: He also poisoned his aunt Domitia, whom he likewise claimed to revere like a mother. He would not even wait a few days for her to die a natural death of old age, but was eager to destroy her also. His haste to do this was inspired by her estates at Baiae and in the neighbourhood of Ravenna, on which he promptly erected magnificent gymnasia that are flourishing still.

[Traducción al castellano]: También envenenó a su tía Domicia, a quien igualmente manifestó reverenciarla como a una madre. No esperaría ni incluso unos días para que ella falleciera de una muerte natural por vejez, pues estaba impaciente por acabar con ella también. Su precipitación para hacer esto estaba motivada por las fincas que ella tenía en Bayas y en la vecindad de Rávena, sobre las cuales puntualmente erigió magníficos gimnasios que prosperan todavía.

algún interés para eliminar a su tía Domicia y fuese capaz de hacerlo, ¿por qué habría de esperar para actuar a que se estuviera muriendo? En cualquier caso, este suceso, igual que el anterior, carece del testimonio de testigos directos que pudieran certificar que oyeron a Nerón ordenar a los médicos que asesinaran a Domicia, así como de análisis forenses que certificaran la causa real del fallecimiento. Por consiguiente, no tiene ningún crédito respecto a su certeza.

De nuevo, recordamos que al final del próximo caso obtendremos la total confirmación objetiva de que este caso también es una calumnia evidente.

II.C. Muerte de Cosino

Pero, por si cupiera alguna remota duda sobre la buena fe de Nerón tanto con Burro como con su tía paterna «Domicia», vamos a presentar una referencia de Plinio el Viejo, hallada en su enciclopedia Historia Natural, libro XXIX, 93. Este libro está dedicado a los remedios medicinales sacados de los animales. Con todo, va a darnos un testimonio impagable que servirá para dejar en su sitio el verdadero sentimiento y voluntad del príncipe Nerón cuando visitaba a sus familiares y amigos gravemente enfermos.

Cosino fue un buen amigo de Nerón, que cayó gravemente enfermo de liquen, una enfermedad de la piel. Por fortuna para nosotros, Plinio el Viejo mencionó su caso en su enciclopedia Historia Natural por el interés que tenía su tratamiento con cantáridas. Es la siguiente referencia:

[Plin., N.H. XXIX 93]:

salamandris cantharidas diximus resistere. sed in his magna quaestio, quoniam ipsae venena sunt potae vesicae cum cruciatu praecipuo. cossinumequitem romanum amicitia neronis principis notum, cum is lichene correptus esset, vocatus ex aegypto medicus ob hanc valetudinem eius a caesare, cum cantharidum potu praeparare voluisset, interemit. verum inlitas prodesse non dubium est cum suco taminiae uvae et sebo ovis vel caprae¹¹.

¹¹ Hemos dicho que las cantáridas [insectos utilizados en medicina hasta el siglo xx] son el antídoto de la salamandra. Pero una importante cuestión se plantea referente a esto, pues por ingestión son tóxicas, sobre todo para la vejiga, en la que provocan grandes dolores. El caballero romano Cosino, conocido por la amistad que le tenía el emperador Nerón, habiendo padecido de liquen [enfermedad de la piel], el emperador hizo venir de Egipto, a fin de tratar esta enfermedad, un médico que, por haberle administrado una poción de cantáridas, mató a su enfermo. Sin embargo,

En suma, Nerón hizo venir a un famoso médico desde Egipto hasta Roma para que tratara a su amigo y équite romano Cosino, que padecía una grave enfermedad de la piel. Pese a que de nada sirvió el tratamiento, en esta ocasión nadie acusó a Nerón de asesinato sencillamente porque Cosino ni era un familiar suyo, ni tampoco era un personaje políticamente importante de la época.

II.D. Conclusiones sobre estas muertes

Lo que aclara este caso de Cosino es que Nerón no «disfrutaba» asesinando a amigos y familiares, gravemente enfermos, incluso resulta poco razonable pues de hacerlo solo conseguiría adelantar unos días su muerte natural. Por el contrario, Nerón era, a nuestro juicio, una persona generosa que intentaba visitar y ayudar a sus familiares y amigos que ya habían sido desahuciados por los médicos que los trataban habitualmente.

Por consiguiente, no resultan creíbles las afirmaciones atribuidas a Nerón que declaraban que él tenía una predilección morbosa por envenenar a familiares y amigos precisamente cuando se encontraban «a las puertas» de la muerte. Al contrario, probablemente, Nerón tenía un deseo positivo de intentar ayudar, lo que le movía a interesarse por el enfermo de gravedad, visitándolo, haciéndole compañía, conversando con él, y procurando que recibiera el mejor tratamiento médico que hubiera en la época.

III. ¿DOS TÍAS DOMICIAS?

No puede entenderse la realidad de las dos supuestas hermanas Domicias del padre biológico de Nerón [Cneo Domicio Ahenobarbo] sin realizar una inmersión crítica del mundo que las rodea. Esto es lo que nosotros pretendemos. A nuestro entender, muy probablemente solo existió una hermana Domicia, indistintamente mencionada con los nombres «Domicia Lépida», «Lépida», «Domicia», «la tía paterna» [de Nerón], «la hermana» [de Cneo Domicio Ahenobarbo], e incluso «la madre» [de Mesalina]. En un rápido apunte del entorno inmediato de la familia de Nerón (37-68), este es llamado de nacimiento Lucio Domicio Ahenobarbo, era hijo de Agripina la Menor (15-59) y de Cneo Domicio Ahenobarbo (17 a.C.-40 d.C.) y es príncipe desde el 54 d. C.

no es dudoso que sean eficaces en unciones con jugo de uva, o con sebo de carnero o de cabra.

Su padre biológico era hijo de Antonia la Mayor (39 a. C.- c. 32 d. C.) y de Lucio Domicio Ahenobarbo (49 a. C.-25 d. C.) y, según la prosopografía más generalizada, tuvo dos hermanas carnales, llamadas Domicia y Domicia Lépida, respectivamente. Intentaremos cuestionar esta versión para demostrar, precisamente, que esta asunción es errónea. Distintos estudiosos contemporáneos defienden que tuvo también dos hermanos varones mayores, si bien esta afirmación es rebatida en tiempos recientes.

En el año 38, Claudio se casa, en tercer matrimonio, con Valeria Mesalina (c. 25-48), hija de «Domicia Lépida» y de Marco Valerio Mesala. Valeria Mesalina dio dos hijos a Claudio: Claudia Octavia (c. 39-62) y Británico (41-55). En el año 39, el príncipe Calígula (37-41) destierra a sus hermanas Agripina la Menor y Julia Livila a la isla Pandataria por haber participado en una conspiración para destronarlo; otros responsables fueron condenados a muerte. El pequeño Nerón (por entonces llamado Lucio Domicio) es entregado a su tía paterna «Domicia Lépida» para que lo criara¹².

En el año 41 es asesinado Calígula; su tío carnal Claudio (41-54), hermano pequeño de Germánico (padre biológico de Calígula), es nombrado príncipe. Poco después, Agripina la Menor vuelve a Roma y recupera a su hijo Lucio Domicio (el futuro príncipe Nerón). También en dicho año 41, Agripina se casa con Cayo Salustio Crispo Pasiense (que fallece en el año 47), que previamente se había divorciado de «Domicia». En 48, Mesalina y su amante, el cónsul Cayo Silio (c. 13-48), tras casarse en secreto y tramar una conjura, son ejecutados por orden de Claudio.

En 49, Claudio se casa (cuarto matrimonio) con su sobrina carnal Agripina la Menor. Como dicho matrimonio era ilegal e incestuoso según la ley romana, el Senado tuvo que hacer los cambios legales oportunos. Poco después (año 50), Claudio adopta al hijo de Agripina la Menor, Lucio Domicio, que pasó a llamarse Claudio Nerón César Druso, y se convirtió de facto en el heredero del principado. Británico, algo más de tres años menor que Nerón, enfermo de epilepsia y carente de la vitalidad de este, pierde sus opciones al principado.

Según Tácito¹³ (y solo él), en el año 54 Claudio condena a muerte a «Domicia Lépida». Claudio fallece el 13 de octubre del año 54, e inmediatamente después Nerón es aclamado por las tropas pretorianas y,

¹² Suet., *Ner.* VI: «... Como su madre fue desterrada enseguida, Nerón, casi sin recursos e indigente, se crió en casa de su tía paterna Lépida...»

¹³ Tac., *Ann.* XII 75.

a continuación, nombrado príncipe por el Senado. Según Suetonio¹⁴, la «tía paterna» (de Nerón) y según Dion Casio¹⁵, la «tía Domicia», fallece el año 59.

A nuestro entender, Cneo Domicio Ahenobarbo, probablemente solo tuvo una hermana carnal. Como se mencionó previamente, en nuestra opinión, esta hermana es llamada indistintamente en los textos antiguos «Domicia Lépidia», «Lépidia», «Domicia», «la hermana» [de Cneo Domicio], «la tía paterna» [del príncipe Nerón] o «la madre» [de Mesalina]. Esto es así, en los textos historiográficos de la antigüedad de Tácito, de Suetonio y de Dion Casio que han llegado hasta nosotros.

El motivo por el que surge el desdoblamiento de Domicia Lépidia en dos hermanas diferentes es debido, en nuestra opinión, a un intento de acomodar las apariencias para poder añadir dos asesinatos más (el de «Domicia Lépidia» y el de «Domicia») a los otros muchos supuestamente cometidos por la dinastía Julio-Claudia, entonces en el poder. Esta hipótesis que se pretende demostrar tiene como puntos clave, como expondremos más adelante, los dos siguientes: ¿Asesinó Nerón a su «tía paterna», gravemente enferma de una afección intestinal, simplemente para acelerar unos días su muerte natural inmediata?; Y ¿fue condenada a muerte «Domicia Lépidia» por Claudio (año 54), poco antes de la propia muerte del príncipe?

Cuando se producía un cambio dinástico en el poder, la nueva dinastía intentaba por todos los medios justificar la conveniencia del cambio, atacando despiadadamente a las dinastías precedentes, especialmente a su último representante en el poder, al que se trataba como a un monstruo. Así ocurrió con Nerón (último representante de la dinastía Julio-Claudia), con Domiciano (último representante de la dinastía Flavia), y con Cómodo (último representante de la dinastía Antonina).

Según Mary Beard, no fueron sus desastrosas actuaciones el motivo por el que fueron asesinados u obligados al suicidio, sino que fueron difamados porque, tras su muerte violenta, llegó una nueva dinastía que precisaba justificar su excelencia por contraste con la supuesta degeneración, corrupción e incompetencia de la dinastía previa, que llegaba al paroxismo con su último representante. Y, por el contrario, aquellos que murieron en sus camas fueron ensalzados... Y añada textualmente: «Estas son las consideraciones que reciente-

¹⁴ Cf. Suet, *Ner.* XXXIV.

¹⁵ Cf. DC. LXII 17, 1-2.

mente han propiciado unos pocos intentos valientes y revisionistas de rehabilitar a algunos de los monstruos imperiales más tristemente famosos...»¹⁶

Y así lo hicieron los historiadores que convivieron con cada dinastía. De los príncipes Claudio y Nerón, los textos historiográficos que han llegado hasta nosotros fueron escritos por Tácito y por Suetonio (durante la dinastía Antonina) y, un siglo más tarde, por Dion Casio (dinastía Severa).

Las fuentes de los textos históricos de la época son muy distintas en calidad y fiabilidad. Para los hechos oficiales se disponía, entre otros, de las *Acta Diurna*¹⁷, *Acta Senatus*¹⁸, y los tratados, informes, cartas, decretos, senadoconsultos, etc., almacenados en los archivos imperiales y senatoriales (*Tabularium*, *aerarium Saturni*, etc.). Por eso, los hechos oficiales, en general, son redactados mayormente con un alto grado de fiabilidad, puesto que no se podían distorsionar fácilmente debido a que las fuentes primarias de la información se conservaban y podían ser consultadas con los permisos oportunos.

Pero, lamentablemente, para los hechos no oficiales se recurría con frecuencia a la información suministrada por rumores, falsedades y, en ocasiones, difamaciones gratuitas propias de los «mentideros» de Roma. Esta información, en general, es de muy baja calidad y fiabilidad, y está sin contrastar y sin análisis forenses que la apoyen, etc. Y es en este tipo de información en la que los escritores de la antigüedad (y, entre ellos, los historiadores) se recreaban para vilipendiar a los príncipes de las dinastías anteriores. De ahí que, como se mencionó previamente, muchos príncipes presenten biografías y personalidades «complejas»: evidentemente, nada tenía que ver la personalidad que reflejan los documentos oficiales, y la que muestran los rumores, chismes y tergiversaciones tendenciosas de los hechos de la vida diaria que no podían ser comprobados.

¹⁶ BEARD, M., *SPQR. Una historia de la antigua Roma*, pág. 431.

¹⁷ Vid. *Encyclopaedia Britannica*, 1911, Volume 1, *Acta Diurna*. Equivalía a una gaceta diaria de los acontecimientos de Roma (negocios públicos, políticos, sociales, judiciales, nacimientos, fallecimientos, matrimonios, etc.).

¹⁸ Vid. Suet., *Caes.* XX: «Ya en posesión de su cargo, [Julio César] dispuso, cosa que nadie había hecho con anterioridad, que de las diarias sesiones, tanto del Senado como de la asamblea del pueblo, se levantasen actas y se publicasen.»; Cf. Suet., *Aug.* XXXVI: «[Augusto] Promovió también otras medidas, entre las cuales: que no se publicasen las actas del Senado...» [Se refiere simplemente a que las actas del Senado no se hicieran públicas, pues de hecho se siguieron redactando y archivando, y podían ser consultadas con un permiso especial].

IV. ALGUNOS ARGUMENTOS SOBRE LA EVENTUAL INEXISTENCIA DE DOS HERMANAS DOMICIAS

En el Alto Imperio romano, una hija única (aparte de los hijos varones) podía ser mencionada con el «*nomen*» familiar en femenino. Por ejemplo, Claudia, Octavia, Julia, etc. Si la mujer tenía hermanas (tanto si eran de sangre o si eran medias hermanas), obviamente no bastaba el «*nomen*» en femenino para identificarla, pues lo compartía con sus hermanas. Por ello, como las mujeres no usaban el «*praenomen*» propio de los varones, había que recurrir a algún «*cognomen*». Por ejemplo, sabemos que las dos tías maternas de Nerón compartían con la madre de este el «*nomen*» de Julia. Por eso se las conoció como Julia Agripina (madre de Nerón), Julia Drusila y Julia Livila, o simplemente como Agripina (la Menor cuando había que diferenciarla de su madre), Drusila y Livila.

Si las hermanas no tenían un *cognomen* propio reconocido socialmente, en el caso de que fueran dos se recurría a añadir «*Maior*» o «*Minor*» (procedimiento también aplicado para diferenciar a mujeres de parentesco próximo en general). Estos adjetivos comparativos *Maior* (mayor) y *Minor* (menor) se aplicaban respectivamente a la hermana (o pariente femenina) de más edad y a la más joven. Ejemplos de mujeres de esta época en similar situación hay muchas, como Antonia la Mayor y Antonia la Menor (hermanas); Octavia la Mayor y Octavia la Menor (medias hermanas); Agripina la Mayor y Agripina la Menor (madre e hija); Julia la Mayor y Julia la Menor (madre e hija); etc. En caso de que hubiera que distinguir entre más de dos hermanas, se podía utilizar un ordinal: *Prima* (primera), *Secunda* (segunda), *Tertia* (tercera), etc.

Por consiguiente, desde el punto de vista de los nombres que estamos analizando, «Domicia Lépidia» y «Domicia» de ninguna manera pueden pertenecer a dos hermanas, pues la supuesta hermana «Domicia» carece de identidad propia, ya que su «*nomen*» también es el de su hermana. Resumiendo, ambas designaciones han de pertenecer a una única mujer. Las evidencias reunidas en los textos, con frecuencia contradictorios, de Tácito, Suetonio y Dion Casio, muestran que las diversas apariciones en la historia de las supuestas dos hermanas carnales de Cneo Domicio Ahenobarbo («Domicia Lépidia» y «Domicia») corresponden realmente a una sola persona. Solo el ánimo de querer mostrar envilecida a la familia del príncipe hace desdoblar a «Domicia Lépidia», verdadera y única hermana carnal de Cneo Domicio Ahenobarbo, en dos hermanas diferentes que serán sucesivamente asesinadas. La realidad es que Domicia Lépidia, muy probablemente,

falleció una sola vez (como no podía ser de otra manera) de una grave afección intestinal, en el año 59.

Tanto en los libros de Historia de Tácito, de Suetonio como de Dion Casio hay numerosas evidencias que permiten afirmar que solo existió una sola hermana «Domicia Lépidia», también mencionada, tal y como se indicó previamente, como «Lépidia», «Domicia», «la hermana» [de Cneo Domicio], «la tía paterna» [de Nerón] o «la madre» [de Mesalina].

Es importante destacar que en los textos de la antigüedad nunca se mencionan a las supuestas hermanas de Cneo Domicio Ahenobarbo como «Domicia la Mayor» y «Domicia la Menor», o como «Domicia la Joven» y «Domicia la Vieja» o algo similar para diferenciarlas. Sin embargo, hoy en día sí se hace (muy erróneamente en nuestra opinión) en algunos libros¹⁹ y enciclopedias. Todos estos matices para diferenciarlas han sido creados en la Edad contemporánea, pues jamás son mencionados anteriormente. En esta ocasión, fue el deseo de «dejar las cosas claras» el que propició un torpe afianzamiento de lo que es una interpretación claramente equivocada cuando se analizan los hechos en profundidad: motivos muy sólidos existieron en la Antigüedad por los que ninguna hermana Domicia recibió el calificativo de «maior» ni de «minor».

No hay ningún evento en el que aparezcan juntas las supuestas dos hermanas Domicias, mientras que sí hay varias situaciones en las que aparece una sola hermana, o incluso Cneo Domicio Ahenobarbo con una sola hermana. [Es importante resaltar que sí hay pasajes de las obras citadas que mencionan juntas a la madre y tías maternas de Nerón²⁰.]

Nunca una hermana Domicia menciona a su otra supuesta hermana. Nunca nadie menciona que Cneo Domicio tuviera dos hermanas. Y tampoco nadie menciona que Nerón tuviera dos tías carnales por parte de su padre biológico (Cneo Domicio Ahenobarbo). Sin embar-

¹⁹ LEFEBVRE, L., *Le mythe Néron. La fabrique d'un monstre dans la littérature antique* (I^{er}-V^e s.). Es desconcertante el uso realizado por este autor. Mientras que en la totalidad del libro utiliza «*Domitia Lepida, la tante partenelle de Néron*» para referirse a la hermana de Cneo Domicio, alineándose así con nuestra hipótesis, en la Tabla 1^a del Anexo I (página 274), la menciona con un desconcertante «*Domitia Lepida Maior*». Es como si ahora, para complicar más las cosas, las dos supuestas hermanas compartieran también el cognomen «*Lepida*».

²⁰ Vid. Suet., *Cal.* VII: ... *Los restantes hijos [de Germánico y Agripina la Mayor], que sobrevivieron a su padre, fueron tres de sexo femenino, Agripina, Drusila y Livila, nacidas en tres años consecutivos, y otros tantos varones, Nerón, Druso y Cayo César [Calígula].*

go, sí hay un pasaje de Suetonio que menciona a «la hermana» de Cneo Domicio en singular. Así ocurre, precisamente, la primera vez que este historiador menciona a alguna hermana de Cneo:

Suet., Ner. V:

perfidiae uero tantae, ut non modo argentarios pretiis rerum coemptarum, sed et in praetura mercede palmarum aurigarios fraudauerit, notatus ob haec et sororis ioco ... querentibus dominis factionum repraesentanda praemia in posterum sanxit²¹.

Evidentemente, si el historiador que narra el hecho —pues Suetonio se limita a reproducirlo en cuanto que nació casi medio siglo después— tuviera en la mente que Cneo tiene dos hermanas, hubiera dicho a causa de la burla de las hermanas («sororum ioco»), o bien a causa de la burla de una de las hermanas, o cualquier expresión similar que evitara el equívoco.

También hay pasajes de Suetonio que mencionan a «la tía paterna» de Nerón. El pasaje que presentamos a continuación ya fue analizado con otro propósito en el apartado II.B.

Suet., Ner. XXXIV 5:

Juntó al parricidio de la madre el asesinato de la tía paterna [amitae necem]²², la cual estaba entonces enferma de una irritación de vientre...

Y también hay que recordar la siguiente mención por Suetonio de la «tía paterna» de Nerón:

Suet., Ner. VII:

Amitam autem Lepidam ream testimonio coram afflixit gratificans matri, a qua rea premebatur²³.

De nuevo, podemos hacer un comentario similar al del apartado anterior. Si realmente existieron dos hermanas «Domicias», la expresión está muy claramente fuera de lugar. Suetonio nunca llama «Domicia» a la tía de Nerón. Solo utiliza los nombres «Domicia Lépida», «Lépida», «la tía paterna» [de Nerón] o «la hermana» [de Cneo Domicio]. No cabe duda alguna de que Suetonio siempre pensó que Nerón

²¹ Era tal su mala fe [de Cneo Domicio], que no satisfacía a los vendedores el precio de lo que compraba y durante su pretura defraudó del premio a los aurigas vencedores, si bien la burla de la hermana [sororis ioco] y las quejas de los jefes de los diferentes partidos le obligaron a proclamar que de allí en adelante los premios se pagarían en el acto.

²² El sustantivo *amita*, *-ae* significa «tía paterna» en latín. Para «tía materna» se utiliza *matertera*, *-ae*.

²³ A su tía paterna Lépida, que había sido acusada, la perjudicó seriamente testificando en su misma presencia contra ella, para complacer a su madre, que la acusaba sin descanso.

solo tuvo una tía por parte de su padre biológico. Tácito nunca menciona a la hermana «Domicia» hasta después de la supuesta condena a muerte de «Domicia Lépida» por Claudio (que solo él menciona como tal).

Solo en una ocasión menciona Dion Casio a alguna tía paterna de Nerón. Y lo hace con la expresión «la tía Domicia» (que, en principio, pudiera no quedar claro si está hablando de «Domicia Lépida» o de «Domicia»). Pero como nunca más menciona en su obra a ninguna tía paterna de Nerón, es evidente que la menciona por el *nomen* porque es hermana única. (Recuérdese que cuando solo había una hermana, lo habitual era mencionarla simplemente por el *nomen* de la familia en femenino.)

Si es que realmente Lépida tenía una hermana, ¿por qué no aparece nunca la hermana «Domicia» en la historia de Tácito hasta después de que, supuestamente, hayan condenado a muerte a «Domicia Lépida»? ¿Por qué no coinciden ambas hermanas en el tiempo en alguna ocasión? ¿Por qué aparece «Domicia» bruscamente en la historia de Tácito justo poco después de la muerte de Claudio, y no antes? ¿Acaso «Domicia» no es un invento por parte de Tácito, como asumimos, para justificar la presencia de «Domicia Lépida» después de su supuesta condena a muerte?

No hay ninguna representación plástica (pictórica, escultórica, musivaria, numismática...) que recoja juntas a las dos supuestas hermanas Domicias. Conviene recordar que sí existen manifestaciones numismáticas²⁴ que recogen juntas a las tres hermanas de Calígula (Julia Agripina, la madre de Nerón, con Julia Drusila y Julia Livila, sus dos tías maternas).

Se suele asumir (hipótesis contestada por algunos historiadores actualmente) que en el friso esculpido del célebre monumento Ara Pacis de Augusto en Roma, en el que se representa una procesión con numerosos familiares de Augusto, un niño y una niña pequeños son representaciones de Cneo Domicio y de su hermana respectivamente, que van acompañados de sus padres. Pero nunca aparecen las dos hermanas Domicias juntas (ni aquí, ni en ninguna otra manifestación).

Quintiliano (35-95) ignora por completo que pudieran existir dos hermanas Domicias sobre el pleito que tuvo Cneo Domicio con su hermana. Solo menciona a «Domicia»²⁵. Tratándose de un pleito fa-

²⁴ Ref. Calígula AE Sestertius, RIC 33, Cohen 4, BMC 36.

²⁵ Quint., Inst. Orat. VI 1, 50: *Hay otros epílogos no tan turbulentos, en los cuales satisfacemos a los contrarios si son personas de respeto, o les hacemos amigablemente*

miliar a causa de la herencia paterna, se echa en falta la presencia de los demás hermanos, si los hubiere. Como Cneo Domicio falleció de edema hacia el año 40, ambas hermanas, de haber existido, estarían todavía vivas. Nada justifica que solo una de ellas pleiteara por la herencia del padre.

Jérôme Carcopino (1881-1970) describió el pleito que tuvo «Domicia Lépidia» (pese a que Quintiliano, origen del comentario, solo menciona a «Domicia») con su hermano Cneo Domicio Ahenobarbo a causa del latifundio (saltus) en África que habían heredado de su padre Lucio Domicio Ahenobarbo (49 a. C.-25 d. C.), que fue cónsul en el 16 a. C. y gobernador de África (13-12 a. C.). Llama la atención que no participaran en el pleito el resto de los hermanos, si es que los había. El propio Carcopino ignora por completo que los textos de Tácito, Suetonio y Dion Casio pudieran mencionar a más de una sola hermana Domicia²⁶.

Dado que es muy probable que no haya existido más que una sola hermana, «Domicia Lépidia», que falleció ya anciana de una afección intestinal en el año 59, habría que desechar la idea de que fuera condenada a muerte por su primo hermano Claudio en el año 54. Todo lo más, acaso fuera invitada por Claudio a que se alejara de Roma para evitar los roces, que Tácito llamó «mujeriles», con su esposa Agripina, a causa de la disputa por el cariño del Nerón adolescente.

V. EL SUPUESTO «ASESINATO» DE LA YA DESAHUCIADA «TÍA DE NERÓN»

V.A. Análisis sucinto de las fuentes

Hemos postulado ya que «Domicia», la hermana de Cneo Domicio, al igual que Burro Afranio y Cosino, murió de muerte natural (año 59) y no envenenada como pretendieron hacernos creer los historiadores de la Antigüedad que escribieron sobre estos hechos y cuyas obras han llegado a nuestros días. Nos centramos ahora exclusivamente en la identidad de «Domicia».

alguna exhortación para la paz y concordia. Así lo hizo con admirable destreza Pasierno en cierto pleito sobre intereses que tenía su mujer Domicia con su hermano Ahenobarbo. Después de haber hablado largamente del parentesco y bienes que tenían de sobra, añadió: «De ninguna cosa tenéis menos falta que de lo que es el motivo de vuestro pleito.»

²⁶ *L'Inscription d'Aïn-el-Djemala: Contribution à l'histoire des «saltus» africains et du colonat*, pág. 435, en

https://www.persee.fr/doc/mefr_0223-4874_1906_num_26_1_6934?

Suetonio²⁷ lo relata como la muerte de «la tía paterna», mientras que Dion Casio²⁸ lo menciona como la muerte de «la tía paterna Domicia». Tácito²⁹ no hace ninguna referencia a este evento.

Obsérvese que Suetonio se refiere a «la tía paterna» [de Nerón], eludiendo mencionar nombre alguno. Este pasaje ya fue estudiado para analizar otro matiz en el apartado 2.B. Préstese atención a las palabras en negrita:

Suet., Ner. XXXIV: Juntó al parricidio de la madre **el asesinato de la tía paterna** [amitae necem], la cual estaba entonces enferma de una afección intestinal; acudió a verla y con la familiaridad ordinaria de las personas de edad madura, le acarició la barba con la mano, y le dijo: «Cuando haya visto caer esta barba, habré vivido suficiente». Entonces, él dijo, como en broma, a los que estaban presentes que iba a hacérsela quitar en el acto, y ordenó a los médicos que administrasen a la enferma una purga violenta; apoderóse de sus bienes apenas expiró y, para no perder nada, mandó destruir su testamento.

En cuanto al testimonio de Dion Casio, si bien ya nos hemos referido al mismo para analizar otro matiz (apartado 2.B.), cabe ahora prestar atención a lo que destacamos en este texto:

DC., LXII: También [además de asesinar a su madre] envenenó a **su tía Domicia**, a quien igualmente manifestó reverenciar como a una madre. No esperaría ni incluso unos días para que ella falleciera de una muerte natural por vejez, pues estaba impaciente por acabar con ella también. Su precipitación para hacer esto estaba motivada por las fincas que ella tenía en Bayas y en la vecindad de Rávena, sobre las cuales puntualmente erigió magníficos gimnasios que prosperan todavía.

Por lo que se refiere a Tácito, no ofrece comentario alguno sobre el fallecimiento de «la tía de Nerón» en el año 59. Quizás considera absurdo, por no creíble, acusar a Nerón de asesinar a su tía carnal cuando ésta, de hecho, ya se estaba muriendo. O también pudo ocurrir que deseara eludir el tema puesto que él ya afirmó que Domicia Lépida había sido condenada a muerte por Claudio en el año 54. Y no cabe pensar que eludiera tratar este evento por falta de interés, pues «Domicia», si es que existió, era tan tía carnal del príncipe como «Domicia Lépida».

²⁷ Suet., Ner. VII.

²⁸ DC., LXII.

²⁹ Tácito ignora por completo el fallecimiento de «Domicia», la supuesta hermana de Domicia Lépida que solo aparece en su obra después de la desaparición de esta. La supuesta condena a muerte de Lépida por Claudio en el año 54 (que solo él menciona) la narra en *Ann.*, XII 65.

V.B. Algunos datos sobre la relación personal de Nerón con su tía Domicia

Fue «Domicia Lépida» (y no «Domicia», si es que realmente existió) quién cuidó como una madre a Nerón, desde el año 39 al 41, cuando era muy pequeño y su madre Agripina había sido desterrada por su hermano Calígula, acusada de participar en una conspiración. También fue «Domicia Lépida» la persona que, según Tácito (se insistirá en este importante aspecto más adelante), mimaba al Nerón adolescente, para gran enojo de su madre. Es absurdo que Nerón, que en el año 59 tenía 21 años, manifestara que reverenciaba a su tía «Domicia» como una madre cuando esta, si es que existió, nunca se ocupó de él.

Si Nerón por algún motivo hubiera querido matar a su tía (y hubiera sido moralmente capaz de llevarlo a cabo) tiempo tuvo para hacerlo desde que fue nombrado príncipe en el año 54 hasta el fallecimiento de su tía en el año 59. Es importante plantearse esta absurda procrastinación de abstenerse a hacer lo que se supone que quería hacer. ¿Para qué, entonces, tanta prisa en hacerlo precisamente cuando la tía ya se estaba muriendo de vejez y de una afección intestinal?

V.C. Probable falta de rigor e imparcialidad

Acusar a Nerón de asesinar a su tía carnal cuando esta ya se estaba muriendo de grave enfermedad es un claro indicio de la falta de rigor y de la falta de imparcialidad de los historiadores de la época antonina y severa. Es probable que éstos pretendiesen manchar la buena fama de los príncipes de las dinastías anteriores, especialmente del último, para así halagar y ensalzar a los príncipes de la dinastía contemporánea.

La forma de hacerlo tendría distintos modos disponibles. Uno consistía en aceptar, sin la preceptiva constatación, atribuciones calumniosas que circularan por los mentideros de Roma. Otra vía sería referir, por sí mismos, graves difamaciones, incluso inventando «asesinatos ad hoc» que encajaran de alguna manera con las circunstancias que hubieran rodeado un fallecimiento natural.

Por ejemplo, Popea Sabina (30-65), segunda esposa de Nerón, estando encinta de su segundo hijo, sufrió un aborto espontáneo que le produjo una grave hemorragia a consecuencia de la cual murió. La maledicencia hizo circular el rumor de que la hemorragia fue causada por Nerón en un acceso de ira, al darle un fuerte puntapié en el bajo

vientre. La probable falsedad del relato quedaría confirmada por la contradicción de un segundo rumor, que también recoge Tácito: Poppaea muere envenenada por Nerón³⁰. Como ya sabemos, la existencia de dos alternativas completamente incompatibles entre sí de la realización de un asesinato, lejos de confirmar la existencia del crimen, destroza por completo la verosimilitud de la existencia del mismo. Porque, necesariamente, al menos una de las alternativas ha de ser falsa. Y esto debilita completamente la aceptación del procedimiento seguido y del rigor utilizado para la recogida de la alternativa.

V.D. Lo que probablemente sucedió

En el año 59 de nuestra era, el príncipe Nerón fue a visitar a su querida y anciana tía Domicia Lépidia porque se estaba muriendo a causa de una afección intestinal. Domicia recibió a su sobrino en la cama, pues no podía levantarse. Nerón intentó animarla diciéndole, delante de los allí presentes, que quería que asistiera a la ceremonia del corte de su primera barba, lo que era tradicional en la Roma de la época. Domicia le acarició la barba y le dijo cariñosamente: «Cuando haya visto caer esta barba, habré vivido suficiente.» Tras esto, Nerón hizo llamar a los médicos, que ya habían desahuciado a Domicia, y les exhortó a salir de su pasividad y tratar de encontrar algún remedio. Estos decidieron probar a dar a la enferma una purga enérgica, con el fin de intentar a la desesperada que su vientre reaccionara. Nada se consiguió con ello y Domicia falleció poco después.

Esta narración imaginada probablemente se ajuste mucho más a los hechos meramente materiales descritos por Suetonio y Dion Casio, que la disparatada conclusión de un asesinato tan absurdo e innecesario como monstruoso.

VI. LA SUPUESTA CONDENA A MUERTE DE «DOMICIA LÉPIDA»

El historiador Tácito describe³¹ la condena a muerte de Domicia Lépidia por el príncipe Claudio. Si esta condena fuera cierta, no tendría ningún sentido pretender que solo hubiera existido una única hermana de Cneo Domicio Ahenobarbo (padre biológico de Nerón). Sin embargo, todo el resto de la información que nos han llegado sobre las supuestas hermanas de Cneo Domicio o es indiferente (en el

³⁰ Cf. Tac., *Ann.* XVI 6.

³¹ Tac., *Ann.* XII 64-65.

sentido de que bien pudieran pertenecer a dos hermanas distintas o bien a una sola hermana), o es claramente favorable a la hipótesis de la existencia de una sola hermana.

Por todo ello, esta supuesta condena a muerte de Domicia Lépidia en el año 54 dictada por el príncipe Claudio y que recoge Tácito (*Ann.*, XII 64 y 65) se convierte realmente en el único argumento que apoyaría de manera concluyente la necesaria existencia de dos hermanas Domicias. Esto es así puesto que una de ellas, como se ha visto, falleció con seguridad en el año 59 de una grave afección intestinal. [Como se indicó previamente, este fallecimiento por muerte natural en el año 59 fue convertido por Suetonio y Dion Casio en un asesinato por envenenamiento cometido por Nerón, con el fin de acelerar la muerte de su tía unos días y, de paso, convertir al príncipe en un monstruo.]

VI.A. Algunos interrogantes procesales y penales del supuesto juicio contra «Domicia Lépidia»

Pretendemos mostrar que esta condena a muerte que recoge Tácito no es real y que, en esta ocasión, el historiador, a diferencia de lo que hizo con otras sentencias, no recogió la información a través de la consulta de documentos oficiales o de copias fieles. Por el contrario, esta información tuvo que ser recogida de relatos no oficiales guardados en colecciones particulares. Bien sabemos, pues el propio Tácito así lo indica en su obra, que también obtuvo información de muchas fuentes secundarias (que no estaban ni validadas ni contrastadas). Entre otras fuentes secundarias, Tácito menciona expresamente los escritos de Fabio Rústico, de Cluvio Rufo y de Plinio el Viejo³², así como numerosos comentarios y rumores que circulaban por los mentideros de Roma.

Para conseguir nuestro objetivo, vamos a realizar un riguroso análisis de lo que escribieron sobre este acontecimiento el propio Tácito y Suetonio, y de la total ausencia de información sobre ello de Dion Casio. Y también nos vamos a ayudar del libro publicado por la Universidad de Sevilla, «*El crimen maiestatis a la luz del Senatus Consultum de CN. Pisone Patre*», de Rosario de Castro-Camero, por el rigor, claridad y detalle con el que expone el procedimiento seguido en los juicios de la época.

³² Vid. Tac., *Ann.* XIII 20.

El historiador Dion Casio ignora por completo esta supuesta condena a muerte de «Domicia Lépidia» en el año 54 y no menciona absolutamente nada de ella. Es sorprendente este silencio porque sí recoge la muerte de «la tía Domicia» en el año 59, como se ha visto previamente. Si realmente hubieran existido dos tías Domicias, también hubiera tenido que relatar la muerte de «Lépidia» pues esta tuvo mucha mayor presencia e importancia en el imperio que su supuesta hermana «Domicia» durante los principados de Claudio y de Nerón. Hay que recordar que fue la madre de la emperatriz Mesalina, tercera esposa de Claudio (desde el año 38 hasta el 48, primera siendo este ya príncipe), y la abuela materna de la emperatriz Claudia Octavia (primera esposa de Nerón).

El historiador Suetonio en el libro «El Divino Claudio» tampoco menciona para nada esta supuesta condena a muerte (año 54) de Domicia Lépidia por Claudio, pese a que sí menciona otras muy numerosas condenas a muerte producidas durante su principado³³. Por el contrario, en el libro dedicado a «Nerón», sí hace una clara mención a este evento (previamente mencionado), si bien en un contexto de mucha menor gravedad. Por su trascendencia, incluimos dos traducciones:

Suet., Ner. VII:

Namque Britannicum fratrem, quod se post adoptionem Ahenobarbum ex consuetudine salutasset, ut subditium apud patrem arguere conatus est. Amitam autem Lepidam ream testimonio coram afflixit gratificans matri, a qua rea premebatur³⁴.

Es muy importante destacar que Suetonio solo indica que el adolescente Nerón perjudicó seriamente a su tía Lépidia con su testimonio, pero no indica que fuera condenada a muerte ni a la última pena (que no siempre era lo mismo en el caso de patricios romanos o sus familiares). Y tampoco comenta absolutamente nada en el libro precedente «El Divino Claudio». Es de interés recordar que, cuando hay una muerte por medio, este historiador no se calla precisamente y lo

³³ Vid. Suet., Cl. XXIX.

³⁴ [Traducción al inglés]: *For he attempted to persuade his father that his brother, Britannicus, was nothing but a changeling, because the latter had saluted him, notwithstanding his adoption, by the name of Ahenobarbus, as usual. **When his aunt, Lepida, was brought to trial, he appeared in court as a witness against her, to gratify his mother, who persecuted the accused.***

[Traducción al castellano]: *En efecto, como tras su adopción, su hermano Británico le continuaba llamando como siempre «Enobarbo», intentó desacreditarlo ante su padre, diciéndole que no era hijo suyo. **A su tía Lépidia, que había sido acusada, la perjudicó seriamente testificando en su misma presencia contra ella, para complacer a su madre, que la acusaba sin descanso.***

indica de manera clara, expresa y, si puede, escandalosa. Por ejemplo, en el mismo libro «Nerón», el historiador hace cómplice a Nerón de la muerte de Claudio (mencionando expresamente que Claudio fue asesinado):

Suet., Ner. XXXIII 1:

Parricidia et caedes a Claudio exorsus est; cuius necis etsi non auctor, at conscius fuit, neque dissimulanter³⁵.

Siendo así que esta muerte sí había sido clara y expresamente descrita en «El Divino Claudio»:

Suet., Cl. XLIV 1-2: non multoque post testamentum etiam conscripsit ac signis omnium magistratuum obsignauit. prius igitur quam ultra progrediretur, praeuentus est ab Agrippina, quam praeter haec conscientia quoque nec minus delatores multorum criminum arguebant. Et ueneno quidem occisum conuenit; ubi autem et per quem dato, discrepat. quidam tradunt epulanti in arce cum sacerdotibus per Halotum spadonem praegustatorem; alii domestico conuiuio per ipsam Agrippinam, quae boletum medicatum audivissimo ciborum talium optulerat. ...³⁶.

De nuevo, el mismo comentario que hicimos de Dion Casio lo aplicamos a Suetonio. Pues, habiendo recogido la muerte de «la tía de Nerón» en el año 59, como se mostró previamente, es realmente absurdo que no describa la condena a muerte de Lépida en el año 54, si es que realmente existieron dos tías Domicias, ya que «Lépida» tuvo mucha mayor presencia e importancia en los principados de Claudio y de Nerón que su supuesta hermana «Domicia». Pues, como se indicó anteriormente, además de ser la tía paterna que cuidó en su infancia y mimó en su adolescencia al futuro príncipe Nerón, Lépida fue la madre de la emperatriz Valeria Mesalina (tercera esposa de Claudio) y la abuela materna de la emperatriz Claudia Octavia (hija de Claudio y primera esposa de Nerón).

³⁵ *La serie de sus parricidios y asesinatos [de Nerón] comenzó con Claudio, de cuya muerte, si bien no fue el autor material, sí que fue cómplice, y no lo disimulaba, ...*

³⁶ *No mucho después, [Claudio] redactó su testamento y lo registró con las firmas de todos los magistrados. Así pues, antes de que Claudio pudiera ir más lejos, Agripina se apresuró a actuar, pues aparte de todos estos hechos, le apremiaba también su propio sentimiento de culpabilidad, así como los delatores de sus numerosos delitos. **Todos están de acuerdo en que Claudio murió envenenado**, pero existen discrepancias sobre dónde se produjo y quién le administró el veneno. Afirman algunos que ocurrió mientras asistía a un banquete en el Capitolio con los sacerdotes y por medio del eunuco Haloto, su catador; **otros aseguran que fue durante un convite familiar y mediante la propia Agripina, que le ofreció una seta envenenada, pues a Claudio le entusiasmaba esa clase de comida. ...***

VI.B. Especial mención, y sucinto análisis procesal, de la narración de Tácito

Solo el historiador Tácito da noticia de esta supuesta condena a muerte de Lépida:

Tac., Ann. XII. 64:

sed in praecipuo pavore Agrippina, vocem Claudii, quam temulentus iecerat, fatale sibi utconiugum flagitia ferret, dein puniret, metuens, agere et celerare statuit, perdita prius Domitia Lepida muliebribus causis, quia Lepida minore Antonia genita, avunculo Augusto, Agrippinae sobrina prior ac Gnaei mariti eius soror, parem sibi claritudinem credebat. nec forma aetas opes multum distabant; et utraque impudica, infamis, violenta, haud minus vitiis aemulabantur quam si qua ex fortuna prospera acceperant. enimvero certamen acerrimum, amita potius an mater apud Neronem praevaleret: nam Lepida blandimentis ac largitionibus iuvenilem animum devinciebat, truci contra ac minaci Agrippina, quae filio dare imperium, tolerare imperitantem nequibat³⁷.

Tac., Ann. XII 65:

Ceterum obiecta sunt quod coniugem principis devotionibus petivisset quodque parum coercitis per Calabriam servorum agminibus pacem Italiae turbaret. ob haec mors indicta, multum adversante Narcisso, qui Agrippinam magis magisque suspectans prompsisse inter proximos ferebatur certam sibi perniciem, seu Britannicus rerum seu Nero poteretur; verum ita de se meritum Caesarem, ut vitam usui eius impenderet. convictam Messalinam et Silium; pares iterum accusandi causas esse, si Nero imperitaret; Britannico successore nullum principi metum: at novercae insidiis domum omnem convelli, maiore flagitio quam si impudicitiam prioris coniugis reticuisset. quamquam ne impudicitiam quidem nunc abesse Pallante adultero, ne quis ambigat decus pudorem corpus, cuncta regno viliora habere. haec atque talia dicitans amplecti Britannicum, robur aetatis quam maturimum pre-

³⁷ Pero Agripina, más asustada que nadie y temerosa de unas palabras que Claudio había dejado escapar estando borracho, en el sentido de que su destino era sufrir las infamias de sus esposas y después castigarlas, decidió actuar con rapidez; empezó por perder a **Domicia Lépida** a causa de sus **rencillas de mujeres**, porque Lépida, al ser **hija de Antonia la Menor**, sobrina nieta de Augusto, **prima hermana de Agripina** y hermana de su primer marido Cneo, consideraba que tenía tanta nobleza como ella. Tampoco su belleza, su edad y sus riquezas se diferenciaban en mucho. Siendo ambas impúdicas, desacreditadas y violentas, competían en los vicios no menos que en los bienes que habían recibido de la fortuna. No obstante, lo que se disputaban con más virulencia era quién prevalecería ante Nerón, si la tía o la madre. En efecto, Lépida trataba de ganarse el ánimo del joven con halagos y regalos, mientras que Agripina, por el contrario, se mostraba dura y amenazadora, pues podía entregar el imperio a su hijo pero no soportarle como emperador.

cari, modo ad deos, modo ad ipsum tendere manus, adolesceret, patris inimicos depelleret, matris etiam interfectores ulcisceretur³⁸.

Tácito utiliza expresamente «Domicia Lépida» para mencionar a «Lépida». Con esto se confirma que Lépida también utilizaba su *nomen* Domicia además de su *cognomen* Lépida. Y también se confirma que el *nomen* Domicia no era usado solamente por su supuesta hermana (solo llamada «Domicia»). Se confirma la algo absurda situación (y pese a ello, defendida por muchos historiadores) de que la supuesta hermana de Lépida solo fuera conocida por el *nomen* que compartía con ella. En ese caso, «Domicia» podría referirse a cualquiera de ellas.

Tácito se equivoca gravemente en dos ocasiones sobre su filiación: Dice errónea y disparatadamente que Domicia Lépida era hija de Antonia la Menor³⁹, cuando la realidad es que fue hija de Antonia la Mayor. También dice que era prima carnal de Agripina la Menor; cuando realmente era tía segunda de ella. Son primos carnales de ella Germánico (padre de Agripina la Menor) y Claudio, ambos hijos de Antonia la Menor⁴⁰.

Todo esto implica que esta información que Tácito presenta, a diferencia de la información pulcra y esmerada de otras muchas sentencias (como la bien conocida de Cneo Calpurnio Pisón⁴¹ en tiempos de Tiberio, año 20), no está sacada de ningún documento oficial, que

³⁸ Pues bien, [Domicia Lépida] fue acusada de haber intentado hacer daño a la esposa del príncipe mediante hechizos y de perturbar la paz de Italia manteniendo poco reprimidas a sus cuadrillas de esclavos en Calabria. Por tales delitos se dictó contra ella la pena de muerte con fuerte oposición de Narciso; de él se contaba que, sospechando más y más de Agripina, había manifestado entre sus amigos que su propia muerte era segura, ya fuese Británico ya Nerón quien se adueñase del poder. Pero que el César se había comportado con él de tal manera que pensaba sacrificar la vida a su servicio. Él había probado la culpabilidad de Mesalina y Silio; de nuevo habría parecidos motivos de acusación si Nerón era emperador. Si el sucesor era Británico, el príncipe nada tenía que temer; pero las intrigas de la madrastra estaban desquiciando la casa entera, con un descrédito mayor para él que si hubiese callado ante la desvergüenza de la esposa anterior. Aunque, seguía diciendo, tampoco ahora con el adulterio de Palante, faltaba tal desvergüenza para que nadie pudiera dudar de que ella tenía su honor, su pudor, su propio cuerpo y todo lo demás en menor aprecio que el poder. Diciendo estas palabras y otras similares, abrazaba a Británico, suplicaba que alcanzara lo antes posible la fortaleza de los adultos, dirigía sus manos unas veces hacia los dioses y otras hacia su persona pidiendo que se hiciera mayor, que expulsara a los enemigos de su padre y que se vengara también de los asesinos de su madre.

³⁹ Y no se trata de una corrupción textual como dicen algunos estudiosos, pues este error lo repite Tácito en *Ann.* IV 44.

⁴⁰ Recordemos que Antonia la Menor era hermana de Antonia la Mayor, ambas hijas de Marco Antonio y de Octavia la Menor, hermana carnal de Augusto.

⁴¹ *Vid.* Tac., *Ann.* III 10-18.

obviamente no podría contener tal cantidad de disparates. Por consiguiente, Tácito hubo de obtener estas afirmaciones de comentarios, rumores o de alguna fuente secundaria escrita pero basada precisamente en estos comentarios y rumores. Los **aspectos procesales** que detalla Rosario de Castro-Camero son los siguientes (que desarrolla ampliamente en su obra ya mencionada):

Questio perpetua de maiestate:

- * Sujetos del procedimiento ante la *questio perpetua de maiestate*:
 - a) El magistrado presidente de la *questio*.
 - b) El colegio de jueces.
 - c) El acusador.
 - d) El reo.
 - e) Asistentes procesales: *patroni* (intervenían ante el tribunal) y *advocati* (asesores).
- * Procedimiento ante la *quaestio perpetua de maiestate*:
 - a) La preparación del juicio.
 - b) La vista.

Cognitio Senatus (extra ordinem)

- * Sujetos del procedimiento senatorial:
 - a) El presidente de la sesión senatorial.
 - b) La asamblea senatorial como colegio de jueces.
 - c) El acusador.
 - d) El reo.
 - e) Asistentes procesales: *patroni* (intervenían ante el tribunal) y *advocati* (asesores)
- * Procedimiento ante la *cognitio senatus*:
 - a) La preparación del juicio.
 - b) La vista.

La influencia e intrusismo del príncipe en la *cognitio senatus* fue grande, sobre todo en los procesos de *maiestas*⁴². A partir de Domi-

⁴² Vid. CASTRO-CAMERO, R., *El crimen maiestatis a la luz del senatus consultum...*, pág. 190.

ciano la *cognitio principis extra ordinem* adquirió carácter estable, si bien ya Claudio venía actuando con relativa frecuencia⁴³. No hay la menor descripción en el relato de Tácito del procedimiento que se está siguiendo. Ni siquiera menciona quien hace formalmente de acusador, cuando es algo casi sistemático que Tácito lo haga en la descripción de los numerosos juicios y condenas que va exponiendo en su obra. Es cierto que hay algún otro caso de condena en el que no da el nombre del acusador, pero esto solo ocurre cuando se menciona una condena muy de pasada, en muy pocas palabras. Pero no es el caso de esta supuesta condena a muerte de Domicia Lépida, a la que el autor dedica dos capítulos enteros (64 y 65) del libro XII. Incluso aunque fuera el propio príncipe el interesado en que se realizara el juicio, siempre se buscaba a alguna persona de prestigio para que hiciera formalmente de acusador, papel que requería realizar muy numerosas actividades y actuaciones a lo largo de las distintas fases del juicio.

En el relato presentado por Suetonio⁴⁴, es Agripina la Menor la que «*acusaba sin descanso*» a Lépida mientras testificaba el adolescente Nerón. Esto indica que de ninguna manera estamos ante un juicio formal, que necesariamente ha de seguir un procedimiento serio y establecido, muy claramente descrito, como hemos visto, en la obra de Rosario de Castro-Camero, *El crimen maiestatis a la luz del Senatus Consultum de CN. Pisone Patre*, pág. 143 a 165 (texto de experto, recopilación de muchos otros, en el que nos apoyamos). Más bien parece que probablemente estemos ante una reunión privada de la familia del príncipe para resolver un conflicto familiar.

En efecto, de la redacción parece deducirse que, en alguna sala del palacio, están reunidos solamente: Agripina, actuando y gritando groseramente y lanzando acusaciones sin descanso; Lépida, prima hermana de Claudio y tía carnal de Nerón, soportando los gritos de Agripina; el adolescente Nerón, de 16 años de edad, que para complacer a su madre está contando algo que ha visto hacer a su tía unos días antes; Claudio, aguantando este lamentable espectáculo de «rencillas femeninas» (así lo califica el propio Tácito); y quizás algún conocido de la familia haciendo de espectador. Y ha de ser así puesto que de ninguna manera estamos ante un juicio formal.

En primer lugar, resalta el escaso valor probatorio del testimonio del adolescente Nerón, con solo dieciséis años, acusando a su tía ante

⁴³ Vid. Quint., *Inst. Orat.* VII 2, 20.

⁴⁴ Vid. Suet. *Ner.* VII.

la presencia intimidatoria de su madre, Agripina. Además, los testigos menores de veinticinco años⁴⁵ no podían ser obligados a declarar.

En ningún momento indica Suetonio que Lépida hubiera sido condenada a muerte. Tan solo indica que «la perjudicó seriamente». Si hubiera sido condenada a muerte, lo habría indicado de manera clara y expresa, puesto que nada había indicado previamente en el libro «El Divino Claudio» de su obra. Recordemos, además, que Suetonio estuvo sirviendo (c. 119 - c. 122) en la cancillería imperial de Adriano como secretario *ab epistulis*⁴⁶, secretario *ab studiis* y secretario *ab bibliothecis*. En otras palabras, él controlaba los archivos imperiales (cosa que Tácito nunca hizo).

Suetonio publicó su obra «*Vida de los doce césares*» hacia 121⁴⁷. Y previamente tuvo que haber conocido la obra «*Anales*» de Tácito, puesto que fue publicada varios años antes. Rosario de Castro-Camero considera que la «última condena» o «última pena» a la que se sentenciaba a las personas de rango senatorial y a sus familiares no solía ser la pena de muerte, sino la llamada «*aqua et igni interdictio*»⁴⁸, que implicaba el destierro, la pérdida de la ciudadanía y, habitualmente, del patrimonio. Más tarde, esta pena fue sustituida por la pena de deportación. Otras alternativas, mencionadas por Denise Cauce Herrera en su artículo «*El exilio en Roma*», eran la *relegatio*, la *deportatio*, y la movilidad forzada. En lo fundamental, la diferencia con la condena «*aqua et igni interdictio*» era que no se perdía el patrimonio.

Según el procedimiento penal de ese tiempo, en el sistema de las *questiones perpetuae* no podía haber, en un mismo juicio, dos acusaciones completamente diferentes que no tuvieran nada que ver entre sí. Se hubiera necesitado un juicio distinto para cada acusación: «atentar contra la esposa del príncipe con hechizos», y «tener mal gobernadas bandas de esclavos». Bien es cierto que en la *cognitio extra ordinem* sí era posible conocer dos o más crímenes a la vez, pero ello requería que, previamente, el acusador presentase la solicitud de abolición privada de cada una de ellas para evitar incurrir en tergiversación⁴⁹. Nada de esto aparece en la descripción de Tácito.

Tácito menciona que se condenó a muerte a Domicia Lépida «con gran oposición de Narciso» (liberto de Claudio a cargo de su corres-

⁴⁵ Vid. CASTRO-CAMERO, R., *El crimen maiestatis a la luz del senatus consultum...*, pág. 168.

⁴⁶ Espartiano, E., *Vida de Adriano*, 11.

⁴⁷ CUATRECASAS TARGA, *Suetonio...*, pág. 30.

⁴⁸ *Interdicción del agua y del fuego*.

⁴⁹ D. 48,16,1,9.

pondencia). ¿Qué tenía que decir ni qué tenía que oponer este liberto si realmente se estaba celebrando un juicio formal? Es un argumento más a favor de que este evento tan solo es una bronca reunión familiar en palacio.

No hay ninguna mención, como solía ser habitual con los familiares del príncipe, de la forma concreta en que se produjo la supuesta ejecución o suicidio de Domicia Lépida: ni cómo se realizó, ni cuándo, ni dónde. Tampoco hay ninguna referencia de dónde y cómo fue enterrada o incinerada, etc. Sencillamente, «Domicia Lépida» desaparece en completo silencio de la historia de Tácito y, justamente, aparece a continuación la presencia de una hermana «Domicia» de la que nunca antes Tácito había dicho nada. Y aparece, por cierto, con muchas ganas de vengarse de Agripina⁵⁰.

A la luz de todo lo visto, lo más racional es suponer que Claudio cerró esta disputa entre su mujer Agripina y su prima hermana Domicia Lépida, obligando a esta a que se alejara de Roma y no volviera a importunarles. Muy posiblemente, Domicia se asentó en Bayas, desde donde, una vez fallecido Claudio, intentó su venganza sobre Agripina. Es conveniente recordar que Agripina, antes de casarse con Claudio, se casó con Cayo Slustio Crispo Pasieno (41-47)⁵¹, divorciado muy poco antes de «Domicia».

Claudio fallece el 13 de octubre del año 54, e inmediatamente su hijo adoptivo Nerón es nombrado nuevo príncipe. Poco después, según Tácito, «Domicia» (la supuesta hermana de «Domicia Lépida»), a través de sus libertos, acusó a Agripina de estar organizando una conspiración contra Nerón para nombrar príncipe a Rubelio Plauto. Es la primera vez que de manera expresa aparece «Domicia» en la narración de Tácito⁵². Debe ser mencionado que ni Suetonio ni Dion Casio dicen nada de esta aparición de «Domicia» en escena poco después de la muerte de Claudio.

Como se ha visto previamente, la única muerte de la «tía paterna de Nerón», ya anciana y gravemente enferma de una afección intestinal, ocurrió en el año 59, con la presencia de Nerón en el lecho de muerte. En esta ocasión, serán Suetonio y Dion Casio quienes narren este fallecimiento (convertido por ellos en asesinato por envenenamiento), pero Tácito ni siquiera lo menciona.

⁵⁰ Vid. Tac., *Ann.* XIII 19.

⁵¹ Vid. Suet., *Ner.* VI; Quint. *Inst. Orat.* VI 1, 50

⁵² Tac., *Ann.* XIII 19-22.

Resumiendo, **cada historiador narra una sola muerte** para la hermana de Cneo Domicio. Solo aparece la ilusión de que son dos hermanas diferentes cuando se compara el final descrito por Tácito (condena a muerte por Claudio en el año 54), del otro final diferente (año 59) descrito por Suetonio y Dion Casio de manera bastante similar entre sí.

VII. BREVE RESEÑA DE LA NARRACIÓN DE TÁCITO SOBRE EL JUICIO CONTRA CNEO CALPURNIO PISÓN

Presentamos aquí este juicio, que fue descrito con cierto detalle por Tácito⁵³, para luego compararlo con el amago de juicio contra Domicia Lépidia que también Tácito nos presenta⁵⁴. Rosario de Castro-Camero, en su monografía previamente mencionada, asume que Tácito tuvo la documentación del juicio contra Cneo Pisón (o una copia fiel) en sus manos. No puede decirse lo mismo del segundo juicio mencionado.

Cneo Calpurnio Pisón (44 a. C. - 20 d. C.) fue un destacado político romano; compartió el consulado con Tiberio en 7 a.C., y fue posteriormente legado de Augusto en Hispania. Siendo Tiberio el príncipe, nombró a Pisón gobernador de Siria, a la vez que le pedía que vigilara a su sobrino Germánico, que tenía importantes misiones que llevar a cabo en Asia Menor.

Germánico (15 a.C. - 19 d.C.) había sido cónsul en 12 d. C.; posteriormente fue procónsul de la Galia y de las dos Germanias, y allí vengó la derrota de Varo (año 9) en el bosque de Teotoburgo, y por ello recibió un triunfo (año 17). Posibilitó la incorporación al imperio de las provincias de Capadocia y Comagene (año 18); en esta época se enemistó formalmente con Cneo Calpurnio Pisón, gobernador de Siria. Hizo un viaje a Egipto sin permiso de Tiberio, y este se lo reprochó agriamente. De vuelta a Siria, Germánico enfermó en Antioquía, y allí murió el 10 de octubre del año 19 d. C. Su muerte se atribuyó a un envenenamiento ordenado por Pisón, que nunca fue probado. Pero su enorme prestigio en Roma puso muy difícil las cosas a Pisón, que fue juzgado por este y otros cargos; se suicidó poco antes de que se emitiera la sentencia.

Veamos la exposición que hizo Tácito del proceso judicial contra Cneo Calpurnio Pisón.

⁵³ Tac., *Ann.* III 10-18.

⁵⁴ Tac., *Ann.* XII 64-65.

— Tiberio remite la causa al Senado:

Tac., Ann. III 10: «... No le pasaba desapercibida a Tiberio la importancia del proceso y las habladurías de que él mismo era objeto. Por eso, en presencia de unos pocos familiares, oye los cargos de los acusadores y los ruegos de la otra parte, y remite la causa íntegra al senado.»

— Pisón elige defensores:

Tac., Ann. III 11: «... Después de esto, tras pedir el acusado como defensores a Lucio Arruncio, Publio Vinicio, Asinio Galo, Esernino Marcelo y Sexto Pompeyo y tras excusarse estos con diversos pretextos, le asistieron Manio Lépedo, Lucio Pisón y Livineyo Régulo...»

— Tiberio presenta formalmente los motivos del juicio contra Pisón:

Tac., Ann. III 12: «El día de la sesión del senado el César pronunció un discurso de una reserva calculada. Pisón, dijo, había sido legado y amigo de su padre y él, a propuesta del senado, se lo había dado a Germánico como ayudante en la administración de los asuntos de Oriente. Lo que en aquel momento había que dilucidar con total imparcialidad era si aquél, con obstinación y rivalidad, había exasperado al joven y se había alegrado de su muerte, o si le había eliminado cometiendo un crimen. «Pues si como legado se excedió en las limitaciones de su cargo y prescindió de la obediencia debida a su general, si se alegró de su muerte y de mi luto, le odiaré, le alejaré de mi casa y vengaré esas enemistades particulares, pero no con mi poder de príncipe. En cambio, si se descubre un delito que haya que castigar con la muerte de un hombre, sea quien sea, concedednos vosotros entonces a los hijos de Germánico y a nosotros, sus padres, el justo consuelo. Y al mismo tiempo habéis de considerar lo siguiente: si ha incitado Pisón a los ejércitos a actitudes turbulentas o sediciosas, si ha buscado el favor de los soldados con sobornos, si ha vuelto a la provincia empuñando las armas, o si, siendo todo eso falso, lo han divulgado, exagerándolo, sus acusadores, con cuyo excesivo celo yo me siento molesto con razón. Pues ¿a qué vino aquello de hacer desnudar el cadáver, permitir que se lo examinara ante los ojos del pueblo y que se divulgara incluso entre los extranjeros el rumor de que había muerto envenenado, si todavía eso no es seguro y debe ser investigado? Lloro, en verdad a mi hijo, y le lloraré siempre; pero no prohíbo al reo que exponga todo lo que le pueda ayudar a demostrar su inocencia, ni que, si Germánico tuvo alguna culpa, pueda usarla como argumento. Y a vosotros os ruego que no deis por probados los crímenes de que se le acusa, porque la causa esté relacionada con mi dolor. Vosotros, los defensores que el parentesco o su propia confianza le han dado, ayudadle en su peligro con toda la elocuencia y el ahínco de que cada uno sea capaz. Al mismo trabajo y al mismo tesón invito a los acusadores. Solo una cosa concederemos a Germánico saltándonos las leyes, a saber, que se investigue sobre su muerte en la curia y no en el foro, en el senado y no en los tribunales.»

Lo demás se habrá de tratar por el reglamento ordinario. Que nadie tenga en cuenta las lágrimas de Druso, que nadie se fije en mi tristeza, ni tampoco en lo que se pueda tramar contra nosotros.»

— Fijación de plazos:

Tac., Ann. III 13: «Después se fija un plazo de dos días para la presentación de cargos y se acuerda que, dejando entremedias un período de seis, pueda el reo defenderse durante otros tres...»

— Cargos presentados por la acusación:

Tac., Ann. III 13: «... Entonces Fulcinio comienza con unas acusaciones viejas e infundadas diciendo que había gobernado Hispania con ambición y avaricia, algo que, en caso de quedar demostrado, no perjudicaría al reo si se le exculpaba de las imputaciones recientes, y, en caso de conseguir defenderse de ello, no era motivo de absolución por haber mayores crímenes.

Tras él, Serveo, Veranio y Vitelio, todos con un celo similar pero Vitelio más elocuencia, acusaban a Pisón de que, por odio a Germánico y afán de revolución, había corrompido a la tropa por medio de libertinaje y de las injurias a los aliados, hasta el punto de ser llamado por los peores «padre de las legiones»; en cambio, se había ensañado con los mejores, sobre todo con los compañeros y amigos de Germánico; finalmente había eliminado a este con sortilegios y un veneno, y de ahí los ritos y sacrificios nefandos celebrados por él y por Plancina; luego había levantado sus armas contra la república y, para poder presentarlo como reo, había sido preciso vencerlo en el campo de batalla.»

— La defensa de Pisón:

Tac., Ann. III 14: «Su defensa, por lo demás, resultó embarullada, pues no podía negar ni el soborno a los soldados, ni el sometimiento de la provincia a los peores, ni tan siquiera las afrentas a su general. Tan solo el cargo de envenenamiento pareció desvanecerse, ya que ni siquiera los acusadores aportaban suficientes pruebas basándose en que, en cierta ocasión en que en un banquete dado por Germánico estaba colocado delante de él, le había emponzoñado la comida con sus manos; y es que resultaba absurdo que, estando entre criados ajenos, a la vista de tantos comensales y en presencia del mismo Germánico, se hubiera atrevido a ello. El acusado ofrecía los esclavos de su casa y pedía que se aplicase la tortura a sus servidores. Pero sus jueces se mostraban implacables por diversos motivos: el César por haber llevado la guerra a la provincia y el Senado porque nunca había creído que Germánico hubiera muerto sin ser víctima de su engaño... [texto perdido] hubieran escrito reclamando, lo que rechazaron tanto el César como Pisón. Al mismo tiempo se hacían oír las voces del pueblo ante la curia advirtiéndole que no dejarían de intervenir si lograba escapar a la condena de los senadores. Habían llevado unas estatuas de Pisón a las Gemonias y las habrían despeñado si, por orden del príncipe, no hubieran sido protegidas y vueltas a colocar donde estaban...»

— Suicidio de Pisón desalentado por la marcha del juicio (año 20):

Tac., Ann. III 15: «Igual era el odio hacia Plancina [esposa de Pisón], pero su influencia era mayor... Cuando obtuvo el perdón gracias a los ruegos secretos de Augusta [Livia Drusila, ya por entonces viuda de Augusto], empezó poco a poco a distanciarse de su marido y a separar su defensa de la de él... De vuelta a casa, [Pisón] escribe un poco como si estuviese preparando su defensa para más tarde, sella el documento y se lo entrega a un liberto... Después, a altas horas de la noche, hizo salir a su mujer del dormitorio y mandó cerrar las puertas; al amanecer lo hallaron con el cuello atravesado y la espada tirada en el suelo.»

— Tiberio lee la carta que le escribió Pisón la noche de su suicidio:

Tac., Ann. III 16: «... El César [Tiberio], ... lee en voz alta la carta redactada por Pisón en unos términos parecidos a estos: «Oprimido por una conspiración de mis enemigos y el odio provocado por una falsa acusación, y como no hay lugar en parte alguna para la verdad y para mi inocencia, pongo por testigos a los dioses inmortales de que he vivido, César, con fidelidad hacia ti y con un amor no menor hacia tu madre. A vosotros os ruego que miréis por mis hijos; de ellos, Cneo Pisón no está implicado en mi suerte, sea la que sea, pues ha vivido todo el tiempo en Roma, y Marco Pisón me desaconsejó que volviera a Siria. Y ojalá hubiera cedido yo ante mi joven hijo antes que él ante su anciano padre. Por ello ruego con mayor ahínco que, ya que es inocente, no sufra el castigo de mi maldad. Por los cuarenta y cinco años de obediencia, por haber sido tu colega en el consulado, yo, que merecí la estima de tu padre, el divino Augusto, que he sido tu amigo, y que no te voy a hacer ningún otro ruego después de este, te pido la salvación de mi pobre hijo.»»

— Propuesta de Sentencia del cónsul Aurelio Cotta:

Tac., Ann. III 17: «Después de esto, Tiberio dejó al joven libre de la acusación de haber provocado una guerra civil, porque, según dijo, no había podido eludir las órdenes de su padre... Se pasaron todavía dos días en esa apariencia de juicio, en tanto que Tiberio apremiaba a los hijos de Pisón a que defendiesen a su madre... Cuando se pidió al cónsul Aurelio Cotta que hiciera su propuesta en primer lugar (pues los magistrados gozaban también de este derecho cuando informaba el César), propuso que el nombre de Pisón fuera borrado de los fastos, que una parte de sus bienes fuera confiscada, que la otra se le concediese a su hijo Cneo Pisón y que este cambiase de «praenomen»; Marco Pisón, despojado de la dignidad de su cargo y recibiendo cinco millones de sestercios, sería desterrado por diez años, concediéndose a Plancina la absolución en atención a los ruegos de Augusta.»

— Tiberio suaviza la propuesta de sentencia:

Tac., Ann. III 18: «Muchos de los términos de la propuesta fueron suavizados por el príncipe: así, el nombre de Pisón no sería eliminado

de los fastos, ya que en ellos quedaba el de Marco Antonio, que había hecho la guerra contra la patria, y el de Julio Antonio, que había mancillado la casa de Augusto; y a Marco Pisón lo libró de la deshonra pública y le concedió los bienes de su padre...»

— Conclusiones finales del juicio contra Cneo Calpurnio Pisón:

Tac., Ann. III 18: «Pocos días después el César promovió en el senado la concesión de sacerdocios a Vitelio, Veranio y Serveo [acusadores formales contra Pisón]... ¡Tan ambiguos son los acontecimientos más importantes! Mientras unos dan por ciertas las noticias que les llegan por cualquier conducto, otros tergiversan la verdad, y ambas interpretaciones van tomando cuerpo con el tiempo...»

VIII. UN INTENTO DE COMPARACIÓN DE AMBOS RELATOS SOBRE LOS REFERIDOS JUICIOS

En el apartado VI.B. se realizó un análisis, especialmente del entorno, del supuesto juicio que presenta Tácito contra Domicia Lépidia. Ahora van a ser comparados los procedimientos seguidos en el juicio contra Cneo Calpurnio Pisón y en el juicio contra Domicia Lépidia:

1. Remisión de la causa:

Juicio contra Pisón: Tiberio remitió la causa al Senado.

Juicio contra Lépidia: No hay ninguna noticia formal de qué tipo de juicio se va a celebrar.

2. Presentación formal del juicio:

Juicio contra Pisón: Tiberio presenta formalmente los motivos del juicio.

Juicio contra Lépidia: Claudio no hace ninguna presentación formal del mismo.

3. Defensores del reo:

Juicio contra Pisón: Pisón elige defensores. Varios rehúyen. Finalmente le asistieron Manio Lépidio, Lucio Pisón y Livineyo Régulo.

Juicio contra Lépidia: No hay ningún defensor. Se asume que sería la propia Domicia Lépidia quien se defendería a sí misma como pudiera.

4. Acusadores del reo:

Juicio contra Pisón: Fulcinio, Serveo, Veranio y Vitelio.

Juicio contra Lépida: La única acusadora es Agripina la Menor, cuarta esposa de Claudio, que ejerce su función llena de odio y dando voces.

5. Plazos fijados para llevar a acabo el procedimiento:

Juicio contra Pisón: Se fija un plazo de dos días para la presentación de cargos y se acuerda que, dejando entremedias un plazo de seis días, pueda el reo defenderse durante otros tres.

Juicio contra Lépida: No hay establecimiento de plazos (ni de procedimiento).

6. Acusaciones presentadas:

Juicio contra Pisón. Los cargos más solidos presentados son: a) haber corrompido a la tropa por medio de libertinaje y de las injurias a los aliados; b) haberse ensañado con los compañeros y amigos de Germánico; c) haber eliminado a Germánico con sortilegios y un veneno; d) haber levantado sus armas contra la república; e) haber sido preciso vencerlo en el campo de batalla para poder presentarlo como reo. Todos estos cargos son consecuencia de la actuación de Pisón durante el enfrentamiento contra Germánico.

Juicio contra Lépida: a) haber intentado hacer daño a la esposa del príncipe mediante hechizos; b) perturbar la paz de Italia manteniendo poco reprimidas a sus cuadrillas de esclavos en Calabria. Estos dos cargos son de naturaleza muy diferente entre sí y, además, no tiene nada que ver el uno con el otro (ni en el tiempo, ni en la acción, ni como causa y efecto...). Podrían ser incluidos en un solo juicio *extra ordinem*, pero tendría que haberse realizado trámites previos que no se indican.

7. Testigos y pruebas presentadas:

Juicio contra Pisón: Son muy numerosas las personas que fueron testigos de los diversos episodios ocurridos durante el enfrentamiento entre Pisón y Germánico, y abundante la documentación generada durante el mismo.

Juicio contra Lépida: El único testigo que se menciona es Nerón, que en aquel momento era simplemente un adolescente de dieciséis años de edad, y que ha de declarar delante de la intimidatoria presencia de su madre Agripina, que no deja de chillar.

8. La defensa realizada:

Juicio contra Pisón: Se relata con cierto detalle. Al menos se consigue rechazar limpiamente el cargo de haber envenenado personalmente a Germánico.

Juicio contra Lépidia: No hay ninguna mención de la defensa que pudo haber realizado la acusada.

9. Sentencia pronunciada:

Juicio contra Pisón:

— Propuesta [es necesario recordar que Pisón se suicidó antes de que se emitiera la sentencia]: a) Que el nombre de Pisón sea borrado de los fastos; b) que una parte de sus bienes sea confiscada; c) que la otra parte se le concediese a su hijo Cneo Pisón; d) que este cambiase de «praenomen»; e) que Marco Pisón sea despojado de la dignidad de su cargo y, recibiendo cinco millones de sestercios, sea desterrado por diez años; f) que se conceda a Plancina [esposa de Pisón] la absolución en atención a los ruegos de Augusta.

— Modificación por Tiberio de la propuesta de sentencia: a) el nombre de Pisón no será eliminado de los fastos; b) Marco Pisón no pasará por la deshonra pública y le serán concedidos los bienes de su padre [Cneo Pisón].

Juicio contra Lépidia:

— Es condenada a pena de muerte.

10. Destino de los acusados principales:

Juicio contra Pisón: Pisón se suicidó poco antes de la terminación del juicio, viendo que evolucionaba malamente para él. Se encontró su cuerpo en su cama, con el cuello atravesado y su espada próxima al cadáver. Había escrito una carta a Tiberio manifestando su inocencia y lealtad, y en la que pedía la libertad de sus hijos. Hay constancia de que Tiberio la leyó.

Juicio contra Lépidia: No hay ni rastro de Domicia Lépidia en los escritos de Tácito tras el supuesto juicio (año 54) que nos presenta en Anales. Sencillamente, Domicia Lépidia desaparece del mundo. Nada se sabe de su muerte, ni dónde se produjo y cómo, ni dónde fue enterrada, ni qué pasó con sus bienes, ni qué reacción tuvieron sus familiares, etc. En una palabra: Lépidia se esfuma y nada se vuelve a saber de ella (según Tácito). Pero es preciso volver a recordar que, poco después, aparece en

Anales una hermana «Domicia» (sin ningún «*cognomen*») que nunca antes había sido mencionada por dicho historiador (ni por ningún otro), con grandes deseos de venganza sobre Agripina. De esta «Domicia», Tácito no menciona su fallecimiento. Suetonio y Dion Casio ignoraron por completo la supuesta condena a muerte de Lépida del año 54, pero sí mencionaron la muerte en el año 59 de la «tía paterna» (Suetonio) o la «tía Domicia» (D. Casio).

Estos argumentos, juntamente con los presentados en el apartado VI.B., demuestran que Domicia Lépida muy probablemente no pudo haber sido condenada a muerte en el año 54 por Claudio, pues no hubo un juicio formal sino tan solo, posiblemente, una bronca reunión de parte de la familia imperial (Claudio, Agripina y Nerón, con Lépida), que se tuvo que resolver con la exhortación por parte de Claudio a Lépida, de que se alejara de Roma y no volviera a acercarse ni a molestar a Nerón ni a su madre, Agripina la Menor.

Y, por consiguiente, el único argumento de cierta solidez que serviría para sostener la existencia de dos hermanas Domicia, queda arruinado y superado. Tácito tuvo que haber cogido esta información de alguna fuente secundaria al menos parcialmente desorientada. (Tácito utilizaba con frecuencia fuentes secundarias para escribir sus obras⁵⁵.) Merece ser recordado que fue Suetonio el que sí tuvo fácil acceso al archivo del príncipe (Adriano), del que fue secretario *ab epistulis*, secretario *ab studiis* y secretario *a bibliothecis* durante unos años.

Así, queda demostrado que, probablemente, la hermana «Domicia» es la misma persona que «Domicia Lépida», también mencionada como «Lépida», «Domicia», «hermana» (de Cneo Domicio), «tía paterna» (de Nerón), y «madre» (de Mesalina).

IX. TENTATIVA DE CONFRONTACIÓN DE LA PROSOPOGRAFÍA

Edmundo Groag y Arturo Stein (y, en los primeros tomos, también L. Petersen) escribieron en latín, y publicaron a partir de 1933, un imprescindible libro de prosopografía⁵⁶ que recoge todo cuanto se creía saber de las personas que, de alguna forma, participaron con un alto

⁵⁵ LÓPEZ DE JUAN, C., *Tácito...*, pág. 19.

⁵⁶ Vid. GROAG, E. & STEIN, A., *Prosopographia imperii Romani saeculi I, II et III. Pars III*, pág. 56-57.

nivel en la actuación del imperio romano en algún momento de los siglos I, II o III d. C.

Entre estos numerosísimos personajes recogidos, están «Domicia Lépida» y su supuesta hermana «Domicia». Si nuestra hipótesis fuera correcta, todo cuanto se afirme de «Domicia» habría de ser perfectamente compatible con la vida y existencia de Domicia Lépida. Dada la suma importancia de este tema, vamos a recoger fielmente cuanto está escrito de «Domicia» en este libro (apartado 171, páginas 56 y 57 de la parte tercera). Procedemos a verificar cómo los eventos y comentarios que se le asocian no presentan ningún motivo que induzca a pensar en la existencia de dos hermanas.

Se asumía la existencia de Domicia, como ya hemos afirmado, principalmente por un evento mencionado por Tácito: la supuesta condena a muerte de Domicia Lépida por Claudio en el año 54. Pero como ya señalamos anteriormente, esta supuesta condena a muerte no la menciona Dion Casio, que sí menciona en cambio su muerte en el año 59, con el nombre de «la tía Domicia», lo que era algo perfectamente coherente puesto que es la única vez que menciona a la tía paterna de Nerón (y sería absurdo que mencionara a la supuesta hermana y no a Domicia Lépida, ya que esta tuvo un papel mucho más relevante en el imperio: fue madre de la emperatriz Mesalina y abuela de la emperatriz Octavia). Por otro lado, Suetonio sí alude al evento de Nerón adolescente dando testimonio contra Lépida, pero simplemente comenta que la perjudicó seriamente, sin que mencione jamás que fue condenada a muerte ni en el libro *Nerón*, ni en el libro *El divino Claudio* (pese a que sí menciona otras muy numerosas condenas de muerte). De hecho, Suetonio nunca llama «Domicia» a la tía paterna de Nerón.

A partir de aquí, siempre que se la menciona simplemente como «Domicia» en un evento, se ha venido atribuyendo la participación a una supuesta hermana. De estos eventos, algunos son neutros respecto a la existencia de una o dos hermanas Domicias. Pero otros varios manifiestan claramente que solo hubo una hermana Domicia. Veamos el detalle de este desarrollo:

171 DOMITIA

1. **Neronis amita** (*Tac. A. 13, 19. 27. Dio exc. 61, 17, 1. schol. Iuvenal. 4, 81 = Suet. Fragm p. 290 Roth; nomine non posito Suet. Nero 34, 5. Euseb. Arm. Ol. 208, 4 p. 215 Karst; Hieron.*

Ol. 209, 3 p. 182 Helm ; Syncell. 636; Neronis filia dig. 12, 4, 3, 5 perperam),

Dado que «Domicia» recoge los atributos de «Domicia Lépida», es natural que sea «tía paterna de Nerón». Los dos pasajes mencionados de Tácito (*Tac., Ann. XIII 19, 27*) ya fueron analizados en el apartado VI.B.

2. *filia igitur L. Domitii Ahenobarbi* cos. a. 16 a.C. (*n. 128*) et *Antoniae maioris* (*supra A 884*), *soror (Cn. Domitii) Ahenobarbi* (*n. 127*) *Quintilian. 6, 1, 50.*

También es natural que sigan siendo mencionando los atributos de Lépida: hija de Lucio Domicio Ahenobarbo y de Antonia la Mayor, y hermana de Cneo Domicio Ahenobarbo. El pasaje mencionado para demostrarlo de Quintiliano, se ha mencionado junto con los comentarios de Jérôme Carcopino en el apartado IV.

3. *Uxor (C. Salustii) Passieni Crispi* (cos. A. 27 II a. 44) *Quintilian. 6, 1, 50; 6, 3, 74. schol. Iuvenal. l. l. Crispus uxorem in pecuniaria lite adversus fratrem eius defendit Quintilian. 6, 1, 50, postea (a. 41 vel 42).*

Que Domicia sea la mujer de C. Salustio Crispo Pasieno se menciona en el mismo pasaje de Quintiliano en el que se indica que están pleiteando contra su hermano Cneo Domicio. En los numerosos textos literarios de la antigüedad presentados en esta tesis, solo son mencionados dos maridos para Domicia Lépida: el primero fue Marco Valerio Mesala Mesalino (? - 21), padre de Valeria Mesalina; y el segundo Cayo Salustio Crispo Pasieno (? - 47), el marido que pleiteó con Cneo Domicio a causa de la herencia dejada por el padre, Lucio Domicio, a los hijos. Este dejó a Domicia (ahora sabemos que fue Domicia Lépida) por Agripina. Es el motivo del odio que se tuvieron ambas mujeres. Ambos personajes son perfectamente compatibles en el tiempo como esposos de Domicia Lépida.

4. *divortio cum Domitia facto* Agrippinam in matrimonium duxit *cf. Plin. N. h. 16, 242. Suet. Nero 6, 1. Schol. Iuvenal. L. l. t. Cous Herzog Abh. Hochschulges. Giessen 1, 25 (cf. Keil Forsch. Ephes. 3, 114n. 25. 26).*

Se menciona el divorcio de Domicia y Crispo Pasieno, y el matrimonio de este con Agripina, y que Nerón recibió la herencia de su padrastro Crispo Pasieno.

5. *Inter Agrippinam et Domitiam infensa aemulatio exercebatur Tac. 13, 19. 21 (inimical domus ib. 20).*

En esta ocasión, los dos pasajes de Tácito elegidos narran la asucia de Atimeto, liberto de Domicia, «la tía de Nerón», para hacer

que Paris, también liberto de Domicia, cuente a Nerón que su madre y Rubelio Plauto conspiran contra él.

6. **Atimetus Domitiae libertus et concubinus et Paris histrio, libertus et ipse Domitiae, Agrippinae insidias struere conantur** a. 55 *Tac. 13, 19-22.*

Es continuación de lo anterior.

7. **Paris Domitiae ereptus quasi iure civili** (*scil. ingenuus iudicatus*) a. 56 *Tac. 13, 27. Neratius ap. Ulpianum dig. 12, 4, 3, 5. 6.*

En esta ocasión se indica que le fue arrebatado «a su tía» (de Nerón) el liberto Paris por un procedimiento de dudosa legalidad.

8. **Grandis nat** (*Suet. Dio*) **a Nerone veneno interfecta** a. fere 59 *Dio exc. 61, 17, 1. 2, aliter Suet. Nero 34, 5. Euseb. Arm., Hieron., Syncell. ll. ll.*

Ahora se citan los pasajes de Suetonio y de Dion Casio que mencionan que Nerón «al parricidio de su madre sumó el asesinato de su tía paterna» (Suetonio), y «también envenenó a su tía Domicia» (Dion Casio), ambos estudiados en el apartado II.B.

9. **Testamento suppresso bona eius invasit Nero** *Suet. l. l.*

En la anterior cita se indica que Nerón rompió el testamento de su tía cuando murió.

10. **Fortuna abundabat** *Quintilian. 6, 1, 50. Bais et in agro Ravennate praedia possedit* *Dio l. l. 2. Tac. 13, 21. Huius probabiliter horti Domitiae (*Domities not., curios.*) *trans Tiberim not. region. urb. (regio XIII), curiosum urb. Iordan Topogr. 2, 563. vita Pii 5, 1, Aureliani 49, 1 (in eadem regione reperta est fistula Crispi Passieni nomine inscripta XV 7508; hortos Domitiae nomen accepisse a Domitia Longina Augusta opinatur Huelsen ad VI 34106 c, at cf. Stein RE S. 3, 410; infra n. 181). Sordes Domitiae a Iunio Basso iridentur* *Quintilian. 6, 3, 74.**

Finalmente, se traen a colación citas que mencionan directa o indirectamente las riquezas de «la tía paterna de Nerón».

De las citas mencionadas en la obra *Prosopographia Imperii Romani* sobre «Domicia», se confirma que no hay ningún argumento incompatible con nuestra hipótesis: Domicia y Domicia Lépidia son la misma persona.

X. A MODO DE CONCLUSIONES

Cneo Domicio Ahenobarbo solo tuvo una hermana carnal, llamada indistintamente «Domicia Lépida», «Lépida», «Domicia», «la hermana» [de Cneo Domicio], «la tía paterna» [de Nerón] o «la madre» [de Mesalina]. Fue la única tía carnal de Nerón por parte de su padre biológico.

«Domicia Lépida» era hija, con su hermano Cneo, de Antonia la Mayor y de Lucio Domicio Ahenobarbo⁵⁷. Y fue: la «hermana» que se burló de Cneo Domicio Ahenobarbo cuando, siendo pretor, no abonó los premios de las carreras justo al finalizar las mismas, lo que provocó un pequeño alboroto⁵⁸; la tía de Nerón que lo recogió cuando la madre de este, Agripina la Menor, fue desterrada por su hermano Calígula por participar en una conspiración para derrocarlo⁵⁹; la que pleiteó con su hermano Cneo Domicio a causa de la herencia de un *saltus* en África que habían recibido de su padre Lucio Domicio Ahenobarbo⁶⁰; la madre de Valeria Mesalina, tercera esposa del príncipe Claudio, y testigo de sus últimos momentos antes de ser ejecutada por bigamia y por organizar una conjura con su amante Cayo Silio en el año 48⁶¹; la tía de Nerón que en su adolescencia le mimaba, con gran oposición de su madre⁶².

«Domicia Lépida», según Tácito, fue supuestamente condenada a muerte por su primo hermano Claudio en el año 54 (poco antes del fallecimiento de este). Es importante resaltar que el único motivo por el que algunos historiadores contemporáneos siguen defendiendo que existieron dos hermanas «Domicias» es, precisamente, por esta supuesta, y absurda, condena a muerte que solo menciona Tácito⁶³. Pero, Lépida no pudo ser condenada a muerte, pues no hubo un juicio formal: acaso Claudio le ordenó que se alejase de Roma para evitar los conflictos —que el propio Tácito califica de «mujeriles»— con Agripina, su esposa.

«Domicia Lépida» fue además la «Domicia» que, poco después del fallecimiento de Claudio, a través de la denuncia de sus libertos Atimeto y Paris, acusó a Agripina de estar montando una conjura contra Nerón para subir al trono a Rubelio Plauto (Agripina fue declarada

⁵⁷ Suet., *Ner.* V.

⁵⁸ Suet., *ibidem*.

⁵⁹ Suet., *Ner.* VI.

⁶⁰ Quint., *Inst.* VI 1, 50.

⁶¹ Tac., *Ann.* XI 37-38.

⁶² Tac., *Ann.* XII 64.

⁶³ Tac., *Ann.* XII 65.

inocente)⁶⁴; y, por último, fue asimismo la «tía de Nerón»⁶⁵ o «la tía Domicia»⁶⁶ que falleció ya anciana de una grave afección intestinal en el año 59, siendo acompañada en sus últimos momentos por su sobrino Nerón, entre otros. (Esta presencia la aprovecharon los historiadores Suetonio y Dion Casio para acusar al príncipe de haber asesinado a su tía ¡para acelerar su muerte unos días!) Tácito no menciona para nada este fallecimiento.

XI. UNA HIPÓTESIS UN TANTO ASOMBROSA Y EVENTUALMENTE ALTERNATIVA

Si bien de las conclusiones expresadas no es razonable asumir que Domicia Lépidia hubiera tenido una hermana también llamada «Domicia», sí debemos exponer una posible hipótesis ciertamente sorprendente: Domicia Lépidia quizás tendría dos «muertes»: una en el año 54 y otra en el año 59. Se procede a tratar se explicarlo.

Las primeras motivaciones que pudieran fundamentar esta última posibilidad se toman básicamente de las razones procesales defendidas por Castro-Camero⁶⁷. Prácticamente en todas las épocas históricas existió una dualidad criminal en Roma. Hay numerosas fuentes que contrastan la pena aplicable a los *honestiores*⁶⁸ y la que debía imponerse, por el mismo cargo, a los *humiliores*. Esta diferenciación personal, por razón de rango, se consolida en los siglos II y III d. C., si bien con anterioridad regía un sistema parecido, precedente del régimen procesal posterior. La primera manifestación de este modelo dicotómico se aplicó a hombres libres vs. esclavos, tal como se refleja en la Ley de las XII Tablas. Los criterios de la dualidad penal variaron con el tiempo. Posteriormente, el elemento determinante de esta dualidad lo constituyó la ciudadanía romana. Su posesión determinaba penas más benignas. Bien conocida es la prohibición de que el ciudadano romano pudiera ser crucificado —sino decapitado— ni que sufriera ningún *summum supplicium*.

Durante la República, las *quaestiones perpetuae* configuraban un sistema procesal de dualidad penal basada en la ciudadanía. Sus tri-

⁶⁴ Tac., *Ann.* XIII 19-22.

⁶⁵ Suet., *Ner.* XXXIV.

⁶⁶ DC., LXII.

⁶⁷ Vid. CASTRO-CAMERO, R., «Consecuencias jurídicas de la dicotomía social *honestiores-humiliores*», pág. 333 y ss.

⁶⁸ *Pauli sententiae* 5, 4, 10: *Son honestiores los senadores, caballeros, decuriones y hombres de reconocida autoridad.*

bunales solo juzgaban a ciudadanos romanos y, con frecuencia, la pena máxima que podían llegar a imponer era la *aqua et igni interdictio*⁶⁹, incluso para el parricidio y la maiestas. En la práctica suponía que el acusado podía, mediante un exilio voluntario, evitar la muerte, aunque sufriría pérdida de ciudadanía y de patrimonio, y prohibición rigurosa de regreso a la urbe. Por eso, era habitual que los ciudadanos romanos que vivían en provincias apelaran al derecho que tenían de ser juzgados en Roma.

Con el Principado surge la *cognitio extra ordinem*, sistema nuevo cuyo conocimiento y trámites se producen al margen de los juicios privados (*ordinem*). El procedimiento se sustanciará en una única fase y el juez ya no será un ciudadano sino un funcionario. Mientras este sistema no tuvo una cierta implantación, los ciudadanos romanos tampoco tuvieron (generalmente) riesgo de condena a muerte. En lugar de la *aqua et igni interdictio*, a los ciudadanos romanos se les solía imponer la pena de deportación, no la pena de muerte. Y con ello empezó a desarrollarse lo que acabaría siendo la dualidad penal *honestiores-humiliores*.

La extensión de la ciudadanía romana se fue produciendo primeramente por pequeños grupos y, finalmente, a partir de 212, se concedió a todos los habitantes libres del imperio (*Constitutio Antoniniana*). Esto determinó que dejase de ser un privilegio ostentar dicha ciudadanía. Con ello cristalizaron los dos grupos *honestiores* y *humiliores* y se difuminaron los criterios previos de esclavo-hombre libre y de ciudadano-no ciudadano. Fue muy importante la diferencia de penas entre *honestiores* y *humiliores*. Así, si un *humilior* fuera condenado con la pena capital, por el mismo crimen un *honestior* sería castigado con la deportación⁷⁰, etc.

Aplicando lo anterior al objeto de nuestra atención, es probable que Domicia Lépidia fuera condenada (año 54) a la «pena capital», que se traduciría, de facto, en una deportación y no la ejecución de la pena de muerte. Además, una de las consecuencias de los procedimientos de *maiestas* era la *damnatio memoriae*. Y todo esto equivaldría a una «muerte civil». Y ello podría explicar que no se volviera a hablar de Lépidia, por algún tiempo, en ninguna fuente. El privilegio de pertenecer a la clase alta romana, preámbulo de lo que posteriormente se consolidó como pertenencia al grupo de honestiores, pudo haberle salvado la vida a Lépidia.

⁶⁹ CASTRO-CAMERO: Op. cit., pág. 334.

⁷⁰ CASTRO-CAMERO, R., Consecuencias jurídicas de la dicotomía social honestiores-humiliores, pág. 336.

Posteriormente, tras el fallecimiento de Claudio (13 octubre del 54), su condena se hubiera podido diluir, igual que ocurrió con la condena que Calígula impuso a su hermana Agripina, que fue perdonada precisamente cuando Claudio accedió al trono tras el asesinato de su predecesor. Así, podría por tanto afirmarse que, quizás, Domicia Lépidia sufrió dos muertes: una civil en el año 54, y una biológica en el año 59.

Con ello, además, se podría conciliar la aparente contradicción previamente comentada entre Tácito y Suetonio. Así, Tácito llevaría razón al indicar que Domicia Lépidia fue condenada a muerte [civil] en el año 54. Y Suetonio llevaría razón por no mencionar que hubiera habido condena de muerte [real] en el juicio contra ella; y también al mencionar la muerte real o biológica de «la tía paterna» de Nerón en el año 59.

XII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

XII.A. Fuentes históricas

Aurelio Víctor, Sexto [Aurelius Victor, Sextus]. *De los Césares. De Caesaribus*.

Dion, Casio [Dio Cocceianus, Lucius Claudius Cassius]. *Historia de Roma* [Ρωμαϊκή Ιστορία]. *Epítomes conservados de Yoánnes Zonarás y Yoánnes Xifilinos*.

Espartiano, Elio [Spartianus, Aelius]. *Vida de Adriano*.

Fastos Triumphales Romanorum, de las columnas de los Fastos Capitolinos (inscripción en los actuales Museos Capitolinos de Roma).

Flavio Josefo, Tito [Flavius Iosephus, Titus]. *Antigüedades judías*. Edición consultada Akal: 2018. Volumen II.

Juvenal, Décimo Junio [Iuvenalis, Decimus Iunius]. *Sátiras* [Saturnae].

Marcial, Marco Valerio [Martialis, Marcus Valerius]. *Epigramas* [Epigrammata].

¿Petronio Árbitro, Cayo? [Petronius Arbiter, Caius?]. *El Satiricón* [Satyricon].

Plinio El Viejo, Cayo [Plinius Secundus, Caius]. *Historia Natural* [Naturalis Historia]. Edición consultada: Biblioteca Clásica Gredos, 206. Editorial Gredos: Madrid, 1976.

- Plutarco, Lucio Mestrio [Plutarchus, Lucius Mestrius]. *Vidas paralelas [Βίοι Παράλληλοι]*. Edición consultada: Plutarch's Lives. Loeb. Classical Library, Harvard University Press, 1975.
- Quintiliano, Marco Fabio [Quintilianus, Marcus Fabius]. *Instituciones oratorias [Institutio Oratoria]*. VI. 1. 50; VII. 2. 20.
- Séneca, Lucio Anneo [Seneca, Lucius Annaeus]. *Sobre la clemencia [De Clementia]*.
- , *Sobre la felicidad [De Vita Beata]*. Edición consultada: Alianza Editorial, S.A.: Madrid, 1984.
- Suetonio, Gayo [Suetonius Tranquillus, Caius]. *Los Doce Césares [De Vita Caesarum]*. Edición consultada: Libro Clásico Bruguera. Editorial Bruguera: Barcelona, 1970.
- Tácito, Publio Cornelio [Tacitus, Publius (Caius) Cornelius]. *Anales [Ab Excessu Divi Augusti Historiarum Libri. Annales]*. Edición consultada: Traducción de Antonio Ramírez de Verger. Biblioteca Clásica Gredos, 402. Editorial Gredos: Madrid, 2012.

XII.B. Bibliografía doctrinal

- Álvaro, Francesc-Marc: *Entre la mentira y el olvido: el laberinto de la memoria colectiva*. RBA: Barcelona, 2012.
- Aranguren, José Luis: *El discurso de la mentira*. Alianza Editorial: Madrid, 1988.
- Asimov, Isaac: *El Imperio Romano. [The Roman Empire]*. Alianza Editorial: Madrid, 1982.
- Auguet, Roland: *Crueldad y civilización: los juegos romanos*. Biblioteca de Historia, Ediciones Orbis, S.A.: Barcelona, 1985.
- Ballester Escalas, R.: *Nerón*. Ediciones Toray, S.A.: Barcelona, 1962.
- Bardon, H.: *Les Empereurs et les Lettres Latines, d'Auguste à Hadrien*. Société d'Édition «Les Belles Lettres»: París, 1940.
- Barrett, Anthony A.: *Agrippina: Sex, Power and Politics in the Early Roman Empire*. Yale University Press, New Haven, 1996.
- Beard, Mary: *SPQR. Una historia de la Roma antigua*. Editorial Planeta S. A.: Barcelona, 2016.

- Becerra Bazal, Antonio: «Séneca y el Senequismo». *Temas españoles*, núm 463. Publicaciones Españolas: Madrid, 1965.
- Bermejo Barrera, José Carlos: *La consagración de la mentira: entre la realidad y el silencio*. Siglo xxi: Madrid, 2012.
- Bertolini, Francesco. *Historia de Roma*. El Progreso Editorial: Madrid, 1889.
- Blázquez Martínez, José María: *Nerón, el mecenas asesino*. Gabinete de Antigüedades de la Real Academia de la Historia, 1999. Publicado por Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006.
- , *El emperador Nerón en Hispania*. Gabinete de Antigüedades de la Real Academia de la Historia, 1999. Publicado por Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006.
- Bochaca, Joaquín: *El arte de gobernar: cuando la mentira es verdad*. «Los depredadores internacionales y el establishment». Ojeda: Barcelona, 2012.
- Braund, David C.: *August to Nero: A sourcebook on Roman History*. Croom Helm: Londres, 1985.
- Bravo, Gonzalo: *Historia del mundo antiguo. Una introducción crítica*. Alianza Editorial: Madrid, 2008.
- Carcopino, Jérôme: *La vida cotidiana en Roma en el apogeo del imperio*. Ediciones Temas de Hoy, 1989. [El original, en francés, *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*, 1939.]
- Cardona Castro, Francisco Luis: *Suetonio. Vida de los doce césares*. Editorial Bruguera, S.A., Barcelona, 1970.
- Castro-Camero, Rosario de: «El reverso de las promociones: Los procesos de maiestate». En Caballos Rufino, Antonio F.: *Del Municipio a la Corte. La renovación de las élites romanas*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie: Historia y Geografía, núm: 208. Sevilla, 2012.
- , *El crimen maiestatis a la luz del Senatus Consultum de CN. Pisone Patre*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie: Derecho, núm: 80. Sevilla, 2000.
- , *Consecuencias jurídicas de la dicotomía social honestiores-humiliores*. *Studia et documenta historiae iuris* n° 65, 1999. Romae Pontificia Universitas Lateranensis.
- Cauce Herrera, Denise: *El exilio en Roma*. TFM, sep 2020.

- Cerezo Cazorla, Agustín: *Técnicas y prácticas de investigación privada*. ADI: Madrid, 1996.
- Champlin, Edward: *Nerón*. Turner Publicaciones S. L.: Madrid, 2006.
- Cizek, Eugen: *L'Époque de Néron et ses controverses idéologiques*. E. J. Brill : Leiden, 1972.
- Cornell, Tim & Mattheus, John: *La Civilización Romana*. Ediciones Folio: Barcelona, 2007.
- Cuatrecasas, Alfonso: *Suetonio. Vida de los doce césares*. Espasa Libros S.L.U., Barcelona, 2010.
- Delrieux, Fabrice & Kayser, François: «Des déserts d'Afrique au pays des Allobroges». Ferrière, Marie-Claire: *Lucius Domitius Ahenobarbus (cos 16 a.C.), un dignitaire turbulent*, Université de Savoie, 2011.
- Ekman, Paul: *Cómo detectar mentiras*. Barcelona: Paidós, 2009
- Feldman, Robert: *Cuando mentimos: las mentiras y lo que dicen de nosotros*. Urano: Barcelona, 2010.
- Fernández de Buján, Federico: *Fundamentos clásicos de la democracia y la administración*. Madrid, 2023.
- Fernández Morán, María Ángeles: *Manual básico de investigación*. UNED: Madrid, 2011.
- Fernández Uriel, Pilar & Palop, Luis: *Nerón. La imagen deformada*. Alderabán Ediciones, S. L.: Madrid, 2000.
- Fernández Uriel, Pilar: *Aspectos sociopolíticos de la época neroniana*. Tesis doctoral dirigida por José María Blázquez Martínez, leída en la Facultad de Geografía e Historia de la Universidad Complutense de Madrid el 27 de octubre de 1978. Editorial de la Universidad Complutense: Madrid, 1981.
- Fisher, B., Aubrey, et al: *Small group decision making: communication and the Group process*. McGraw-Hill, Inc.: 1990.
- Franzero, Carlo Maria: *Nerón, su vida y su época [The Life and Times of Nero]*. Vergara Editorial S. A.: Barcelona, 1956.
- Galtier, Fabrice: «La trajectoire de Lucius Domitius Ahenobarbus chez Lucain». *Interférences* [En ligne], 5, 2009. <http://interferences.revues.org/901>
- Gamoneda, Antonio: *Descripción de la mentira*. Abada: Madrid, 2012.
- George, Elizabeth: *La verdad de la mentira*. Roca: Barcelona, 2012.

- Ginsburg, Judith R.: «Nero's Consular Policy». *American Journal of Ancient History* 6 (1)1981, pp. 51-68.
- Grimal, Pierre: *El siglo de Augusto*. Editorial Universitaria Buenos Aires, 1983.
- Groag, Edmundus & Stein, Arturus: *Prosopographia imperii Romani saeculi I, II et III*. Pars III. Academiae Litterarum Borussicae, Iteratis Curis edita. Berolini et Lipsiae apud Walter de Gruyter & Co, 1943.
- Hermida, José: *La estrategia de la mentira*. Temas de Hoy: Madrid, 1993. ISBN: 84-7880-252-5.
- Hidalgo de la Vega, M.J.: *Las emperatrices romanas: sueños de púrpura y poder oculto*. 2012. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca.
- Janis, Irving L.: *Groupthink: Psychological Studies of Foreign Policy Decisions and Fiascos*. Houghton Mifflin: Boston, 1983.
- La Regina, Adriano: *Guida Archeologica di Roma*. Ministero per i Beni e le Attività Culturali. Mondadori Electa S.P.A., Milán, 2007.
- Lefebvre, Laurie: *Le mythe Néron. La favrique d'un monstre dans la littérature Antique (I^{er}-V^e s.)*. Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2017.
- Lichtenfels, Matthius: *Nerón. (Mujeres y vicios del emperador)*. Editorial AHR: Barcelona, 1959.
- López de Juan, Crescente: *Tácito. Anales*. Alianza Editorial, Madrid, 2017.
- Malitz, Jürgen: *Nerón*. Acento Editorial: Madrid, 2001.
- Martin, Régis F: *Los Doce Césares: Del mito a la realidad. [Les douze Césars. Du mythe à la réalité]*. Alderabán Ediciones, S.L.: Madrid, 1998.
- Martin Quiroga, J.: *Nerón*.
- Martínez Lacy, Ricardo: *Historiadores e historiografía de la antigüedad clásica*. Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2004.
- Martínez Selva, José María: *La psicología de la mentira*. Paidós: Barcelona, 2009.
- Orlandis, José. *El Pontificado Romano en la Historia*. Ediciones Palabra, S.A.: Madrid, 2003.

- Pecci Tenrero, Hipólito: *Nerón: los años sombríos*. Edimat Libros, S. A.: Madrid, 2006.
- Picard, Gilbert-Charles. *Auguste et Néron. Le secret de l'empire*. L'Antiquité Classique, tomo XXXII: Bruselas, 1963.
- , «Néron et le blé d'Afrique». En *Académie des Inscriptions & Belles-Lettres*: París, 1956.
- Pineda Cachero, Antonio: *Mecanismos propagandísticos del engaño*. Padilla Libros: Sevilla, 2009. ISBN: 978-84-8434-487-2.
- Posadas, Juan Luis: *Año 69: El año de los cuatro emperadores*. BN 12 / 707512.
- Raepsaet-Charlier M.-Th.: *Prosopographie des femmes de l'ordre sénatorial (Ier-IIIe siècles)*, 2 vol., Louvain, 1987.
- Robert, Jean-Noël: *Los placeres en Roma*. Crónicas de la Historia, Editorial EDAF, S.A.: Madrid, 1992.
- Robinchon, Jacques: *Nerón*. Edesco, S.A.: Madrid, 1997.
- Roldán, José Manuel, et al.: *Historia de Roma, Tomo II El Imperio Romano* (siglos I-III). Ediciones Cátedra, S. A.: Madrid, 1995.
- Roux, Georges: *Nerón*. Ediciones Cid, 1962.
- Saint-Ibars, Latour: *Nerón*. Círculo de Amigos de la Historia: Madrid, 1970.
- San Vicente, J.I.: *Nerón. La falsificación de un mito*, Ediciones Clásicas, Madrid, 2020.
- Schmitz, L.: art. *Domitia*, en W. Smith (ed.), *A dictionary of Greek and Roman biography and mythology*, I, Boston, 2018.
- Segura Ramos, Bartolomé: *El Método cronológico-estructural en los Anales de Tácito*. Universidad de Sevilla, HABIS 34, 2003, pág. 161-185.
- Swift, Jonathan: *Arte de la mentira política*. Sequitur: Madrid, 2009.
- Syme, R.: *The Augustan Aristocracy*, London, 1986.
- , *Tacitus*, Oxford University Press, reim. 1980.
- Tarín, Santiago. *Viaje por las mentiras de la Historia Universal*.
- Trapassi, Leonarda, et al.: *Los recursos de la mentira: lenguajes y textos*. Anthropos: Barcelona, 2008.

Vandenberg, Philipp: *Nerón*. Col: Vergara Bolsillo: 53. Javier Vergara: Madrid, 1996.

Walter, Gérard: *Nerón, ¿loco, comediante o sádico?* Círculo de Lectores, S. A.: Barcelona, 1970. Copyright Ediciones Grijalbo, S. A.

EL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE
AL (DES)EQUILIBRIO DE PODERES
DE LA RELACIÓN LABORAL REFORZADO
POR EL USO EMPRESARIAL
DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

LABOUR LAW IN THE FACE OF THE (UN)BALANCE OF POWER
IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP REINFORCED BY THE
BUSINESS USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE.

Ana García García

Personal investigador en formación (Junta de Castilla y León)
Universidad de Salamanca

Sumario: *I. La inteligencia artificial: último desafío tecnológico del Derecho del Trabajo. II. La inteligencia artificial mediante algoritmos: la tecnología protagonista de la Industria 4.0. II.A La evolución tecnológica hasta la Industria 4.0. II.B Un paradigma tecnológico en instalación. III. La gestión laboral algorítmica y sus beneficios para el ejercicio del poder empresarial. III.A Usos de la inteligencia artificial para la gestión de la plantilla. III.B Alineación de poderes tecnológicos y empresariales. IV. La trascendencia de la regulación de la inteligencia artificial desde el Derecho del Trabajo. V. Una razón más: desactivar al neo-ludismo integrando sus reivindicaciones. VI. Un breve repaso por las propuestas y realidades normativas actuales. VII. Conclusiones: desafío(s) de la inteligencia artificial para el Derecho del Trabajo.*

Resumen: En la actualidad, la inteligencia artificial aplicada a la gestión laboral algorítmica conlleva un notable aumento de los poderes empresariales. A su vez, supone, por un lado, una afectación directa a la misión esencial del Derecho del Trabajo (el equilibrio de po-

deres de las partes de la relación laboral) y, por otro lado, el impacto directo en las condiciones laborales (y vitales, dada la centralidad del trabajo en nuestra sociedad) de las personas trabajadoras. Si bien la tecnología es una compañera permanente del Derecho del Trabajo, la disrupción tecnológica provocada por la inteligencia artificial parece haberse encontrado con una brecha regulatoria. No obstante, en este artículo se defiende la intervención activa del iuslaboralismo para garantizar unas condiciones de trabajo dignas, los derechos fundamentales de las personas trabajadoras e incluso la evitación de posiciones de rechazo frontal a la tecnología como el neo-ludismo.

Palabras clave. Inteligencia artificial; algoritmos; digitalización; Derecho del Trabajo; neo-ludismo;

Abstract: Currently, artificial intelligence applied to algorithmic labour management leads a significant increase in corporate powers. At the same time, it supposes, on the one hand, a direct impact on the essential mission of Labour Law (the balance of powers of the parties to the employment relationship) and, on the other hand, a direct impact on the working (and living, given the centrality of work in our society) conditions of workers. Although technology is a permanent companion of Labour Law, the technological disruption caused by artificial intelligence seems to have encountered a regulatory gap. Nevertheless, this article defends the active intervention of Labour Law in order to guarantee decent working conditions, the fundamental rights of workers and even the avoidance of positions of outright rejection of technology such as neo-luddism.

Key words: Artificial intelligence; algorithms; digitalisation; Labour Law; neo-luddism.

«Salvo que perezcamos, se piensa, tenemos que progresar y progresar... impelidos sin descanso por los procesos científico-tecnológicos y sus consecuencias¹».

I. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ÚLTIMO DESAFÍO TECNOLÓGICO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Como ha ocurrido con la tecnología durante toda su historia, los sistemas de inteligencia artificial en el presente no plantean uno, sino que plantean infinitos retos a todas las disciplinas jurídicas.

En el origen del Derecho del Trabajo se encuentra el conflicto social surgido como consecuencia del impacto en la esfera laboral de la revolución liberal burguesa y la revolución industrial. Por un lado, la burguesía rompió con las estructuras medievales logrando imponer un incipiente capitalismo como guía de desarrollo de la humanidad, mientras que, por otro lado, las innovaciones introducidas en la producción gracias a los inventos técnicos de la época marcarían el inicio de la búsqueda de una mejora constante del desarrollo tecnológico y el progreso económico que llega hasta nuestros días. Las consecuencias sociales de estos cambios, la división del trabajo, un proceso masivo de expulsión de mano de obra de la actividad productiva y la explotación sistemática del proletariado, terminaron por definir un escenario insostenible en el tiempo: «la cuestión social». Como protesta, surgió la reacción colectiva organizada de la clase trabajadora y con la finalidad de contenerla y canalizarla, así como determinar unas condiciones mínimas de trabajo, comenzó la intervención del Estado en las relaciones de producción a través de la promulgación de normas protectoras de las condiciones de vida y de trabajo del proletariado industrial.

Por lo tanto, la tecnología se encuentra en el origen de la disciplina jurídica laboral y la innovación tecnológica en la producción y organización del trabajo es una realidad consustancial² al devenir histórico de las relaciones laborales. La digitalización, proceso protagonista de la Cuarta Revolución Industrial, no es el primer cambio tecnológico que ha conocido el Derecho del Trabajo, sino que cada una de las innovaciones se han producido han provocado reconside-

¹ GRUNER, R., *Philosophies of History. A critical Essay*, Aldershot, 1985, pág. 89.

² TODOLÍ SIGNES, A., *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 58.

raciones y revisiones de la normativa laboral³. Así, de la misma manera que las consecuencias de la Primera Revolución Industrial dieron lugar al Derecho del Trabajo, los cambios que trae consigo la Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0, más que invitar, empujan a cuestionar instituciones básicas de la disciplina laboral.

II. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL MEDIANTE ALGORITMOS: LA TECNOLOGÍA PROTAGONISTA DE LA INDUSTRIA 4.0

II.A. La evolución tecnológica hasta la Industria 4.0

Se considera a la inteligencia artificial la tecnología protagonista de la Cuarta Revolución Industrial, cuyo origen se identifica en 1956, en la Conferencia de inteligencia artificial que tuvo lugar en el Dartmouth College. Sin embargo, no resulta tan fácil señalar una definición exacta de esta tecnología porque depende del enfoque desde el cual se pretenda alcanzar su esencia⁴. Bajo la etiqueta de inteligencia artificial se agrupa un conjunto heterogéneo de tecnologías y campos de investigación que varía en función de la amplitud de la definición que se adopte. El término inteligencia «artificial» implica una distinción con respecto a la inteligencia «natural», la propia de los seres humanos⁵, y pretende otorgar esa cualidad humana a un invento material fruto del esfuerzo informático porque produce resultados similares, incluso superiores en ocasiones como consecuencia de la potencia de la computación. En definitiva, se identifica aquí a esta tecnología como un intento artificial de imitar la inteligencia humana o como el despliegue de inteligencia en sustrato artificial⁶. No obstante, resultan interesantes las voces que proponen como más acertado no hablar de inteligencia, sino de programación⁷.

En la actualidad la inteligencia artificial se está construyendo mediante algoritmos que, en una sencilla abstracción, serían un conjunto de instrucciones u operaciones matemáticas orientados a obtener un cálculo o un resultado, bajo la premisa teórica de obtener res-

³ CRUZ VILLALÓN, J., «El Derecho del Trabajo ante la transformación digital», *Revista de Derecho Social*, núm.100, 2022, págs.141-170.

⁴ LÓPEZ ONETO, M., *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial. ¿Queremos seguir siendo humanos?*, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 39.

⁵ BARRIO ANDRÉS, M., «Inteligencia Artificial: origen, concepto, mito y realidad», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2022, pág. 18.

⁶ GARCÍA MEXÍA, P.; PÉREZ BES, F. (edits), *Artificial intelligence and the Law*, La ley Wolters Kluwer, 2021, pág. 22.

⁷ GARCÍA MONTERO, L., *La inteligencia artificial no existe*, 2022. <https://elpais.com/opinion/2022-01-09/la-inteligencia-artificial-no-existe.html>

puestas objetivadas frente a las estimaciones puramente intuitivas⁸. Pero no solo se trata de algoritmos, sino que el poder de los sistemas de inteligencia artificial implica la utilización conjunta de diferentes artilugios tecnológicos (sensores, wearables, programas informáticos, ingeniería robótica, etc) que suponen un impacto mayor en conjunto del que se obtendría con cada uno por separado, lo que precisamente es la nota característica de la Cuarta Revolución Industrial⁹. Por lo tanto, la tecnología que desafía al Derecho en la actualidad no es solo una máquina, es la utilización conjunta de nuevas construcciones materiales y de nuevos sistemas computacionales que se apoyan en datos para obtener información y comunicarse, por ello están considerados como el nuevo oro del siglo xxi.

Ya la Tercera Revolución Industrial alumbró muchas de las invenciones que han servido como base de la revolución actual con la incorporación de los sistemas informáticos, las telecomunicaciones avanzadas y el análisis de datos a los procesos de fabricación. Comenzaba una incipiente digitalización de las fábricas mediante la instalación de controladores lógicos programables en la maquinaria a fin de automatizar algunos procesos y recopilar datos. La Segunda Revolución Industrial se produjo cuando el petróleo empezó a competir con el carbón, mientras que la electricidad comenzaba a utilizarse como nueva fuente de energía para hacer funcionar los motores, encender las luces de las ciudades, proporcionar comunicación instantánea entre las personas y posibilitar la producción en masa gracias a la cadena de montaje. Inventos que continuaron el proceso que ya había comenzado con la Primera Revolución Industrial: el traslado de una parte del peso de la actividad económica del humano a la máquina. Fue entonces cuando se produjo el cambio en la producción por la introducción del movimiento mecánico y repetitivo proporcionado por el aprovechamiento de la energía de la naturaleza¹⁰ lo que aportó un *modus operandi* nuevo, superando así a la producción tradicional.

⁸ BAZ RODRÍGUEZ, J., «Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la IA en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva», *Revista Trabajo y Derecho*, n° 89, 1 de mayo de 2022, Wolters Kluwer, pág. 2.

⁹ Así lo fundamenta Klaus Schwab en sus ya más que de sobra conocidos tres argumentos: velocidad, amplitud y profundidad, e impacto de los sistemas, de manera que lo que parece disruptivo entonces no es la invención de una nueva tecnología *per se*, sino la circunstancia de aplicar todas las invenciones a la vez con la capacidad, al mismo tiempo, de reinventarse. SCHAWB, K., *La cuarta revolución industrial*, Foro Económico Mundial, 2016, pág. 9.

¹⁰ ARTOLA, M.; PÉREZ LEDESMA, M., *Contemporánea. La historia desde 1776*, Alianza Editorial, 2005, pág. 62.

Actualmente, observando (con toda la perspectiva posible) la Cuarta Revolución Industrial, es fácilmente constatable cómo el proceso de sustitución de trabajadores por máquinas ha alcanzado su máxima intensidad, hasta el punto de creer que el ser humano está intentando crear inteligencia en sustrato material. El objetivo empresarial que se persigue con esta tecnología es lograr una toma de decisiones más eficiente y una producción más rentable a través de la digitalización y automatización de procesos y a la extracción y análisis masivo de datos.

Así, la Revolución actual da paso a la Industria 4.0, término utilizado por primera vez por el Gobierno alemán para referirse a la «organización de los procesos de producción basada en la tecnología y en dispositivos que se comunican entre ellos de forma autónoma a lo largo de la cadena de valor¹¹» y que acoge a la fábrica inteligente o «smart factory» en la que los sistemas informáticos controlan los procesos, crean una copia virtual del mundo físico y toman decisiones descentralizadas basadas en mecanismos de autoorganización¹². No obstante, no es un modelo empresarial totalmente implantado, sino que nos encontramos en transición, en un modelo híbrido compuesto por las empresas analógicas que sobreviven, las que se van transformando y las empresas inteligentes que emergen.

II.B. Un paradigma tecnológico en instalación

Para entender por qué de algo material como la técnica pasamos a algo intangible o abstracto como las relaciones laborales tenemos que entender que una revolución no es solo un conjunto de tecnologías, sino un nuevo paradigma que cambia el sentido común y las formas de hacer¹³. Este nuevo «tecnoparadigma», en tanto que ventana conceptual a través de la cual interpretamos el mundo para comprenderlo y transformarlo, se apoya en una visión cibernética del mundo¹⁴. Actualmente, el «dataísmo¹⁵» asume que todo debe ser medido a través del dato y que ésta es la mejor herramienta para analizar la reali-

¹¹ SMIT, J. *ET AL.*, *Industry 4.0. Directorate General for Internal Policies*, European Parliament, Department A: Economic And Scientific Policy, 2016, pág. 22.

¹² *Ibid*, pág. 9.

¹³ Vid. PÉREZ, C., *Technological Revolutions and Financial Capital: The Dynamics of Bubbles and Golden Ages*, Elgar, 2002.

¹⁴ AGUILAR GORDÓN, F., «Reflexiones filosóficas sobre la tecnología y sus nuevos escenarios», *Sophia, Colección de filosofía de la educación*, núm. 11, 2011, págs.123-172.

¹⁵ SÁNCHEZ COTTA, A., «Dataísmo y transhumanismo. La pugna por la supremacía ideológica de la nueva normalidad», en BERMÚDEZ VÁQUEZ, MANUEL

dad, alejándonos del ser humano (y sus derechos) como centro de reflexión hacia una visión «aritmocéntrica» (y sus intereses) del mundo.

Aunque el auge de los algoritmos se asoció inicialmente al modelo de negocio de las plataformas de reparto como Deliveroo, JustEat o Glovo, en la actualidad son instrumentos de gestión capaces de aplicarse en cualquier tipo y modelo de actividad económica, por lo que su uso no se reduce exclusivamente a la economía de plataformas¹⁶. No obstante, el uso de los sistemas de inteligencia artificial es aún limitado en las empresas españolas¹⁷ a pesar de que el objetivo determinado por la Estrategia España Digital 2025 es lograr que el 25% del sector empresarial utilice alguna de las consideradas principales tecnologías de la Década Digital de la Unión Europea (inteligencia artificial, *big data* y *cloud computing*). Por el momento, el 11,8% utilizan inteligencia artificial o big data (3,5 puntos más que en 2021), y si se trata de microempresas, el porcentaje desciende hasta el 4,6% (1,1 puntos más que en 2021). En cuanto a los usos, el principal es destinar esa tecnología a la automatización de procesos y la ayuda en la toma de decisiones, a pesar de la gran diferencia de su uso entre sectores productivos.

Pero estos datos se contextualizan teniendo en cuenta que nos encontramos en una fase del proceso de instalación del tecnoparadigma¹⁸ asociado a la Revolución Industrial actual, por lo que el uso de la tecnología predominante no es homogéneo, sino incipiente todavía. Sin embargo, observando el escenario desde un gran angular, resulta ya muy difícil continuar sosteniendo la teoría de que gran parte del sistema de producción y gestión empresarial tradicional se mantendrá y coexistirá con el empleo del futuro, cuando la presión (desde el ámbito público y el privado) hacia la digitalización es tan evidente. Por este motivo se puede explicar la necesidad de transición desde posiciones de recelo al otorgamiento de atención del impacto de la tecnología digital y de la inteligencia artificial en el trabajo hacia la urgencia de colaborar —y reflexionar sobre la participación— en un

(coord.), *Luces en el camino: Filosofía y Ciencias Sociales para tiempos de desconcierto*, Dykinson, 2021, pág. 851.

¹⁶ MERCADER UGUINA, J. R., «En busca del empleador invisible: algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo», *El cronista: inteligencia artificial y derecho*, núm. 100, 2022, pág. 141.

¹⁷ SECRETARÍA DE ESTADO DE DIGITALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, *Tecnologías digitales en la empresa*. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es, 2023, pág. 6.

¹⁸ Vid. PÉREZ, C., *Revoluciones tecnológicas y capital financiero, la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza*, veintiuno, 2004.

diseño del nuevo modelo que no acentúe la desigualdad, la precariedad y el trabajo indecente.

III. LA GESTIÓN LABORAL ALGORÍTMICA Y SUS BENEFICIOS PARA EL EJERCICIO DEL PODER EMPRESARIAL

III.A. Usos de la inteligencia artificial para la gestión de la plantilla

La utilización empresarial del Big Data y la inteligencia artificial en la gestión del factor trabajo¹⁹ se ha materializado principalmente en lo que se denomina gestión laboral algorítmica o «algorithmic management», proceso que utiliza algoritmos y datos para seleccionar, dirigir, monitorizar y vigilar e incluso disciplinar a las personas trabajadoras²⁰.

Por un lado, este uso sirve al poder de control empresarial a través de instrumentos tecnológicos sofisticados de supervisión digital que mediante una inmensa recolección y procesamiento de datos personales de las personas que trabajan en la empresa facilitan la evaluación de su desempeño o de su capacidad profesional, facilitan el control disciplinario y tienen repercusiones relevantes cuando se aplican a la contratación y evaluación en el acceso al empleo²¹.

De hecho, se señala a la analítica de personas o «people analytics» como una herramienta muy potente para la empresa por su gran capacidad de análisis y corto espacio de respuesta²² en relación a la detección de perfiles de las personas trabajadoras. Tanto en el acceso al empleo como en la prestación de trabajo, si bien los datos sólo deben recopilarse en la medida en que sean pertinentes y deben ser tratados con el máximo respeto a la protección de datos personales, no son pocos los ejemplos conocidos en los que no se han observado las garantías debidas.

¹⁹ Vid. BAZ TEJEDOR, J.A., «Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible», en BAZ RODRÍGUEZ, J., *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial y Big data*, Wolters Kluwer, 2021, págs. 315-349.

²⁰ TODOLÍ SIGNES, A., *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, 2023, pág. 27.

²¹ BAYLOS, A., «La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 2022, págs. 95-113.

²² RIVAS VALLEJO, P., *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 137.

Por ejemplo, en el modelo analógico de empresa, el empleador podía tener conocimiento formal de la sindicalización de sus trabajadores con motivo del descuento de la cuota sindical en la nómina (Artículo 11.2, Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical), aunque dicha información no pueda ser utilizada para fines diferentes que éste, y menos en perjuicio de la persona trabajadora. En la actualidad, ya existen casos de empresas que utilizan algoritmos de extracción y procesamiento de datos a gran escala para la toma de decisiones sobre su plantilla, datos generados en el ámbito laboral, pero también externos. En estos casos, sin conocer la información directamente del descuento de la cuota sindical, el proceso de decisión puede contar igualmente con información del perfil sindical de la persona trabajadora y que esta información sea utilizada para tomar decisiones potencialmente discriminatorias. Por ejemplo, si decide que esa candidata no es la más apropiada para el puesto por su carácter reivindicativo o por contar con un número menor de horas trabajadas si tiene en cuenta el tiempo de ausencia de puesto de trabajo (por desempeño de labores sindicales), las relaciones afines entre trabajadores (con trabajadores notoriamente sindicalizados), la recepción de información sindical en sus correos corporativos, las conversaciones en el centro de trabajo sobre cuestiones sindicales, la asistencia y participación en actos sindicales...

En consecuencia, la inteligencia artificial mediante algoritmos que trate los datos de las personas trabajadoras o candidatas a un puesto de trabajo deberá estar diseñada de manera que no pueda utilizar la información sindical para tomar ninguna decisión. Es decir, el algoritmo deberá ser muy sensible y escrupuloso en el respeto a las normas de protección de datos personales en predicciones algorítmicas sobre el comportamiento futuro de las personas trabajadoras²³ para no convertirse en un «algoritmo antisindical²⁴».

Por otro lado, la modificación²⁵ del artículo 64.4.d) del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre

²³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 423, 2018, págs. 22 y 23.

²⁴ GARCÍA GARCÍA, A., «¿Algoritmos antisindicales?», en *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía social, 2022, págs. 1123 – 1140.

²⁵ Modificación realizada mediante Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

—en adelante ET) se recibió de buen agrado porque pretendía una ampliación del derecho de información y consulta de las personas trabajadoras y sus representantes respecto al uso de algoritmos en la gestión de la empresa. No obstante, no pocas voces²⁶ han sido críticas con esta nueva redacción y han señalado que antes de la reforma el derecho a la consulta en cuestión de algoritmos ya encajaba en el artículo 64.5 ET. En cambio, ahora coloca a la representación de la plantilla como un «simple receptor de la información facilitada por la empresa en cuanto al funcionamiento de los algoritmos, sin que el órgano de representación pueda interferir de alguna manera en la toma de decisiones sobre tal cuestión²⁷».

En este caso, la conducta perjudicial para la representación de las personas trabajadoras acontece cuando la empresa no da cumplimiento al simple deber de información de la utilización de la tecnología y de los datos extraídos con ella, pues ésta se convierte en una ventaja estratégica de poder y de consecuente debilitamiento de la participación de las personas trabajadoras en la empresa, e incluso, de la negociación colectiva. «No parece admisible que en la negociación de un convenio la posición de la empresa se vea respaldada por datos cuantitativos y no lo esté la de los trabajadores, porque estaríamos ante un nuevo desequilibrio de la relación laboral²⁸».

Como último ejemplo de las ventajas que esta tecnología puede proporcionar al ejercicio del poder empresarial, el hecho genérico incontrolado (lo podrá ser la cuantificación de la destrucción, creación o transformación del empleo, pero no del hecho en sí) de que las nuevas empresas digitales requieren una menor mano de obra en comparación con las empresas tradicionales, generando incluso mayores beneficios con un menor número de trabajadores. Consecuentemente, esto tiene un impacto directo en el equilibrio de poderes de las partes de la relación laboral cuando al reducir la masa laboral de

El apartado reza así: «d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles».

²⁶ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J. «Algoritmos y transparencia: ¿pueden mentir los números? Los derechos de información», *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 85, 2022.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ PROYECTO TECHNOS, *Inteligencia artificial y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales*, Cuatrecasas, Wolters Kluwer, 2018, pág. 174.

la empresa «se reduce el poder de negociación derivado de la alta sustituibilidad de una persona trabajadora por otra²⁹».

III.B. Alineación de poderes tecnológicos y empresariales

Desde una visión sociológica, la actividad tecnológica repercute en el progreso social y económico, pero su carácter comercial la direcciona hacia la satisfacción de deseos e intereses de grupos privilegiados, y éstos, en el contexto del conflicto intrínseco a las relaciones laborales, sabemos en qué posición se encuentran: «puede que las máquinas sean la canalización del poder humano, pero ese poder ha sido normalmente ejercido por los propietarios de las empresas, no por las personas empleadas para operarlas³⁰». En consecuencia, cuando el lucro es la finalidad principal de las actividades tecnológicas, el resultado inevitable es considerar a las personas como instrumentos, objetos o mercancías³¹.

Se ha señalado que la tecnología refuerza la posición del empresario al permitirle un ejercicio más rápido y eficaz en términos de eficiencia económica de sus poderes y libertades, debilitando, aún más, la posición de la persona trabajadora como titular de derechos fundamentales³²y, por lo tanto, acentuando la desigualdad entre las partes de la relación laboral. El «algorithmic management» refuerza el poder de dirección y de control sobre las personas trabajadoras (Artículo 20 ET) mediante técnicas que permiten extraer conocimiento (¿útil?) oculto³³valiéndose de un ingente conjunto de datos con el fin de establecer relaciones entre ellos e identificar patrones sobre los que los algoritmos arrojan sus conclusiones³⁴y confiarles la gestión del trabajo en beneficio del éxito empresarial.

²⁹ TODOLÍ SIGNES, A., *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, Cizur Menor, pág. 32.

³⁰ CARR, N., *Atrapados. Cómo las máquinas se apoderan de nuestras vidas*, Taurus, 2014, pág. 35.

³¹ AGUILAR GORDÓN, F., op.cit.

³² OLARTE ENCABO, S., «La aplicación de la IA a los procesos de selección del personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación», *Documentación laboral*, núm. 119, 2020, vol. I, págs. 79-98.

³³ HAJIAN, S; FERRER, J.D, «A methodology for direct and indirect discrimination prevention in data mining», *IEEE transactions on knowledge and data engineering*, vol.25, n.7, julio 2013, págs. 1445-1459.

³⁴ RIVAS VALLEJO, P., *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pág. 133.

En definitiva, es inevitable identificar como estrategia que subyace a la utilización de esta tecnología en el ámbito laboral a su uso como refuerzo de la posición del empresario, ya que le permitirle un ejercicio más rápido y eficaz, en términos de eficiencia económica, de sus poderes y libertades. Por ello, no se trata solo de proteger exclusivamente la intimidad de los datos (Artículo 20bis ET), sino de no perder de vista el aumento de prerrogativas de gestión empresarial a través de la tecnología³⁵ para que esta disciplina jurídica despliegue su función de reequilibrio de aquello que (ahora a través de la tecnología) el capital tiende a desequilibrar.

IV. LA TRASCENDENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

En la sociedad actual el trabajo es la actividad central de las personas en virtud de la cual obtienen recursos para satisfacer sus necesidades, se relacionan con el entorno y los demás seres humanos, se autorrealizan y reciben el reconocimiento social. Además, a pesar de la configuración del sistema de protección social, el trabajo otorga un estatus socio jurídico que determina el acceso o disfrute de unas prestaciones, bienes, atenciones o actitudes por parte del Estado y de la sociedad que se resienten en situación de desempleo. Si la tecnología de la inteligencia artificial puede provocar, por un lado, que cada vez sea necesario un número menor de trabajadores para producir los mismos bienes y servicios³⁶, y si, por otro lado, las condiciones laborales favorecidas por la tecnología de aquellos que mantienen sus empleos no respetan la dignidad humana, he aquí una razón por la que debe intervenir el Derecho del Trabajo también para garantía, no solo de un trabajo decente, sino también de una ciudadanía plena.

Lo que significa la «decencia social en la era de la digitalización y de la inteligencia artificial» requiere una reflexión profunda, máxime cuando el hombre tiende a diluirse en un mundo de datos e informaciones que resulta cada vez de más difícil control³⁷. Se suma entonces un argumento más para destacar el papel del isulaboralismo, no solo para cumplir con su función esencial, sino también para contribuir

³⁵ DE STEFANO, V., *Algorithmic management and collective bargaining*, ETUI, Brussels, 2021, pág. 6.

³⁶ RIFKIN, J., *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós, 1996, pág. 18.

³⁷ MERCADER UGUINA, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 157.

a la garantía de la dignidad de las personas trabajadoras. Como resultado: el Derecho del Trabajo como instrumento para garantizar la dignidad de la persona trabajadora en la era de la digitalización. Porque el trabajo «es la prolongación de la persona, es la persona en sí misma³⁸» y si aceptamos que al trabajo se le pueda aplicar cualquier tecnología en tanto que el empresario goza de libertad de empresa para gestionar su organización, entonces estaremos aplicando la tecnología a las personas.

La razón de ser, función esencial o misión del Derecho del Trabajo, la institucionalización o juridificación del conflicto social³⁹ intrínseco a las relaciones de poder en el trabajo, se traduce en la búsqueda de un equilibrio estructural entre los poderes empresariales y la libertad de empresa, de un lado, y de la necesaria protección de la parte débil de la relación laboral y la garantía de sus derechos básicos, de otro lado. Si bien la función tuitiva o protectora de las personas trabajadoras sigue siendo preferente, no es exclusiva, de manera que el Derecho del Trabajo no puede desatender a la función integradora, para generar una regulación jurídica de las relaciones de trabajo que también permita y estimule el desarrollo empresarial.

Precisamente, por la estrecha vinculación entre desarrollo empresarial e inteligencia artificial, ésta impacta directamente en la labor del Derecho del Trabajo, tanto en el plano teórico como práctico, y genera interesantes e importantes retos jurídicos porque altera la realidad material a la que el Derecho debe atender. No obstante, también son importantes los concretos desafíos a los institutos jurídicos básicos de la disciplina laboral: en la determinación del empleador, en el vínculo laboral o no en función de si están presentes las notas de laboralidad alteradas por las nuevas formas y condiciones de prestación del trabajo, en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, en las facultades de control y vigilancia de la plantilla, en la garantía de igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, en la garantía del ejercicio de los derechos de libertad sindical, etc. Son desafíos específicos que van encontrando respuestas parciales (desde el ámbito judicial más que regulativo) a medida que surgen los conflictos.

³⁸ SINZHEIMER, H., *La esencia del Derecho del Trabajo*, 1927, pág. 73.

³⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «La función y refundación del Derecho del Trabajo», recogido en *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Salamanca, 2004.

En definitiva, las dificultades surgidas como consecuencia de la introducción de la inteligencia artificial en la gestión laboral han cristalizado en un pequeño seísmo para un Derecho del Trabajo que en su vertiente más filosófica se ha replanteado su estructura analítica, su identidad, su propia justificación, sus presupuestos filosóficos, sus valores de referencia y sus políticas. No obstante, si el iuslaboralismo tiene claro como axioma principal que debe existir, solo debe ir resolviendo en una lógica coherente los desafíos concretos que se presenten en cada momento⁴⁰. Por lo tanto, su misión sigue vigente, solo que en una versión actualizada por las exigencias de la tecnología de la inteligencia artificial.

Ahora bien, nunca desaparecen las voces que pugnan por su desaparición, degradación y flexibilización en favor de una liberalización de las relaciones laborales que no constriña el crecimiento económico. Una narrativa constante que puede reforzarse a la luz de una ilusión tecnológica que lo impregna todo y nos hace querer más y que todo lo que dificulte ese «más» deba retirarse a un lado. Pero lejos de desvanecerse, el Derecho del Trabajo debe redoblar esfuerzos ante un contexto todavía más hostil ya que las amenazas a los derechos de los sujetos a quienes protege son más sutiles y peligrosas. Existen desde hace años normas sobre seguridad y salud en el trabajo para proteger a una persona trabajadora frente a los riesgos de la manipulación de mercancías pesadas, pero todavía no se sabe cómo proteger a una candidata de la discriminación algorítmica.

V. UNA RAZÓN MÁS: DESACTIVAR AL NEO-LUDISMO INTEGRANDO SUS REIVINDICACIONES

Ante los impactos negativos de la inteligencia artificial en el trabajo, resulta natural la desconfianza y rechazo a la tecnología. La rebelión ludita de principios del siglo xix se ha explicado históricamente como una reacción violenta a la introducción de las máquinas en sustitución de las personas trabajadoras. Es habitual señalar a este fenómeno como símbolo del atraso al asumir que «cualquiera que rechaza una nueva herramienta en favor de una más antigua es culpable de nostalgia o de tomar decisiones sentimentalmente en lugar de con la razón⁴¹». Pero un estudio en profundidad de este periodo histórico que combina otros enfoques ofrece alternativas plausibles a la interpretación del movimiento ludita como una protesta violenta frente

⁴⁰ PALOMEQUE, M. C., *op.cit.*

⁴¹ CARR, N., *op.cit.*, pág. 262.

a las máquinas: como forma de lucha por las condiciones sociales y profesionales de los trabajadores, con la lucha de clase de fondo. Es decir, no se ha dejado margen a la interpretación de que quizá este era el único mecanismo de protesta que tenía la clase obrera para forzar a los propietarios de las fábricas a mejorar sus condiciones, al menos en un primer momento de la protesta social en la que no había organizaciones sindicales que canalizaran el conflicto.

En la actualidad, ha resurgido este fenómeno identificado como neo-ludismo y autodefinido en su *Segundo Congreso Ludita* de 1996 como «un movimiento sin líderes, de resistencia pasiva al consumismo y a las tecnologías cada vez más extrañas y amenazadoras de la Edad Informática». Previamente, en 1990, vio la luz *Notas para un manifiesto neo-ludita*⁴² que defendía una interpretación del término como un movimiento social más que se rebela frente a lo establecido, de manera que «el progreso tecnológico y el tipo de tecnologías que se producen en nuestra sociedad no son simplemente «como son las cosas»».

Así, la visión actual del ludismo se desprendería así de las connotaciones conflictivas y violentas de sus orígenes, siendo el relato de la destrucción de las máquinas más un acto simbólico que literal, centrándose ahora en el gobierno de las decisiones sobre lo que se puede o no hacer con la tecnología y el control de los humanos sobre ella para salvaguardar los derechos de las personas y el bienestar de la sociedad. De hecho, los tres principios del neo-ludismo⁴³: (1) no se rechaza la tecnología, sino el mal uso que se hace de ella y que perjudica a la humanidad; (2) la tecnología es política: está al servicio del poder; (3) la visión personal de la tecnología es peligrosamente limitada: la tecnología tiene repercusiones sociales y ambientales, no se alejan tanto de la visión que muchos iuslaboralistas comparten sobre lo que debe ser el Derecho del Trabajo de la era digital.

En definitiva, la voluntad no es frenar una inevitable digitalización masiva del trabajo, sino gobernar esa transición justa a la digitalización poniendo en el centro del progreso los derechos de las personas trabajadoras: «el cambio no puede ocurrir accidentalmente, es importante que sea fruto de decisiones conscientes que respondan a una pregunta clara: no cuanto, sino qué tipo de trabajo queremos⁴⁴».

⁴² GLENDINNING, C., *Notes towards a neo-luddite manifesto, 1990*, pág. 3.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ ALOISI, A.; DE STEFANO, V., *Il tuo capo é un algoritmo, Tempi nuovi, 2020*, pág. 19.

VI. UN BREVE REPASO POR LAS PROPUESTAS Y REALIDADES NORMATIVAS ACTUALES

En todos los documentos regulativos de la inteligencia artificial se encuentran referencias a la necesidad de respetar la cautela sobre regular los efectos de una tecnología que aún no ha terminado de despegar y que, por tanto, no podemos proyectar los miedos y dificultar el desarrollo tecnológico sobre el que se propone sustentar el progreso de la humanidad para no «mortificar el espíritu innovador y provocar pérdidas económicas⁴⁵». No obstante, teniendo en cuenta que el ámbito laboral es un espacio especialmente proclive a albergar vulneraciones de derechos fundamentales de manera «analógica» —y las que ya se han identificado en el ejercicio del «poder empresarial tecnológico»— la inacción puede generar consecuencias individuales y sociales irreparables y contribuir a las actitudes de rechazo a la tecnología anteriormente descritas.

El panorama regulativo actual en el ámbito comunitario se describe por un extenso número de publicaciones de carácter político o programático principalmente, con el objetivo de orientar la dirección de la digitalización y la aplicación de la inteligencia artificial, mientras que tan solo existen por el momento algunos instrumentos regulativos vigentes y varios proyectos en marcha. Así, desde la Unión Europea se propone una visión de la inteligencia artificial no como un fin en sí mismo, «sino un medio prometedor para favorecer la prosperidad humana y mejorar el bienestar individual y social y el bien común, además de traer consigo progreso e innovación⁴⁶», cuyo objetivo debe ser el de «mejorar las capacidades de las personas, no sustituirlas⁴⁷».

Sintetizando ese aparente enfoque humanista, la Comisión Europea propuso en 2021 la «Industria 5.0»: un marco interpretativo de referencia basado en un paradigma tecnológico centrado en las personas a través del uso de la nueva tecnología que defiende una interacción más intensa entre lo tecnológico y lo humano, hablando de «humanismo tecnológico» o «visión antropocentrista» de la tecnología, luego de reconocer que «durante sus diez años de vida, la Industria 4.0 se ha centrado menos en los principios originales de equidad

⁴⁵ *Ibid.* pág. 14.

⁴⁶ GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, COMISIÓN EUROPEA, *Directrices éticas para una IA fiable*, 2019, pág. 5.

⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Bruselas COM (2019) 168 final, pág. 3.

social y sostenibilidad, y más en la digitalización y las tecnologías impulsadas por la IA para aumentar la eficiencia y la flexibilidad de la producción⁴⁸».

No obstante, por el momento son notablemente superiores los instrumentos programáticos respecto de los vinculantes en cuanto al desarrollo tecnológico y económico basado en la tecnología, de manera que se ha señalado que el escaso marco normativo en la actualidad, especialmente en el ámbito laboral, se encuentra ante una «dilación temporal» o «brecha regulatoria»⁴⁹. Es decir, las relaciones laborales se han tornado en los últimos años más complejas, fluidas y cambiantes ante unas estrategias empresariales innovadoras y globales que superan fronteras, mientras que las normas que regulan este espacio no se han modificado a la misma velocidad.

Comenzando un breve repaso por el ámbito general, el primer paso significativo, tras diferentes pronunciamientos desde la Comisión Europea poniendo el foco de atención en la necesidad de crear un marco regulatorio de las nuevas tecnologías, fue el *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos— RGPD)*, cuyo axioma consiste que las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales⁵⁰. Por ello, se considera a este instrumento como una «imprescindible brújula jurídica» llamada a guiar la configuración del futuro digital en Europa⁵¹, junto a la Estrategia Europea para los Datos. En España, esta materia ha sido desarrollada por la elogiada *Ley Orgánica 3/2018, de 5*

⁴⁸ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, BREQUE, M., DE NUL, L., PETRIDIS, A., *Industry 5.0: towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, Publications Office, 2021, pág. 8.

⁴⁹ DEL REY GUANTER, S., «El Estatuto de los Trabajadores ante el impacto de las tecnologías disruptivas en la organización del trabajo y en las relaciones laborales: una aproximación general», en AEDTSS, *Estatuto de trabajadores, 40 años después: XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ponencias, Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, pág. 109.

⁵⁰ Considerando 7 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

⁵¹ BAZ RODRÍGUEZ, J., «Los derechos digitales de la ciudadanía laboral en la era postpandémica. Coordenadas institucionales y perspectivas de futuro (¿inmediato?)», en BAZ RODRÍGUEZ, J. (Dir), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, IA y Big data*, Wolters Kluwer, 2021, pág. 23.

de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), y en concreto, el artículo 88 del Reglamento se ha traducido en la creación de cinco derechos digitales en el ámbito laboral, recogidos en los artículos 87 a 91: derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso de dispositivos digitales en la empresa, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos, y ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, derecho a la desconexión digital y una última previsión de garantías adicionales por parte de la negociación colectiva.

Respecto a la regulación de la IA, en 2018 vio la luz la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (Bruselas, COM (2018) 237 final) Inteligencia artificial para Europa* con la doble finalidad de potenciar la capacidad tecnológica e industrial de la UE y garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado basado en los valores de la Unión y en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Previamente, el Parlamento Europeo formuló recomendaciones de amplio alcance sobre *Normas de Derecho civil referidas a la robótica, Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))*.

Un año después, tras la creación en 2018 del Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, se publicó el documento: *Directrices para una IA fiable*, en 2019, de cuyo contenido cabe destacar la consideración de la inteligencia artificial, no como un fin en sí misma, sino como un medio para la prosperidad humana sobre la base de los Derechos Fundamentales y de una inteligencia artificial fiable: «lícita, robusta y ética».

Recientemente ha entrado en su fase final de adopción la que se ha denominado «Ley de Inteligencia Artificial», un *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, Bruselas, 21.4.2021 COM (2021) 206 final*, que con un enfoque horizontal establece los requisitos mínimos necesarios para subsanar los riesgos y problemas de la inteligencia artificial sin obstaculizar el progreso tecnológico.

Descendiendo ya al ámbito laboral, han visto la luz varios documentos de distinta naturaleza jurídica que persiguen orientar el uso y aplicación de los sistemas de inteligencia artificial en el espacio de prestación de trabajo y organización de la empresa. Desde el diálo-

go social, el AMED⁵²(*Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización*), suscrito en 2020, persigue, entre otros objetivos, el fomento de la digitalización, pero con la participación de los agentes sociales en su gobernanza con la finalidad de lograr una transición consensuada. En 2021, la Comisión Europea publicó «*Industria 5.0. Hacia una industria europea sostenible, antropocéntrica y resiliente*», en la que presenta el «humanismo tecnológico» como nuevo paradigma en la industria que debe poner en el centro de proceso de producción a la persona trabajadora y contar con su participación en el diseño e implementación de la inteligencia artificial. Finalmente, en este nivel, se presentó la propuesta de *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas*, (Bruselas, 9.12.2021 COM (2021) 762 final), ya como enfoque normativo sectorial con la finalidad de mejorar las condiciones laborales y sociales de este colectivo de trabajadores, fomentando el diálogo social e introduciendo derechos relevantes en materia de información y consultas.

Sobre regulación algorítmica, España cuenta por el momento con solo dos disposiciones expresas: *el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales* y el artículo 22 del *Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE*.

Recientemente ha sido aprobado el *Real Decreto por el que se aprueba el estatuto de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA)*, prevista ya por la Disposición Adicional centésima trigésima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en 2022, España se convierte en el primer país europeo en tener un órgano de estas características y se anticipándose a la entrada en vigor de (la propuesta de) Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, para encargarse de la «supervisión, el asesoramiento, la concienciación y

⁵² El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización fue suscrito entre la Confederación Europea de Sindicatos (y el comité de enlace EUROCADRES/ CEC) y las organizaciones representativas de las empresas que operan en el ámbito europeo: BusinessEurope, la más general, SMEunited, que agrupa empresas públicas y prestadoras de servicios públicos, y CEEP, que integra PYMES. Sobre esta cuestión, *vid.* GOERLICH-PESET, J.M, «El acuerdo marco europeo sobre digitalización», *Revista de Documentación Laboral*, núm. 122, Vol. I, 2021, págs. 49-57.

la formación dirigidas a entidades de derecho público y privado para la adecuada implementación de toda la normativa nacional y europea en torno al adecuado uso y desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial, más concretamente, de los algoritmos» y la finalidad última de minimizar los riesgos que trae consigo esta nueva tecnología y el adecuado desarrollo y potenciación de los sistemas de inteligencia artificial⁵³.

Por último, debido a la particularidad de la disciplina jurídica laboral que otorga a las organizaciones sindicales y empresariales el poder de autorregulación y de control del cumplimiento de sus normas y del respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, se considera clave la intervención sindical en la regulación de la inteligencia artificial aplicada a la esfera laboral. En la medida que creamos que se puede participar de una transición justa a la digitalización, el papel de la representación colectiva de las personas trabajadoras pasa por intervenir en la garantía del respeto a los derechos fundamentales, a la igualdad y la no discriminación en la utilización de las nuevas tecnologías, siendo «la participación de los sindicatos de clase es una condición necesaria para el gobierno democrático de los procesos de transición a la economía y sociedad digitales⁵⁴».

No obstante, tal y como se ha mencionado *ut supra*, no parece muy acertado el espacio diseñado por la última redacción del artículo 64 ET, configurando el control algoritmo como derecho de información y no de consulta. Así, del cumplimiento de estos derechos depende el éxito de la estrategia sindical, la efectiva participación de los trabajadores en la empresa, el control del cumplimiento de las normas, y, en definitiva, la defensa de los derechos de las personas trabajadoras.

VII. CONCLUSIONES: DESAFÍO(S) DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

Al tiempo que desde una visión más liberal de las relaciones laborales se acusa al Derecho del Trabajo de excesivo intervencionismo, también se señala desde sectores más protectores la pasividad ante los riesgos de la inteligencia artificial para los derechos de las personas trabajadoras. No obstante, «en *La Tierra es de día y de noche a la vez*»,

⁵³ Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial, «BOE» núm. 210, de 2 de septiembre de 2023.

⁵⁴ CCOO, *Reforzar la participación sindical para una transición justa a la digitalización*, Secretaría de acción sindical, pág. 4.

por lo que en el equilibrio se encuentra el éxito de su misión. Si bien el Derecho del Trabajo persistirá como cuerpo normativo en tanto su función integradora sigue siendo requerida por el sistema productivo⁵⁵, en tiempos de cambios bien está reflexionar —y de hecho debe hacerse— sobre las modificaciones necesarias para adecuar la legislación laboral a la realidad empresarial y laboral. Ahora bien, se ha señalado que lo adecuado es debatir sobre los concretos cambios y no sobre lo que el Derecho debe ser, pues de eso no hay duda⁵⁶. Su origen, su trayectoria y las necesidades actuales dan buena cuenta de lo que el iuslaboralismo ha sido, es y seguirá siendo, pues mientras haya un conflicto que canalizar, una parte débil a la que proteger y unos poderes e intereses contrapuestos que equilibrar, habrá Derecho del Trabajo.

Junto al cambio climático, la globalización y la erradicación de las desigualdades, la tecnología forma parte de los principales desafíos actuales a los que el Derecho debe atender para ser útil. «La auténtica falacia sentimental es suponer que lo nuevo siempre está mejor adaptado a nuestros propósitos e intenciones que lo viejo. Lo que hace a una herramienta superior a otra no tiene nada que ver con su novedad, lo que importa es cómo nos agranda o empequeñece⁵⁷».

Se han recogido varios ejemplos de cómo la utilización de la inteligencia artificial puede implicar el reforzamiento del poder empresarial, por lo que los actores que intervienen en las relaciones laborales deben poner atención en la toma de decisiones sobre lo que se puede o no hacer para garantizar los derechos laborales. Así, la tutela colectiva deviene aún más importante al tener que desarrollarse en un contexto de reforzamiento del poder empresarial⁵⁸ mientras que el Derecho debe redoblar esfuerzos y responder con inteligencia humanista tanto a los desafíos teóricos que cuestionan al iuslaboralismo como disciplina como hasta el último de los retos prácticos que encuentre en su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Gordón, Foralba, «Reflexiones filosóficas sobre la tecnología y sus nuevos escenarios», *Sophia, Colección de filosofía de la educación*, núm. 11, 2011, págs. 123-172.

⁵⁵ PALOMEQUE, M. C., *op.cit.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ CARR, N., *op.cit.*, 262.

⁵⁸ *Vid.* SÁEZ LARA, CARMEN, «Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales», *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 40 (2), 2022, 283-300.

- Aloisi, Antonio; de Stefano, Valerio, *Il tuo capo é un algoritmo, Tempi nuovi*, 2020.
- Artola, Miguel; Pérez Ledesma, Manuel, *Contemporánea. La historia desde 1776*, Alianza Editorial, 2005.
- Barrio Andrés, Moisés, «Inteligencia Artificial: origen, concepto, mito y realidad», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2022.
- Baylos, Antonio, «La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 2022, págs. 95-113.
- Baz Rodríguez, Jesús, «Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la IA en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva», *Revista Trabajo y Derecho*, nº 89, 1 de mayo de 2022, Wolters Kluwer.
- , «Los derechos digitales de la ciudadanía laboral en la era postpandémica. Coordinadas institucionales y perspectivas de futuro (¿inmediato?)», en Baz Rodríguez, Jesús (Dir), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, IA y Big data*, Wolters Kluwer, 2021.
- Baz Tejedor, José Antonio, «Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible», en Baz Rodríguez, Jesús, *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial y Big data*, Wolters Kluwer, 2021, págs. 315-349.
- Carr, Nicholas, *Atrapados. Cómo las máquinas se apoderan de nuestras vidas*, Taurus, 2014.
- CCOO, *Reforzar la participación sindical para una transición justa a la digitalización*, Secretaría de acción sindical.
- Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Bruselas COM (2019) 168 final.
- Cruz Villalón, Jesús, «El Derecho del Trabajo ante la transformación digital», *Revista de Derecho Social*, núm.100, 2022, págs. 141-170.
- De Stefano, Valerio, *Algorithmic management and collective bargaining*, ETUI, Brussels, 2021.

- Del Rey Guanter, Salvador, «El Estatuto de los Trabajadores ante el impacto de las tecnologías disruptivas en la organización del trabajo y en las relaciones laborales: una aproximación general», en AEDTSS, *Estatuto de trabajadores, 40 años después: XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ponencias, Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020.
- European Commission, Directorate-General For Research And Innovation, Breque, M., De Nul, L., Petridis, A., *Industry 5.0: towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, Publications Office, 2021.
- García García, Ana, «¿Algoritmos antisindicales?», en *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía social, 2022, págs. 1123 – 1140.
- García Mexía, Pablo; Pérez Bes, Francisco (edits), *Artificial intelligence and the Law*, La ley Wolters Kluwer, 2021.
- García Montero, Luís, *La inteligencia artificial no existe*, 2022. <https://elpais.com/opinion/2022-01-09/la-inteligencia-artificial-no-existe.html>
- Glendinning, Chellis, *Notes towards a neo-luddite manifesto*, 1990.
- Goerlich-Peset, José María, «El acuerdo marco europeo sobre digitalización», *Revista de Documentación Laboral*, núm. 122, Vol. I, 2021.
- Gorelli Hernández, Juan. «Algoritmos y transparencia: ¿pueden mentir los números? Los derechos de información», *Revista Trabajo y Derecho*, núm.85, 2022.
- Gruner, Rolf, *Philosophies of History. A critical Essay*, Aldershot, 1985.
- Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, Comisión Europea, *Directrices éticas para una IA fiable*, 2019.
- Hajian, S; Ferrer, J.D, «A methodology for direct and indirect discrimination prevention in data mining», *IEEE transactions on knowledge and data engineering*, vol.25, n.7, julio 2013, págs.1445-1459.
- Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garan-

- tizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, «BOE» núm.233, de 29 de septiembre de 2021.
- Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, «BOE» núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.
- López Oneto, Marcos, *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial. ¿Queremos seguir siendo humanos?*, Tirant lo Blanch, 2020.
- Mercader Uguina, J.R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2022.
- , «En busca del empleador invisible: algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo», *El cronista: inteligencia artificial y derecho*, núm. 100, 2022.
- Olarte Encabo, Sofía, «La aplicación de la IA a los procesos de selección del personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación», *Documentación laboral*, núm. 119, 2020, vol, I, págs. 79-98.
- Palomeque López, Manuel C., «La función y refundación del Derecho del Trabajo», publicado en *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2000, 21-31, y recogido en *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Salamanca, 2004.
- Pérez, Carlota., *Revoluciones tecnológicas y capital financiero, la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza*, Siglo veintiuno, 2004.
- , *Technological Revolutions and Financial Capital: The Dynamics of Bubbles and Golden Ages*, Elgar, 2002.
- Proyecto Technos, *Inteligencia artificial y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales*, Cuatrecasas, Wolters Kluwer, 2018.
- Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial, «BOE» núm. 210, de 2 de septiembre de 2023.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

- Rifkin, Jeremy, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós, 1996.
- Rivas Vallejo, Pilar, *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- Rodríguez Escanciano, Susana, «El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 423, 2018.
- Sáez Lara, Carmen, «Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales», *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 40 (2), 2022.
- Sánchez Cotta, Agustín, «Dataísmo y transhumanismo. La pugna por la supremacía ideológica de la nueva normalidad», en Bermúdez Vázquez, Manuel (coord.), *Luces en el camino: Filosofía y Ciencias Sociales para tiempos de desconcierto*, Dykinson, 2021.
- Schwab, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, Foro Económico Mundial, 2016.
- Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, *Tecnologías digitales en la empresa*. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es, 2023.
- Sinzheimer, Hugo, *La esencia del Derecho del Trabajo*, 1927.
- Smit, Jan et al., *Industry 4.0*, Directorate General For Internal Policies Policy Department A: Economic And Scientific Policy, European Parliament, 2016.
- Todolí Signes, Adrián, *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, 2023.
- , *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

JUSTICIA RESTAURATIVA UNA APROXIMACIÓN PENITENCIARIA

RESTORATIVE JUSTICE A PENITENTIARY APPROACH

Gustavo Gómez Liñares¹

Sumario: *I. Introducción. II. Reparación del daño como obligación legal y derecho de reparación de la víctima: II.1. Obligación legal de reparar el daño. II.2. Derecho de reparación de la víctima. III. Posibilidad de una justicia restaurativa en la normativa penal. IV. La justicia restaurativa como vía de reinserción. IV.1. Justicia restaurativa o tratamiento penitenciario restaurativo. IV.2. Consecuencias jurídicas para el penado derivadas de la participación en actividades y programas de justicia restaurativa. V. Límites de la justicia restaurativa. V.1. Limitaciones de la justicia restaurativa. V.2. Límites legales. V.3. Límites en relación a la víctima. V.4. Límites en relación con el victimario. V.5. Supuestos especiales. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

Resumen: Este ensayo busca explorar y poner de relieve el potencial reinsertador de la aplicación de acciones de justicia restaurativa en el tratamiento penitenciario de los internos de las Instituciones Penitenciarias, así como la inclusión de los intereses de las víctimas y sus necesidades en la búsqueda de una solución definitiva para el conflicto social surgido del delito. La diferenciación entre la Mediación Penal y el Tratamiento Penitenciario Restaurativo, así como la distinción entre el daño reparable en el proceso penal y el daño sufrido por la víctima, deben ser el punto de partida para el diseño y aplicación de

¹ Licenciado en Derecho, Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias.

acciones concretas y específicas destinadas a la superación del daño causado por la acción delictiva.

Palabras clave: Víctima, victimario, justicia restaurativa, reparar el daño, reinserción, Tratamiento Penitenciario

Abstract: The essay seeks to explore and highlight the reinsertion potential of the application of Restorative Justice actions in the Penitentiary Treatment of the inmates of the Penitentiary Institutions, as well as the inclusion of the interests of the victims and their needs in the search for a definitive solution to the social conflict arising from the crime. The differentiation between Criminal Mediation and Restorative Penitentiary Treatment, as well as the distinction between reparable damage in criminal proceedings and the damage suffered by the victim, should be the starting point for the design and application of concrete and specific actions aimed at overcoming the damage caused by the criminal action.

Key words: Victim, offender, restorative justice, repair the damage, reinsertion, penitentiary treatment.

I. INTRODUCCIÓN

Toda sociedad establece mecanismos de control social tendentes a evitar aquellos comportamientos considerados perniciosos o peligrosos para la propia existencia de aquella. De estos medios de control, el Derecho Penal es el más formalizado de todos², y a través del cual el Estado ejerce el *ius puniendi* para la defensa de aquellos bienes jurídicos para los que el Legislador estima precisa la mayor de las protecciones³, y ello mediante la aplicación de sanciones a aquellas acciones u omisiones reputadas como lesivas.

En este punto, estas sanciones a las que se ha hecho alusión, vendrían entendidas como un mal orientado a la prevención de delitos futuros, especialmente en un Estado moderno⁴ en el que la pena sólo

² Jescheck, *Das neue deutsche Strafrecht*, Rev. Ciencias Jurídicas [Costa Rica], n° 41 [1980], p. 14 sin entrar a valorar las distintas concepciones teóricas que pretenden encontrar explicación a la existencia misma del control social, es comúnmente aceptado que el Derecho Penal es sólo uno más de los mecanismos de control social.

³ En las sociedades democráticas el Legislador actúa, o pretende actuar, en la defensa de los intereses de los grupos mayoritarios, aunque no es este el análisis que se pretende en esta disertación.

⁴ Mir Puig, S., *Derecho Penal*, PG, Barcelona, 1990, PPU, pág. 54. El autor defiende las Teorías Relativas de la pena, afirmando que el Derecho sólo se puede justificar como medio para asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses, lo

es ideológicamente aceptable si está orientada a un fin colectivamente deseable⁵. El fin ulterior de la pena es, precisamente, el núcleo central de construcción doctrinal de las Teorías relativas de la pena, donde conceptos como la prevención general y la prevención especial⁶ constituyen los ámbitos proposicionales precursores de la noción de justicia restaurativa.

Se impone, por tanto, un enfoque pedagógico de la ejecución penal⁷ que a través de la intimidación, la corrección y la certeza de la imposición de la pena pretende la implementación de aquel, a la que se une la aparición de la justicia restaurativa para cobra una nueva dimensión preventiva y reeducadora de la pena.

La pedagogía de la pena viene a encajar a la perfección en el texto y el espíritu del artículo 25.2 de la Constitución según el cual «*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social (...)*», o dicho de otro modo, deben tener vocación de modificar profundamente el entramado motivacional⁸ de quién se encuentra sometido a ellas.

Es aquí donde la justicia restaurativa ofrece una vía de reinserción y reeducación del victimario, ofreciendo ventajas adicionales⁹ en relación a otras herramientas de intervención postdelictuales, puesto que contribuye a la reparación del daño causado a la víctima y a recomponer la convivencia social rota después del delito.

Colocar la restitución moral de la víctima en el centro de las políticas públicas penitenciarias, permite a la Institución Penitenciaria ofrecer un mejor servicio a la sociedad al contribuir más eficazmente a la solución de los conflictos que nacen del hecho delictivo, al tiempo que permite a los profesionales penitenciarios un conocimiento

que precisamente es el punto de ruptura con las Teorías Absolutas o de Retribución de la pena. Mientras las Teorías retribucionistas pretenden castigar un mal con otro mal (pena), las Teorías relativas buscan mirar a futuro y encontrar una utilidad a la pena, esa utilidad es la prevención general y especial, de modo que la pena sólo se legitima si tiende al logro de un fin que es la prevención del delito.

⁵ Grotius, *De iure Belli ac Pacis*, 1625, pag. 49

⁶ Desde un punto de vista positivo, la prevención general está orientada al fomento de unos valores concretos en el grupo social al que se dirige la norma penal. Desde un punto de vista negativo, la prevención general pretende constituirse en fuerza intimidadora y disuasoria de aquellos comportamientos contrarios al canon.

⁷ Jescheck, H. (1993). *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4ª ed Pág. 59

⁸ La motivación es aquello que determina o explica la razón por la que, las personas o los animales, inician, continúan o abandonan un determinado comportamiento en un momento concreto.

⁹ Es de esperar una menor tasa de reincidencia en quienes culminan programas de reparación a las víctimas primarias o secundarias de los delitos.

integral del fenómeno, lo que sin duda redundara en una mejora de la calidad del Servicio Público.

La justicia restaurativa que se explora en éste artículo pretende abordar la utilidad de programas de mediación entre víctima y ofensor en el ámbito penitenciario y con la vista puesta en el aprovechamiento de los factores reinsertadores presentes en el victimario, e incluir a la víctima y a la sociedad¹⁰ también en esta fase de ejecución.

II. REPARACIÓN DEL DAÑO COMO OBLIGACIÓN LEGAL Y DERECHO DE REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA

II.1. Obligación legal de reparar el daño

La obligación legal de reparar el daño causado nace de diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, así el artículo 1902 del Código Civil establece que quién *«por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño»*, ya en el ámbito penal el Capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal, bajo la rúbrica *«De la responsabilidad civil y su extensión»* comienza con un artículo 109.1 que dispone que *«La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados»*. Y para ilustrar el contenido de esta responsabilidad el artículo 110 señala que el ofensor es responsable civilmente de: *«1º la restitución, 2º la reparación del daño y 3º la indemnización de perjuicios materiales y morales»*.

La redacción dada por el Legislador a estos preceptos parece orientada a la satisfacción monetaria del daño de la víctima, y desde luego el artículo 115 del Código Penal parece abundar más en este remedio cuando señala: *«Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución»*.

Es fácil concluir, a la vista de las normas transcritas, que nuestro ordenamiento jurídico considera tendencialmente que la mejor reparación del mal sufrido para la víctima, es la entrega de una cantidad

¹⁰ La apertura de las prisiones a la sociedad es precisamente una de las novedades incluidas en el Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

monetaria que compense «todos» los perjuicios sufridos¹¹. No obstante, esta opción presenta claras fisuras en el ámbito de la reparación de la víctima y aun de la solución del conflicto social nacido del hecho delictivo.

La valoración que la víctima hace del daño sufrido es siempre subjetiva, y rara vez se ve psicológica o emocionalmente satisfecha con la reparación que el sistema de justicia penal le proporciona desde criterios pretendidamente «objetivos», y en muchas ocasiones prescindiendo de la opinión de quién ha sufrido un daño patrimonial o moral, o dicho de otro modo, un sistema judicial diseñado para servir de canal de ejercicio del *ius puniendi*¹² del Estado¹³, tendencialmente ignorante de la víctima, y que sólo desde hace unas pocas décadas se plantea cuestiones como la adecuada reparación a la víctima¹⁴, lo que delata que no es un sistema legal en condiciones de colmar la necesidad de reparación de la víctima. Como señalara el prestigioso jurista Sánchez de la Torre «*Incluso en nuestros días hay una gran distancia entre los sentimientos individuales de reparación y de venganza sean conceptos que nada tengan en común entre sí, de tal modo que se pretende que todo pensamiento civilizado debe tener tales conceptos por nociones muy diferentes una de otra*»¹⁵.

No se pretende, justificar el sentimiento de venganza de la víctima, pero las palabras de Sánchez de la Torre dejan patente lo alejado que ontológicamente se encuentra el sistema de justicia penal en España y en el resto del mundo occidental, de las necesidades de la víctima, y no es sino en las últimas décadas en que tímidamente empieza a

¹¹ Esta concepción es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico y hunde sus raíces en el Derecho Romano, que en tiempos de la República aportaría la «Acción Aquiliana» como mecanismo legal para resarcir el daño provocado por culpa o negligencia del autor en determinados delitos y que hoy encuentra acomodo en el artículo 1902 del Código Civil.

¹² Rifá Soler, Richard González, Riaño Brun «Derecho procesal penal» (2006) Gobierno de Navarra. pág 49

¹³ Frente al interés privado que se hace valer en la jurisdicción civil, el proceso penal tiene como fin el ejercicio del *ius puniendi* del Estado para reestablecer el orden jurídico público mediante la imposición de una pena, es decir, no se pretende reparar un daño sufrido por la víctima sino restaurar el orden público.

¹⁴ Los primeros ejemplos de lo que se daría en llamar justicia restaurativa en el marco de una solución alternativa de conflictos fueron en el ámbito de la jurisdicción de menores en Canadá a principios de los años 70 tomando como referencia sistemas tradicionales de resolución de conflictos de las tribus indígenas locales. El sistema recibe el nombre de «Victim-Offender-Mediation» <https://www.courts.ca.gov/documents/VictimOffenderMediation.pdf>.

¹⁵ Sánchez de la Torre, A., «Desde la Justicia de la venganza hasta la Justicia Civil. Reflexiones sobre Esquilo» Revista General de Legislación y Jurisprudencia. N° 259 septiembre 1986 pág 356

avanzarse en el sentido de lograr conciliar, mediante la justicia restaurativa, la necesidad de reparación de la víctima y la comunidad con el imprescindible ejercicio del *ius puniendi*, se trata en definitiva, de añadir a ese «*pensamiento civilizado*» la necesaria orientación humanista que dé una solución real al conflicto social nacido del delito.

El desarrollo del concepto de «daño moral» puede ofrecer un punto de partida adecuado para dimensionar el ámbito de la cuestión desde un punto de vista jurídico, conceptual e incluso actuarial para la psicología y otras disciplinas, un concepto, el de «daño moral» que no es pacífico ni en su definición ni en su cuantificación. Tradicionalmente se ha identificado el concepto con aquellos perjuicios infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica¹⁶, sin embargo, la falta de una concreción adecuada en el Código Civil¹⁷, ha obligado a los órganos judiciales a ofrecer una solución casuística al problema, cabe mencionar a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2015, que viene a considerar que deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los bienes o derechos sobre los que recaiga la acción dañosa «*aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secundariamente una traducción económica*».

Se desprende de lo dicho, que el acento de la labor indemnizatoria de la responsabilidad civil que se reconoce a lo largo del procedimiento penal, está en el daño patrimonial, puesto que la intangibilidad del daño moral, su subjetividad y la dificultad probatoria del mismo, cercenan grandemente las posibilidades de una reparación adecuada de éste. Esto se hace especialmente visible, si tenemos en cuenta, que en no pocas ocasiones, la «satisfacción» que la víctima precisa, desea o necesita, no es de naturaleza económica, muy al contrario, frecuentemente es de tipo emocional¹⁸, o incluso una necesidad de materialización de un ideal propio de «justicia», de sentido de rectitud.

¹⁶ De Ángel Yáñez, R. «Tratado de responsabilidad civil» Civitas 1993 Madrid pág 675, definición de sobre daños morales.

¹⁷ Aunque se consideran incluidos en los daños y perjuicios a los que alude el art 1101 del Código Civil.

¹⁸ La zozobra que siente la víctima de un robo en casa habitada, por ejemplo, el sentimiento de inseguridad íntima que puede padecer quién ha sido atacado en el interior de su casa, no se repara con una indemnización dineraria, sino con otro tipo de acciones que deberán valorarse individualmente, pero que por el momento rara vez encuentran eco en la respuesta que las Administraciones Públicas ofrecen.

Así pues, el concepto de daño moral empleado en el seno del proceso judicial es necesariamente diferente al empleado en el ámbito de la justicia restaurativa, especialmente si nos centramos en una justicia restaurativa «penitenciaria»¹⁹. Si en el procedimiento judicial el daño moral al igual que cualquier otro, debe ser probado de manera indubitada en toda su extensión, en el ámbito de la justicia restaurativa, allí donde existe una víctima se presupone la existencia de algún daño, y nace la necesidad de reparar el mismo.

La forma de lograr este objetivo dependerá en gran medida del hecho delictivo sufrido por la víctima, de sus circunstancias psicosociales, su madurez emocional, su emotividad, de sus apoyos familiares y de los medios de los que dispongan los Servicios Públicos y de las técnicas empleadas para abordar el problema, y debe estar claramente alejada del mercadeo procesal que desemboca en la «conformidad» de una sentencia penal. Es en este apartado donde la Institución Penitenciaria tiene la oportunidad de brindar un servicio restaurador a la víctima, explorar una vía de reinserción para los victimarios quienes tras haber realizado un trabajo de comprensión y reparación de la víctima estarán en mejores condiciones para evitar los comportamientos lesivos.

Llegados a este punto, debemos analizar las vías de abordaje de la problemática presente en la víctima concreta, individualizando la respuesta reparadora, procurando evitar una revictimización y maximizando la protección a la misma.

En este sentido, y dada la enorme casuística que puede presentarse tanto en la figura del victimario como de la víctima, la legislación a este respecto y aun los procedimientos de actuación concretos deben ser necesariamente abiertos y flexibles en favor de maximizar la adaptabilidad de los mismos a la variabilidad de la realidad a la que se pretende dar solución.

II.2. Derecho de reparación de la víctima

Llegados a este punto, y para configurar el punto de partida legislativo sobre el que debe construirse la práctica de la restauración de las víctimas, debe citarse la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se estable-

¹⁹ Aquella justicia restaurativa en la que la reparación de la víctima y la «sanación» del ofensor se logra en un proceso restaurativo desarrollado íntegramente en fase de ejecución penal y posterior a la sentencia.

cen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que ofrece definiciones y parámetros mínimos comunes a todo el espacio comunitario, esta norma vino a recoger y ampliar el contenido de Directivas anteriores²⁰, y que fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 4/2015 de 27 de abril, de Estatuto de la víctima de delito, que siendo el primer texto normativo de nuestro ordenamiento que hace referencia expresa al concepto de «justicia restaurativa», y que a su vez ha sido desarrollada reglamentariamente por RD 1109/2015 de 11 de diciembre.

Esclarecedor es el primer párrafo del Preámbulo de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima de delito cuando señala que la finalidad de la norma es *«ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal»*, pese a la ausencia de carácter normativo del Preámbulo es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de la norma²¹, claramente inspirador y que permite entender la voluntad del Legislador. En este caso, y con este pequeño fragmento que se reproduce, encontramos ya el norte que debe guiar la acción de la Institución Penitenciaria al diseñar programas o acciones transversales²² de justicia restaurativa para incluir la reparación de la víctima y de respuesta al conflicto social derivado del delito.

Entrados ya en el articulado de la Ley 4/2015, no podemos olvidar que supone la transposición de la norma comunitaria, por lo que se

²⁰ Refunde y amplía las Directivas 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y la 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, así como la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

²¹ En este sentido, y entre otras muchas, cabe citar la STC 36/81 de 12 de noviembre en su FJ7, o la STC 150/1990 de 4 de octubre de FJ2

²² Como se propone a lo largo de este artículo, las acciones tendentes a culminar la restauración de la víctima en el interior de los centros Penitenciarios, no pueden entenderse de manera independiente de los programas concretos de tratamiento sobre cada tipología de victimario ni de reinserción de las etiologías delictivas presentes. Muy al contrario, las acciones restaurativas sólo son la culminación de aquellos programas de intervención, que tras ofrecer a la víctima y al victimario una comprensión íntima de las causas del delito, permiten obtener un cierre psicológico a un conflicto con profundas consecuencias emocionales.

nace profundamente condicionada por ésta al ofrecernos las definiciones jurídico-naturales de partida²³ de la realidad que viene regular.

Así la norma ofrece un concepto general de víctima en el artículo 2 cuando señala como «*victima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito*», de esta definición se desprende ya que el reconocimiento de la condición de víctima es más amplia que en la normativa penal y no depende del castigo al victimario concreto, es decir, la víctima, lo es por haber sufrido un daño físico, patrimonial, moral y/o emocional derivado de un ilícito penal, sin importar que ese ilícito pueda o no atribuirse a persona concreta, lo que por otra parte, excluye a las personas jurídicas, comunidades o agrupaciones de personas del concepto de víctima, todo ello en línea con la definición de víctima que ofrece el artículo 2 de la Directiva Comunitaria objeto de transposición ya citada.

Más adelante el mismo precepto también en línea con la Directiva Comunitaria, habla de «*víctima indirecta para los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se trate de los responsables de los hechos: 1º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. 2º En el caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima*». Esta definición, debe entenderse a nuestro parecer, limitativa sólo a efectos de eventuales indemnizaciones pecuniarias, pero no a efectos terapéuticos, puesto que debe acudir al caso concreto para conocer la amplitud y profundidad de la

²³ Ciertamente no es ortodoxo que las normas incorporen definiciones concretas de los elementos que regulan, no obstante, es de agradecer para atajar conflictos interpretativos futuros que aquellas normas que regulan fenómenos recientes, novedosos o que vienen a ampliar el campo jurídico en los términos que señalaran Pierre Bourdieu y Gunther Teubner en su obra «La fuerza del derecho».

victimización y la necesidad de reparación, cuyos necesitados pueden no encajar en la delimitación legal²⁴.

En el artículo 3 de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito se cita entre otros derechos la protección, información, apoyo, asistencia y reparación y el acceso a la justicia restaurativa por un periodo adecuado después de la conclusión del procedimiento penal, y con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso, con las limitaciones que veremos más adelante. Innova la norma en nuestro ordenamiento al citar por primera vez la cuestión de la justicia restaurativa, superando la tradicional alusión a la mediación penal entre víctima e infractor, poniendo de relieve la desigualdad moral entre la posición de ambos y orientando la actividad de los Servicios Públicos no sólo a la reparación material de la víctima sino también a su curación moral, bajo tres únicas premisas inamovibles, por un lado el consentimiento informado de la víctima y la evitación de cualquier nuevo riesgo para la misma, y por otro el reconocimiento del contenido esencial de aquél comportamiento dañino del victimario.

Para materializar la efectividad del acceso a los Servicios Públicos de justicia restaurativa, especialmente en un campo de acción de nueva apertura como éste, es precisa una acción decidida de información²⁵ a las víctimas para dar a conocer la posibilidad de acceso a estos servicios de justicia restaurativa. En este apartado, y tras haber afirmado más arriba que el procedimiento penal se desarrolla en gran medida de espaldas a la víctima, es obligado señalar la practica total ausencia de la figura de la víctima en la fase de ejecución penal, donde es una figura preterida en la legislación y la practica penitenciaria²⁶, por tanto, deben articularse los mecanismos²⁷ que permitan a los profesionales de los Equipos Técnicos de los Centros Penitenciarios y a

²⁴ Pensemos por ejemplo en el sentimiento de culpa, la zozobra o los miedos que pueden aboradar a quién pierde un avión que finalmente termina estrellándose por un acto terrorista, desde diversos puntos de vista, no se le puede considerar víctima, pero desde un punto restaurativo si puede encajar en el perfil al que puede ser útil la acción terapéutica.

²⁵ Art 5 Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima de delito que regula el derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes.

²⁶ Tan sólo puede señalarse la obligación de poner en conocimiento de las FyCSE y de las víctimas la puesta en libertad de determinados perfiles de delincuentes, sin que exista intervención de ningún tipo de esta en la toma de decisiones en relación con el tratamiento penitenciario del victimario.

²⁷ Mecanismos de todo tipo, reglamentarios, económicos pero fundamentalmente formativos para modificar la cultura organizacional de la Institución Penitenciaria y reorientarla para que incluya la posibilidad restaurativa de la víctima en la ecuación reinsertadora del interno.

las ONGs especializadas en mediación y justicia restaurativa accionar sobre aquellas situaciones, escasas²⁸, donde esta nueva técnica tenga una ventana de oportunidad.

Se prevé que las víctimas «podrán acceder a servicios de justicia restaurativa²⁹», y atendiendo a la casuística que se presenta ante la justicia penal, puede estar plenamente justificada esta regulación, pero dadas las peculiaridades del tratamiento penitenciario y el hermetismo que preside ciertos aspectos de la Institución penitenciaria, consideramos deseable una actividad proactiva de contacto con las víctimas para conocer sus necesidades pendientes de solución en relación con el hecho delictivo, y de prospección entre los victimarios para conocer aquellos que tras realizar los programas de tratamiento pertinentes, estén maduros para el participar en algún tipo de acción reparadora, bien directamente con su víctima, bien con las víctimas de otros. La casuística es casi infinita, por lo que, el estudio caso por caso y una mentalidad orientada a la aplicación de la justicia restaurativa serán determinantes en el logro de resultados positivos.

Otro concepto de enorme relevancia para la práctica forense recogido en la norma es el de «victimización secundaria»³⁰, y que consiste en, citando a Antonio Beristain en «*aquellos daños o perjuicios psicológicos, sociales y judiciales producidos con posterioridad al delito*»³¹ pero derivados de uno u otro modo de éste, no es la única definición ofrecida desde la doctrina, pero su tenor literal incluye de facto la situaciones en las que por diferentes motivos pueden las Instituciones Penitenciarias y el entorno social herir nuevamente a quién ha padecido el delito. Se habla también en la doctrina de victimización terciaria referida al daño que sufriría el victimario en lo que excede el estricto contenido de la pena³². Precisamente, para facilitar el empleo de estrategias más eficaces, junto a las categorizaciones citadas existen otros constructos conceptuales que permiten segmentar la victimización según el contexto en el que ésta se produce, así, podemos distinguir victimización intrafamiliar, victimización de género o victimización comunitaria entre otras muchas, todas ellas no con-

²⁸ La justicia restaurativa es una herramienta necesariamente limitada a casos muy determinados de víctimas, y de victimarios que en ningún caso puede pretender generalizar su acción, por el riesgo de desvirtuarse y perder su sentido.

²⁹ Art 15 Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

³⁰ La victimización secundaria se cita en la Exposición de Motivos, y en los artículos 19 y 28 de la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito.

³¹ Beristarain Ipiña, A. «Criminología y Victimología», Leyer (1999) pág 135

³² Referido a la afectación de sus relaciones familiares, a los efectos nocivos en sus relaciones personales o incluso los eventuales daños psicológicos derivados del internamiento en prisión.

templadas en la normativa que se viene señalando, pero que deben ser tenidas en cuenta por dos razones, la primera, porque la normativa no las excluye, y la segunda por su utilidad en el abordaje de una problemática esencialmente casuística, que frecuentemente precisa de «soluciones a medida», siendo estas definiciones generalizaciones útiles para establecer categorizaciones de programas de intervención adecuados.

Después de lo dicho hasta el momento, y en orden a valorar la posible victimización secundaria por el efecto que puede causar en la víctima el devenir penitenciario de su victimario, no debe ser desdeñado desde los servicios públicos y las ONGs, que de uno u otro modo buscan la reinserción de presos, la sensación de decepción e injusticia, de agravio comparativo o de abandono entre otras, que puedan sentir las víctimas de delito, y no deben desdeñarse si se quiere alcanzar una solución al conflicto social que nace del delito. Víctima y victimario deben, por tanto, hallar un nivel suficiente de aceptación de su nueva situación y, si es posible, restaurar el equilibrio previo, como únicas vías para superar o sobrellevar el daño padecido en el caso de la víctima, y de alcanzar una verdadera reinserción a la sociedad en el caso del victimario.

Mención merece en este apartado, por ser la terminología empleada en la Orden de Servicio 2/2022 de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social relativa al «Procedimiento de actuación en justicia restaurativa, en el ámbito penitenciario» los conceptos de «víctima directa»³³, «víctima indirecta»³⁴ y «víctima no vinculada» como la persona afectada por la lesión de bienes jurídicos similares a aquellos dañados por el delito cometido.

La justicia restaurativa, así planteada, y la encomienda que supone su asunción para la Institución Penitenciaria, no es en absoluto sencilla, ni debe esperarse que sea una solución para todas las víctimas ni para todos los victimarios, pero como se desarrollará a lo largo de este texto, sí debe ser un objetivo necesario para cumplir el mandato del artículo 25 de la Carta Magna y materializar una verdadera reeducación y reinserción social de los sentenciados como dispone el artículo primero de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En definitiva, la justicia restaurativa viene a constituirse en una metodología de solución de conflictos que implica a la víctima, al ofensor, a la comunidad y las Instituciones Públicas que pretende en

³³ Toda persona que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio.

³⁴ Los familiares o allegados de las víctimas directas.

primer lugar la sanación moral de la víctima y secundariamente la restauración de la paz social dañada por el delito, y es aquí donde la Institución Penitenciaria puede encontrar un nuevo campo en la mejora de la calidad del Servicio Público y de cumplimiento efectivo del mandato constitucional.

III. POSIBILIDAD DE UNA JUSTICIA RESTARUATIVA EN LA NORMATIVA PENAL

Las Instituciones Penitenciarias tienen, como es sabido, la misión de dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 25.2, de alinear las penas y medidas privativas de libertad con la reeducación y reinserción social, y en este cometido las vías de reparación del daño y de justicia restaurativa tienen un campo de acción apenas explorado y de un potencial nada desdeñable aunque, eso sí, no omnicomprendivo de todas las realidades individuales existentes entre la población reclusa³⁵.

Partiendo de esta premisa, las prácticas restaurativas encuentran sustento normativo en el artículo 90.2 del Código Penal que, para las penas privativas de libertad, contempla la posibilidad de que las personas condenadas a privación de libertad participen en programas de reparación a las víctimas con resultado o valoración favorable como requisito para la obtención de la libertad condicional adelantada. Se abre así una ventana a la implementación de acciones de naturaleza restaurativa, en aras a promover la asunción del delito y la responsabilidad por el delito cometido, el reconocimiento del daño causado a la víctima y abrir la posibilidad de reparación a la víctima y la sociedad.

El artículo 49 del Código Penal, por su parte, y respecto de las penas y medidas comunitarias, recoge la posibilidad de aplicar la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad (TBC) para el castigo de delitos leves y menos graves, presentan especial interés en materia de

³⁵ La obligación de la Institución Penitenciaria de explorar la aplicabilidad de los programas de tratamiento y, por tanto, las iniciativas de justicia restaurativa en relación con todos y cada uno de los individuos sometidos a la relación de especial sujeción penitenciaria, no puede llevar a olvidar que los programas de justicia restaurativa son especialmente exigentes en lo que a limitaciones legales de acceso, y circunstancias personales de víctima y victimario se refiere, lo que determina que necesariamente, y por su propia naturaleza, las acciones restaurativas solo terminarán aplicándose a internos perfiles muy concretos y a víctimas muy determinadas, seleccionados unos y otros de manera muy cuidadosa para no solo lograr el resultado deseado, sino para evitar aumentar arbitraria e innecesariamente el dolor de las víctimas.

aplicabilidad de acciones de justicia restaurativa en la medida en que se pueden imponer a los condenados la participación en actividades de utilidad pública con la intención de generar en estos conciencia del daño que han causado. Estas actividades que son el núcleo del cumplimiento de la pena, y que deben ser voluntariamente aceptadas por el victimario, pueden consistir en tareas relacionadas con la reparación del daño causado o en la asistencia a las víctimas, o en la realización de talleres específicos vinculados con la naturaleza del delito cometido, es decir se abre así para los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, un terreno propicio para la aplicación de programas directamente encaminados a que el victimario pueda comprender el daño realizado con sus acciones.

Por su parte el artículo 84.1 del Código Penal contempla la posibilidad de suspender la ejecución de la pena impuesta condicionado la misma al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en un proceso de mediación, no obstante, en nuestra opinión ésta referencia del Código Penal, debe entenderse como un proceso previo a la Sentencia, y por tanto anterior y ajeno a la intervención de la Institución Penitenciaria, sujeto a su propia dinámica interna donde las Instituciones Judiciales, el Ministerio Fiscal, la víctima y el victimario³⁶ pueden tener, y de hecho tienen frecuentemente intereses ajenos a los puramente restaurativos³⁷. En este mismo sentido, y con las mismas enmiendas, es posible citar el artículo 83.1.6^a del Código Penal que prevé que *«El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte*

³⁶ No es desdeñable el incentivo negociador que supone el artículo 21.5^a del Código Penal que cita como circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral.

³⁷ Ya se ha hecho referencia a la cuestión de la preterición de la víctima en el proceso penal, cuyos padecimientos consecuencia del hecho delictivo frecuentemente son ignorados y pretendidamente reparados con una suma dineraria que en no pocas ocasiones nunca llega a satisfacerse por un victimario insolvente, olvidando la reparación de cualquier otro tipo de daño. El victimario por su parte, tiene como aliciente en la mediación penal, la consecución de un mejor resultado que el posiblemente obtenible en un juicio, lo que supone que su voluntad es minimizar el daño que previsiblemente deberá padecer como retribución al hecho delictivo cometido, quedando muy frecuentemente lejos de su pensamiento una voluntad real de asumir el daño causado y reparar a la víctima, con lo que la efectividad de esta mediación en la resolución del conflicto social derivado del delito, es cuando menos irrisoria. La otra pieza fundamental, en la transacción penal es el Ministerio Fiscal, que, por exceso de volumen de trabajo, despersonalización de la labor en relación con la víctima, o por presión estadística por la resolución de casos, busca un acuerdo rápido y no un acuerdo reparador, lo cual una vez más viene a desvirtuar el potencial de la Justicia Restaurativa.

necesario para evitar el peligro de la comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados: (...) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares».

Es, por tanto, en fase de ejecución penal y penitenciaria donde, además de encontrar el campo natural de acción de la Institución Penitenciaria, encontramos el verdadero y menos desarrollado campo de acción para una justicia restaurativa real y eficaz, que aporte una verdadera solución reparadora para la víctima, y un victimario verdaderamente reinsertado a la sociedad.

Precisamente, al objeto de cubrir esta brecha y aprovechar el potencial reeducativo y reparador que caracteriza la pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad (TBC) y de las penas privativas de libertad, por la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se ha dictado la Orden de Servicio 2/2022 para desarrollar en el ámbito penitenciario la implementación de la justicia restaurativa, en línea con el desarrollo del artículo 15 de la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima y las últimas reformas del Código Penal³⁸, y dar así amparo normativo y homogeneidad actuarial a diversas acciones subsumibles dentro del concepto de justicia restaurativa que se vienen desarrollando de manera aislada en algunos Centros Penitenciarios nacionales³⁹.

En la Orden de Servicio 2/2022 se señalan como los procesos restaurativos desarrollados hasta el momento son: el «Taller Diálogos Restaurativos: Responsabilización y Reparación del Daño»⁴⁰, y los «Encuentros Restaurativos»⁴¹, los cuales se enmarcan en un módulo

³⁸ Entre las más importantes la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo.

³⁹ Existen protocolos de actuación en los Centros Penitenciarios de Sevilla y Burgos con internos en 2º grado de clasificación, y en el Centro de Inserción Social de Valladolid, y es conocida la llamada «Vía Nanclares» desarrollada en el Centro Penitenciario de Nanclares De La Oca con internos que habían cometido sus crímenes en el seno de la banda terrorista ETA. Ya en 2005 surge el proyecto de Mediación Penitenciaria que pretende adaptar la mediación al contexto penitenciario, También en 2005 la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos inició en el Establecimiento de Madrid III Valdemoro un programa de mediación que se extendería a otras prisiones y que poco a poco se extendería a otros Centros Penitenciarios españoles.

⁴⁰ Documentos penitenciarios N°23 Taller de diálogos restaurativos Responsabilización y Reparación del Daño.

⁴¹ Documentos Penitenciarios N°24 Intervención en Justicia Restaurativa. Encuentros Restaurativos Penitenciarios.

específico de intervención dentro de otro programa de tratamiento y como parte integrante de éste.

Por otra parte, y no debemos olvidar que el primer objetivo de la justicia restaurativa es la reparación a la víctima, el Legislador a previsto la participación de la misma en determinados momentos relevantes del proceso de ejecución penal, así el artículo 13 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito, prevé que las víctimas que así lo hubieran solicitado deberán ser notificadas y podrán recurrir los autos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria autorizando la posible clasificación del penado en tercer grado antes de extinguida la mitad de la condena en el supuesto de determinadas figuras delictivas, también podrán recurrir según el mismo precepto» (...) *El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal*», así como «*el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión*»; junto a estas facultades también se reconoce la posibilidad de interesar la imposición al liberado condicional de determinadas medidas o reglas de conducta.

Esta aportación legislativa, con ser positiva en la medida que incorpora la posibilidad de que la víctima tenga voz en la ejecución de la pena, debiera haber sido, en nuestra opinión, acompañada de la previsión legal igualmente clara para facilitar la participación activa de la víctima en el proceso de reinserción del victimario, bien de manera directa, o bien a través de asociaciones de víctimas.

IV. LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO VÍA DE REINserCIÓN

IV.1. Justicia restaurativa o tratamiento penitenciario restaurativo

Vista la orientación del artículo 25.2 de la Carta Magna, ya visto más arriba, es interesante analizar el acomodo normativo que puede tener el añadir una perspectiva restaurativa a la ejecución penal, en

este sentido es interesante lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que afirma que *«el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados»*, para añadir posteriormente que *«El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general»*, precisamente en este último inciso, encontramos una redacción que permite un perfecto acomodo para las iniciativas y actividades encaminadas a la implementación de la justicia restaurativa en el ámbito penitenciario.

Por su parte, el Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario en su artículo 110 en relación con los elementos del tratamiento penitenciario nos señala que *«para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria: (...) b) utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en el comportamiento delictivo anterior»*, también aquí parece tener buen encaje una perspectiva restaurativa en la aplicación de los programas de intervención sobre las carencias de los internos, no obstante, dada la naturaleza fundamentalmente reparadora para la víctima que pretende la justicia restaurativa, debemos tener presente que la práctica de los programas de implementación de esta deben, en primer lugar y por encima de todo, asegurar la indemnidad, la protección y la «curación» de la víctima.

Vistas las iniciativas nacionales e internacionales en la materia que se viene glosando, la ya citada Orden de Servicio 2/2022 señala, en el ámbito territorial de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias las vías de aplicación de esta novedosa herramienta de reinserción, no obstante, es preciso el establecimiento de Protocolos y Acuerdos de Cooperación con el Consejo General del Poder Judicial y con los Servicios de Atención a las Víctimas de delito de las distintas administraciones en orden a establecer cauces seguros⁴² para las víctimas.

⁴² Es imprescindible establecer vías de contacto con las víctimas que ofrezcan a esas las garantías suficientes de que no habrá una nueva revictimización al participar en programas de esta naturaleza en la interacción con los victimarios dependientes de la Institución Penitenciaria. La falta de estas garantías y seguridades desvirtuaría

Entre tanto, y para homogeneizar las intervenciones en este campo, se han publicado dos documentos penitenciarios, el primero, el Documento Penitenciario 23 del «*Taller de Diálogos Restaurativos: Responsabilizarían y Reparación del Daño*» como material abierto al acceso de cualquier profesional penitenciario o no que participe de la implementación de acciones de justicia restaurativa en ambientes penitenciarios. En este Documento se desgana el funcionamiento del *Taller* de su rúbrica remarcando el trabajo de empatía y responsabilización que debe realizar el penado que a la vez tiene la oportunidad de obtener un beneficio personal de su participación, tanto desde el punto de vista psicosocial⁴³ como penitenciario. Así configurado este *Taller* establece un marco de trabajo grupal y posteriormente individual que sirve al penado para, desde una perspectiva íntima y voluntaria, una mejor comprensión del daño causado con su acción a la víctima y a la sociedad, que al tomar conciencia plena de ello permite al penado retornar transformado a su entorno social en mejores condiciones de reinserción.

Por otro lado, el Documento 24 de «*Encuentros Restaurativos Penitenciarios*» ofrece una metodología de trabajo en la ejecución de encuentros restaurativos entre víctima y victimario en el ámbito penitenciario. Se ofrecen en este caso parámetros de actuación sobre penados a medida comunitaria y a condenados a pena privativa de libertad incluidos los liberados condicionales, exigiéndose en primer lugar la voluntariedad y cierto nivel de evolución emocional y personal en el victimario⁴⁴, que le permita estar motivacional y emotivamente preparado para una interacción adecuada, bien con su víctima directa, con víctimas indirectas o con víctimas vinculadas⁴⁵. Pese a lo dicho, el Documento 24, tan sólo presenta la estructura básica del contenido de las sesiones a realizar por la víctima y el victimario, y ello ante la

cualquier iniciativa de Justicia Restauradora, frustrando a medio plazo el éxito de las mismas.

⁴³ La oportunidad de comprender el resultado de las acciones propias y de los efectos que causa en otros, es sin duda un elemento de crecimiento personal que tiene su reflejo en la superación de carencias previas, que han podido tener repercusión en la génesis del comportamiento delictivo.

⁴⁴ La Teoría Integradora de Farrington, dentro de las llamadas Teorías de las etapas vitales, vincula la aparición y mantenimiento en el tiempo de comportamientos de tipo antisocial o delictivo, con factores psicosociales que afectan de diferente manera a la conducta de las personas a lo largo de sus etapas vitales, y que por tanto determinan en mayor o menor grado su propensión al delito pero también su inclinación a participar en programas de reinserción.

⁴⁵ Víctimas vinculadas son aquellas personas físicas afectadas por otros victimarios y lesionadas en bienes jurídicos similares a aquellos a los que afectó el penado encartado en el proceso restaurativo.

carencia de protocolos adecuados para el acceso a las víctimas que garanticen la privacidad e indemnidad de las mismas, pero también como consecuencia de la enorme variabilidad de circunstancias que pueden aparecer ligadas a los intervinientes y que hacen inabarcable un protocolo omnicompreensivo de tan abigarrada casuística.

En suma, los procesos restaurativos que se esbozan en los documentos penitenciarios aludidos (el 23 y 24) pretenden articular un proceso de sanación emocional, en la medida de lo posible, que permita a la víctima y al victimario culminar un proceso de introspección, que permita alcanzar un mínimo de paz interior en cada uno de ellos que suponga la superación, si ello es posible, del dolor causado por el delito.

Dicho de otro modo, podemos configurar las intervenciones restaurativas como procesos terapéuticos, que tras la adecuada sucesión de rituales⁴⁶ y acciones simbólicas⁴⁷ lograrían facilitar a los participantes un cierre terapéutico⁴⁸ que les permita superar el daño causado por la acción delictiva y el dolor físico y emocional subsiguientes. Un cierre emocional y terapéutico posible, es el «perdón» o no, entendido en este entorno como un acto de liberalidad de la persona que pide perdón y de quién decide si perdona o no, es decir, tras un proceso terapéutico y tratamental de interacción entre el facilitador⁴⁹ con víctima y victimario, primero de manera individual y posteriormente, si procede de manera grupal se propicia una evolución en la situación psicosocial de aquellos, que al alcanzar un punto de maduración adecuado permite, en el mejor de los casos, alcanzar una solución sanadora para la víctima, y emocionalmente liberadora para el victimario.

⁴⁶ Laso Ortiz, E. «Los rituales terapéuticos familiares en clave emocional, 2: pasos para conseguir y ejecutar un ritual» *Revista REDES* (33), 9-26 (2016): un ritual es una secuencia de acciones simbólicas, engarzadas en una metáfora fundacional y realizadas en una atmosfera pregnante, que sirve para evocar y canalizar un conjunto complejo de emociones de modo que pervivan en la vida cotidiana (más allá del espacio y tiempo ritual) y modifiquen la experiencia emocional de sus participantes y, a través de ello, su conducta y cognición en relación con un problema y tema determinado.

⁴⁷ Las acciones simbólicas son aquellas que desde un punto de vista natural, social y/o cultural evocan en quienes en sus destinatarios realidades comunes a los individuos intervinientes pero diferentes de los elementos que en si mismos constituyen el símbolo.

⁴⁸ El cierre terapéutico debe entenderse como el punto culminante de un proceso terapéutico en el que la persona sometida a terapia alcanza el sentimiento de haber terminado el camino señalado en su proceso de curación, viene a constituirse en el sello simbólico que cierra el tiempo de terapia.

⁴⁹ Es un tercero entrenado en la mediación, e imparcial aceptado como interlocutor por todas las partes.

Así analizada la realidad de la justicia restaurativa, es fácil concluir la identidad de razón⁵⁰ existe entre ésta figura y el Tratamiento Penitenciario, y reconocer la subsunción de aquella en este, lo que legal y conceptualmente permite incorporar y dimensionar dentro de la Institución Penitenciaria y su Carta de Servicios⁵¹ programas de restauración de las víctimas, que indisolublemente tendrán reflejo en la mejora de las posibilidades de reinserción de los internos participantes.

IV.2. Consecuencias jurídicas para el penado derivadas de la participación en actividades y programas de justicia restaurativa

Debe quedar patente, que el centro de cualquier proceso restaurativo debe ser la sanación de la víctima y su reparación hasta donde sea posible, como se desprende a lo largo de todo el texto de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre que crea específicamente las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

Aunque la participación del ofensor, no puede en el ámbito penitenciario ser condicional ni mucho menos esperar contraprestación de ningún tipo, ni beneficio penitenciario o regimental alguno, lo cierto es que la evolución positiva que tiene un interno que culmina exitosamente un proceso de esta naturaleza, merece y debe ser tenida en cuenta por los órganos de decisión de la Administración Penitenciaria y también por los órganos judiciales que controlan la ejecución de las sentencias. Y ello, no por un ejercicio de voluntariosa bonhomía, sino que la legislación penal y penitenciaria contemplan a la justicia restaurativa como una herramienta que posibilita otras vías de cumplimiento del mandato constitucional del artículo 25.2 de reinserción social. Así el artículo 90.2 del Código Penal establece que la participación en programas de reparación del daño debe valorarse para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional, incluso en relación con delitos de terrorismo; en el artículo 90.8 del Código Penal, por su parte, se reconoce efectos benéficos al penado si existe una petición de perdón expresa a las víctimas, petición de perdón que

⁵⁰ Por analogía.

⁵¹ Carta de servicios consultada en fecha 05.08.2023 en la página web que siguiente: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/atencion-al-ciudadano/Carta_de_servicios_2021-2024_Servicios_de_Gestion_de_Penas_y_Medidas_Alternativas_126210319.pdf

debe valorarse como real y constructiva si es la culminación de un procedimiento restaurativo.

El artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en el mismo sentido, incluye como requisito para la clasificación y progresión al tercer grado «*reparar el daño*» llegando incluso a hacer una referencia a la petición «*expresa de perdón a las víctimas de su delito*» en reos por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

En el artículo 106 del Reglamento Penitenciario, preceptúa que la evolución en el tratamiento penitenciario debe determinar una nueva clasificación del interno, si esa evolución tiene un carácter positivo en la modificación de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, entonces habrá de tener como consecuencia una progresión en el grado de clasificación penitenciaria, que a salvo del cumplimiento de los demás requisitos, y de los eventuales periodos de seguridad que se recogen en el Código Penal, puede determinar la excarcelación, de quién, en lo que interesa a la materia de esta glosa, hubiera participado con aprovechamiento en programas de reparación a las víctimas. Esto debe ser así, en la medida en que, a través de la reparación de las víctimas, el victimario culmina el proceso psicológico de maduración que se inició con la toma de conciencia de sus responsabilidades y de las consecuencias de sus actos, y a través de ello y de la interacción con su víctima o con las víctimas de delitos similares a los cometidos por el reo, se logra en cierta medida la sanación de ambos⁵². El citado artículo 106 y añade que «*la progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, (...)*», junto a estas variables, que pueden estar directamente ligados a programas de tratamiento entre los que encajan los referidos a la justicia restaurativa, existen otros requisitos vinculados a la clasificación inicial o la progresión al tercer grado, cuales son el compromiso de pago de la responsabilidad civil, el mantener una buena conducta penitenciaria, lo cual, consiste en no tener incidentes disciplinarios activos o que estos no sean de tal gravedad que denoten una mala evolución de la conducta en el interior del Centro Penitenciario, y el haber cumplido el llamado «periodo de seguridad» en función de la naturaleza del delito como se desprende del artículo 36.2 del Código Penal, todo ello, como

⁵² El conocido proverbio chino que dice «En la vida hay tres cosas que no vuelven atrás: la flecha lanzada, la palabra pronunciada y la oportunidad perdida», del mismo modo, en demasiadas ocasiones el daño sufrido no puede ser reparar plenamente, tan solo se puede sobrellevar, o aprender a vivir con ello racionalizándolo de algún modo.

es fácil deducir, excluye cualquier automatismo en la aplicación de progresiones o beneficios penitenciarios, y exige un estudio detenido y ponderado de cada caso de manera particular, como se desprende del principio de individualización científica que para la ejecución del tratamiento penitenciario preconiza la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria en su artículo 72.1.

Las acciones de justicia restaurativa en el ámbito penitenciario, vienen así a constituirse en una vía adicional para cumplir el mandato constitucional, revestidas de una naturaleza propia y diferente de aquella llamada Mediación Penal; si esta última cae frecuentemente en la tentación del mercadeo de los operadores jurídicos que intervienen en los procedimientos judiciales, olvidando de hecho la adecuada reparación de la víctima y cualquier idea de reinserción del victimario, en las acciones reparadoras dentro ámbito penitenciario, o si se quiere dentro del Tratamiento Penitenciario Restaurativo, la motivación de los intervinientes es, de partida, mucho más proclive a la consecución de los objetivos ideales marcados para la materia objeto del presente escrito. Por si ello fuera poco, el interno victimario, tiene el tiempo⁵³ necesario para la reflexión y el análisis pausado de sus acciones, tiempo que adecuadamente dirigido por los profesionales penitenciarios y los especialistas en mediación y facilitadores, puede llevar a la consecución de los frutos deseados. Queda, no obstante, habilitar mecanismos que normalicen la participación de las víctimas en el proceso⁵⁴, tanto para colaborar en el tratamiento penitenciario de los victimarios, como para propiciar

⁵³ La temporalidad es una construcción psicosocial, un elemento fundamental de la vida de las personas que debe ser llenado de algún modo, bien con acciones, bien con pensamientos, y ello es especialmente así en el interior de un Centro Penitenciario donde la acción de los profesionales penitenciarios tiene una importancia capital en la redirección de esas acciones y pensamiento. La adecuada acción terapéutica puede permitir que la soledad vivida en prisión pueda ser aprovechada para construir pensamientos y hábitos pro sociales que determinen una verdadera modificación de la conducta, y la entrada en un círculo virtuoso que culmine en una verdadera reinserción social. Es en soledad, en la «soledad buscada» que dijera Unamuno, donde se construye la propia personalidad en base a las experiencias vividas en sociedad y con las circunstancias que nos acompañan desde el nacimiento, y es precisamente esa la gran ventaja que ofrece la pena de prisión que puede, y debe aprovecharse para implementar programas de acción adecuados para la reeducación y reinserción de los reclusos, en la interacción con los profesionales, con las víctimas y con otros reclusos se deben ofrecer las herramientas que en la intimidad, en la soledad de su celda y de sus pensamientos, el victimario alcance la voluntad de reparación de la víctima.

⁵⁴ Esto debe realizarse a través de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y de los Servicios de Justicia Restaurativa de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, como se desprende de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima.

la entrada de la Institución Penitenciaria en la sanación de los ciudadanos víctimas de delito, y que al menos por ahora, permanecen de espaldas al trabajo de reinserción que se realiza en los Centros Penitenciarios.

No se trata, pese a todo, de proyectar la imagen de que el Tratamiento Penitenciario Restaurativo, es la panacea que garantiza la reinserción y reeducación de todos los internos, y la sanación de todas las víctimas que por diferentes razones puedan aproximarse a estos programas. Las víctimas, los victimarios y los profesionales⁵⁵ que participan de las acciones restaurativas, deben tener muy presente que estamos ante una herramienta con muchas limitaciones, que dista mucho de ser una solución válida para todas las víctimas o para todos los ofensores, aunque sí es una herramienta practicable en mayor o menor grado para todas las figuras delictivas contempladas en nuestro ordenamiento pena.

La culminación de estos programas, por fructíferos que sean, tampoco determinan la aplicación de beneficios penitenciarios⁵⁶ como ya se ha dicho, ni suponen automatismo alguno en relación con la aplicación del tercer grado de clasificación o la libertad condicional, no obstante, es evidente que, si se reúnen el resto de requisitos para ello, la superación con aprovechamiento de un programa de justicia restaurativa, y con ello la asunción del daño causado y la colaboración con su víctima o con otras víctimas en su sanación, suponen una evolución positiva en el pensamiento del ofensor, que legalmente es un factor con elevado peso en las deliberaciones de la Junta de Tratamiento.

Así pues, la consecuencia jurídica de la superación con valoración positiva de un programa o acción restaurativa por parte del victimario, no garantiza incentivo alguno para este, pero como se ha visto, encuentra un obligado reflejo positivo que coadyuva a la persuadir a los órganos intervinientes, para una clasificación penitenciaria más benigna para el victimario.

⁵⁵ Tanto los profesionales penitenciarios como aquellos que lo son de las ONGs y otras Entidades Públicas colaboradoras en materia de Justicia Restaurativa, deben estar adecuadamente motivados y formado, y ser plenamente conscientes de las limitaciones de estas nuevas técnicas, deben ser capaces de identificar las oportunidades de acción, y actuando siempre en beneficio de las víctimas, abandonar aquellos casos que no se encuentren en el momento emocional adecuado para entender o asumir la trascendencia de este tipo de programas.

⁵⁶ Indulto total o parcial.

V. LIMITES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

V.1. Limitaciones de la Justicia Restaurativa

Como deduce de lo glosado hasta el momento, las acciones de Justicia Restaurativa, no son la solución definitiva al problema del aumento de la delincuencia en las sociedades posmodernas, muy al contrario, estamos ante un remedio postdelictual que no combate las causas de la criminalidad. La justicia restaurativa se articula en definitiva, y desde el punto de vista del victimario, como un mecanismo de prevención terciaria⁵⁷ que viene a ofrecer una solución reeducadora y reinsertadora, y desde el punto de vista de la víctima como una posibilidad de recuperación personal y emocional.

Vemos aquí una primera limitación en orden a combatir el fenómeno delictivo, y es precisamente la aplicación tardía al conflicto y cuando el «daño» ya está hecho.

V.2. Límites legales

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul)⁵⁸ en su artículo 48 bajo la rúbrica «*Prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas*» dispone en su apartado 1 «*Las Partes (Los Estados firmantes del Convenio) adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio*», es decir, los

⁵⁷ Los modelos de estudio de la criminalidad que pretenden analizar la prevención del delito, frecuentemente identifican tres áreas o momentos de actuación preventiva; prevención primaria: en esta etapa, las instituciones básicas de la sociedad que influyen en el desarrollo del individuo tienen un papel fundamental a la hora de inculcar valores prosociales (la convivencia pacífica, el respeto a los demás, el respeto a la propiedad, etc), estaríamos hablando de la familia y la escuela, por ejemplo; la prevención secundaria del delito, se correspondería con las actividades que posibilitan la identificación temprana de posibles delincuentes para intervenir en sus comportamientos antes de que lleguen a cometer la infracción penal, así la detección del inicio en el consumo de drogas o de alcohol a edad temprana, puede ser revelador de un futuro comportamiento antisocial. La prevención terciaria es la más típica de la acción punitiva del Estado, y se traduce en las medidas que tienden a evitar la comisión de nuevos delitos.

⁵⁸ <https://www.coe.int/web/istanbul-convention/home>

Estados suscriptores⁵⁹ de esta norma internacional se comprometen a no imponer como obligatorios para las partes en los conflictos de violencia de género y violencia doméstica, mecanismos de mediación que faciliten la posibilidad de llegar a «acuerdos extrajudiciales».

Si acudimos al sentido propio de las palabras de la norma, debemos entender que la Convención no excluye la posibilidad de que se contemple la posibilidad de vías de mediación facultativa para las partes, no obstante, en lo que a la normativa nacional se refiere, el artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial en su punto 5 viene a vedar la mediación en todos los casos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Esta limitación, encuentra su justificación para nuestro Legislador, que introdujo ésta previsión a través de una modificación operada en virtud del artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas para la Protección Integral contra la Violencia de Género, en el desequilibrio de poder entre la mujer y el hombre en las situaciones de Violencia de Género y los delitos sexuales, y para evitar que el victimario obtenga ventaja de su relación de dominio sobre la víctima. En el mismo sentido el párrafo segundo del artículo 3.1 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito añade que *«en todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género»*.

Debemos objetar esta limitación, puesto que viene a establecer desde criterios paternalistas, una regla general limitativa de la autonomía individual, obviando la enorme variedad de supuestos concretos en los que no necesariamente existe una situación de sumisión en una de las partes, en ningún momento el Legislador deja margen para la autonomía de la víctima y del victimario y contempla ningún tipo de mecanismo judicial o forense que venga a refrendar la existencia o no de igualdad en las partes⁶⁰.

No existen más limitaciones legales que la citada, ni en base a la gravedad de los hechos, de tipo penal, ni tampoco en base a las características psicosociales de la víctima, ni aún su edad, y ello en línea con la Recomendación CM/Rec (2018) 8 del Comité de Ministros de

⁵⁹ El Convenio de Estambul de 2011 ha sido publicado en el BOE en fecha 6 de junio de 2014, habiendo sido ratificado por España, lo que en virtud del artículo 96.1 de la Constitución Española supone que es de aplicación directa en nuestro país y obliga a los poderes públicos, en el mismo sentido que el artículo 1.5 del Código Civil.

⁶⁰ Sería perfectamente admisible desde el punto de vista del Convenio de Estambul de 2011, la existencia de un mecanismo voluntario de mediación, que en algún momento permitiera la intervención de algún profesional que ofreciese desde criterios forenses objetivos que permitiesen al órgano judicial valorar la validez del acuerdo alcanzado.

los Estados Miembros en materia de justicia restaurativa penal, que en su apartado 18 señala *«La justicia restaurativa debe ser un servicio de interés general. El tipo, gravedad o ubicación geográfica del delito no deben, por sí mismos, y a falta de otras consideraciones, impedir que se ofrezca justicia restaurativa a las víctimas y los ofensores»*, para añadir en el apartado 28 que *«Las autoridades judiciales y los organismos de justicia penal deben crear las condiciones, procedimientos e infraestructuras necesarias para derivar casos a los servicios de justicia restaurativa siempre que sea posible. Las personas responsables de realizar estas remisiones deben ponerse en contacto con los servicios de justicia restaurativa antes de realizar una derivación si no están seguras de si las disparidades con respecto a la edad, madurez, capacidad intelectual de las partes u otros factores pueden impedir la aplicación de la justicia restaurativa. Si existe una presunción a favor de la derivación, esta permitiría que los facilitadores cualificados, en colaboración con las partes, determinen si los casos son idóneos para la justicia restaurativa»*.

Esta previsión de la normativa comunitaria, encuentra su reflejo en la ya mencionada Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito desarrollada por Real Decreto 1109/2015, en concreto el artículo 15.1.b del Estatuto de la Víctima, viene a imponer en la práctica un límite a la aplicación de la justicia restaurativa, también en su aplicabilidad en fase de ejecución penitenciaria, cual es la voluntariedad y el consentimiento informado de la víctima, es decir, el ofendido debe conocer y aceptar de antemano todas las acciones que se van a llevar a cabo en el marco de la justicia restaurativa y las consecuencias de las mismas, y además, debe poder abandonar el procedimiento en cualquier momento. El límite de la voluntariedad de la víctima, presenta su propia dimensión valorativa, y es que existen múltiples factores que pueden afectar a la «capacidad» de la víctima para emitir un consentimiento informado válido y consciente, el supuesto ya citado de la relación de poder y desequilibrio cuando existe una relación familiar o sentimental entre ofensor y víctima en el marco de la Violencia de Género ya ha sido visto, pero no así otras situaciones para las que el Legislador no ha sido tan previsor, como es el caso de la víctima menor, que por su incompleto desarrollo madurativo, no puede protagonizar un dialogo deliberado y confidencial con su victimario, especialmente cuando éste es un adulto. Así pues, la falta de previsión normativa, debe ser suplida a través de protocolos de actuación establecidos desde los órganos judiciales, y desde la Administración Penitenciaria, que garanticen la protección del menor, lo que de facto, y salvo casos muy aislados supone la imposibilidad de un dialogo restaurativo entre un victimario y su víctima menor de edad.

V.3. Límites en relación a la víctima

La víctima lo es por haber sufrido un daño que no ha elegido padecer, un hecho trascendente en su vida que afecta profundamente a su emotividad al trastocar, en muchas ocasiones, de manera profunda, aquellos elementos sobre los que se sustenta su sentimiento de seguridad, de libertad, la intimidad, la confianza en sí misma, etc⁶¹.

La intensidad de la afección emotiva de la víctima depende en gran medida de la intensidad del ataque sufrido y también de las cualidades psicosociales de base que ofrece, su resiliencia, su fortaleza de carácter, etc. Todas estas son circunstancias que debe tener en cuenta el facilitador, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, o en el ámbito penitenciario, aquellos profesionales que estén desarrollando acciones de Tratamiento Penitenciario Restaurativo, y que de hecho pueden constituirse en límites a la práctica de acciones restaurativas. Son los profesionales los que deben, más allá de contar con el consentimiento aparente de la víctima, valorar la solidez de ésta para enfrentarse a un proceso restaurativo que puede conllevar una gran carga emocional, para víctima y victimario, y suponer un daño mayor al beneficio esperable.

Es aquí donde encontramos otro límite, nacido de la vulnerabilidad de la víctima concreta, de su situación de conjunto y de la existencia de un riesgo de manipulación o culpabilización de la víctima. La herramienta restaurativa que se pretende emplear y los objetivos realistas planteados para estas acciones, los recursos disponibles de protección a la víctima, pueden determinarse escasos para el riesgo de revictimización, y ello debe entenderse como un límite infranqueable.

V.4. Límites en relación con el victimario

El ofensor, es también un ser emotivo, y deben conocerse sus circunstancias psicosociales para valorar la oportunidad, o no, de abrir para él un proceso restaurativo. Su madurez emocional, las causas profundas que le han llevado a cometer el delito, la presencia de problemas de toxicomanía, o simplemente el interés material de obtener una ventaja regimental o un beneficio penitenciario a cambio de la participación en actividades restaurativas entre otras muchas variables, y no la verdadera voluntad de sanarse y reparar a la víctima, deben ser tenidos en cuenta y valorados como un límite a la aplica-

⁶¹ Las necesidades humanas a las que hace referencia la Pirámide de Maslow.

ción de estas acciones. Por ello, y para facilitar la culminación exitosa de un proceso restaurativo por el lado del ofensor, es imprescindible que éste hubiera culminado con aprovechamiento y de manera previa aquellos programas de Tratamiento que aborden las causas de base que llevaron a la comisión del delito.

V.5. Supuestos especiales

Se plantea la cuestión de si es posible la participación del victimario en acciones restaurativas, cuando la legislación proscribiera como se ha visto más arriba, la posibilidad de mediación con la víctima directa, o cuando ésta muestra su disconformidad a participar con su ofensor en proceso alguno de esta naturaleza. En este caso, y en nuestra opinión, no debe negarse al ofensor esta vía de reinserción, sino que se acomodará la técnica concreta al caso particular; así si legalmente no es posible la interacción restaurativa entre el agresor y su víctima de violencia de género, se puede lograr un resultado adecuado mediante la aplicación de técnicas de terapia de grupo con víctimas de otros ofensores, con la idea de que unos y otros tomen conciencia de la realidad ajena, y sin que sea necesario llegar al «perdón» sí se alcance un cierre emocional que permita a la víctima, al menos, pasar página a las consecuencias del delito, y al victimario, romper con la dinámica de maltrato.

Del mismo modo, en supuestos en los que puede no existir una víctima personificable del delito, como en los delitos llamados de «cuello blanco» especialmente en supuestos de malversación de fondos, o blanqueo de capitales, u otros similares⁶², si el interno victimario se encuentra en situación para ello a criterio de los profesionales especialistas en justicia restaurativa, deben articularse programas y acciones concretas que permitan a esta tipología de ofensores a entender y a preparar el daño causado al colectivo social.

Paralelamente, en aquellos supuestos en los que el victimario es desconocido, no se debe dejar en desamparo a la víctima, muy al contrario desde las Oficinas de Atención a las Víctimas y los Servicios de justicia restaurativa, como deriva del articulado de la Ley 4/2015

⁶² En delitos contra la seguridad vial, puede darse la situación de que no exista una víctima individual y directa del delito, pero la lesión a un bien importante para la comunidad existe, en estos casos, puede ser interesante la interacción con víctimas de accidentes, o incluso el acompañamiento a servicios de urgencia en carretera, que permitan al ofensor tomar conciencia del perjuicio potencial de la conducción imprudente.

del Estatuto de la Víctima del Delito en estos casos se debe ofrecer la posibilidad de acceder a la asistencia que precise en orden a superar el dolor causado por la acción delictiva, pero también abrirle la posibilidad de participar en actividades de justicia restaurativa con los internos de los Establecimientos Penitenciarios condenados por delitos similares a los padecidos por aquella, o incluso la mera visita al interior de un Centro Penitenciario en la medida en que esto pueda servir al proceso de recuperación de la víctima.

VI. CONCLUSIONES

De lo expuesto en este texto concluimos lo siguiente:

1.—La mediación penal en la Fase de Instrucción, es decir, en un momento anterior a la vista oral, ha encontrado acomodo y adecuado desarrollo tras las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica de 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, mediante la implementación desde el Consejo General del Poder Judicial de diferentes protocolos de actuación tendentes a facilitar los acuerdos entre víctima y victimario en aplicación de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal. No obstante, sigue en gran medida la preterición de la víctima y sus necesidades de reparación, lo que lleva a pensar que este mecanismo, en la práctica, solo permite agilizar la tramitación de sentencias firmes, sin importar realmente la suerte de la víctima. Por tanto, y pese a que las modificaciones legislativas operadas van en el camino correcto, debemos considerar que en la práctica el sistema judicial ofrece soluciones incompletas para la reparación de las víctimas.

Si el Tratamiento Penitenciario busca ofrecer las herramientas que permitan al recluso la incorporación a la sociedad en condiciones de vivir de acuerdo a los preceptos del Código Penal, las acciones restaurativas penitenciarias, Tratamiento Penitenciario Restaurativo si se quiere, tiene un objetivo de mucho mayor calado, cual es hallar la solución del conflicto social derivado del delito a través de la sanación de la víctima y del victimario, lo que viene a significar objetivos mucho más ambiciosos, con efectos de mayor calado y que tienen en cuenta a la víctima y a la sociedad, lo que por su propia naturaleza exige la implicación de actores generalmente ausentes en el Tratamiento Penitenciario.

Debe, no obstante, articularse un verdadero Tratamiento Penitenciario Restaurativo, que permita un acceso efectivo a las víctimas

y a los victimarios a estas herramientas, para lo cual, son precisas acciones decididas en el ámbito de la formación de los profesionales implicados y en el establecimiento de protocolos adecuados para la intervención en la multitud de casos particulares posibles, y muy especialmente, para coordinar la acción de los Equipos Técnicos, con la actividad de las ONGs dedicadas a la atención a las víctimas y la mediación, y con las distintas Administraciones Públicas implicadas de una u otra forma en esta importante tarea.

2.—El objetivo principal de cualquier actividad de mediación, debe ser primariamente, y también en el ámbito penitenciario, la reparación del daño sufrido por la víctima, y subsidiariamente la mejora de las posibilidades de reinserción del ofensor y la restitución de la paz social mediante la solución del conflicto que nace del hecho delictivo. A estos efectos, y pese a la orientación dada a la Administración Penitenciaria, será siempre el superior interés de la víctima el límite infranqueable para la acción restaurativa, todo ello sin perjuicio de que al victimario se le pueda ofrecer la participación en otros programas de tratamiento que le permitan culminar adecuadamente tratamiento reinsertador.

3.—La normativa legal y reglamentaria que regule la aplicación de estos programas en el ámbito penitenciario debe ser lo suficientemente abierta como para permitir su adaptabilidad a la multitud de circunstancias que en cada caso pueden afectar a cada víctima y su ofensor. Siendo deseable, la participación de personal adecuadamente motivado para la consecución de los objetivos restaurativos.

4.—El único límite infranqueable para la acción restaurativa debe ser la no revictimización de quién ha padecido el hecho delictivo, y muy especialmente la protección del menor víctima de delito, los demás límites señalados en el texto pueden ser sorteados de una u otra manera para alcanzar el objetivo sanador para la víctima y reinsertador para el ofensor.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Beristain Ipiña, A. «Criminología y Victimología», Leyer (1999)
- Blanco Lozano, C. Tratado de política criminal: tomo I. Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito. Bosch Editorial (2006).
- Bourdieu, P. y Teubner, G. «La fuerza del derecho» Siglo del Hombre Editores. Bogotá (2002)

- De Ángel Yágüez, R. «Tratado de responsabilidad civil» Civitas Madrid (1993)
- Documentos Penitenciarios 23 «Taller de Diálogos Restarurativos. Responsabilización y Reparación del Daño» Ministerio del Interior – Secretaría General Técnica. (2020)
- Documentos Penitenciarios 24 «Intervención en Justicia Restaurativa. Encuentros Restaurativos Penitenciarios» Ministerio del Interior – Secretaría General Técnica. (2020)
- Dorado Montero, P., Bases para un nuevo Derecho Penal, Barcelona. (1902)
- Farrington, D.P. The explanation and prevention of youthful offending. En P. Cordelia y L. Siegel (Eds.): Readings in contemporary criminological theory. Boston: Northeastern University Press (1996)
- García-Pablos de Molina, A. «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal)», Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen XV, la Victimología. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid. (1993)
- Grocio, H., De iure belli ac pacis, Paris. (1631)
- Jescheck, H. Tratado de Derecho Penal: Parte General. 4ª ed. Traducida por Manzanares Samaniego, J.L. Granada: Comares. (1993).
- Kazdun, A.E. Motivation: an overview. Encyclopedia of Psychology. American Psychological Association (2000).
- Laso Ortiz, E. Los rituales terapéuticos familiares en clave emocional, 2: pasos para construir y ejecutar un ritual. Revista REDES, (33) 9-26. (2016)
- Maslow A. H. «A Theory of Human Motivation» Psychological Review, 50, 370-396 (1943)
- Mir Puig, S., Derecho Penal, PG, Barcelona, PPU. (1990)
- Revista de Ciencias Jurídicas N° 41. San José, Costa Rica. Mayo-Agosto. (1980)
- Rifá Soler, Richard González, Riaño Brun «Derecho procesal penal» Gobierno de Navarra (2006)
- Sánchez de la Torre, A. «Desde la Justicia de la venganza hasta la Justicia Civil. Reflexiones sobre Esquilo» Revista General de Legislación y Jurisprudencia. N° 259 Septiembre (1986)

Recursos de internet

Boletín Oficial del Estado (BOE). www.boe.es

California Judicial Branch: <https://www.courts.ca.gov/documents/VictimOffenderMediation.pdf>

Consejo de Europa: <https://www.coe.int/es/web/portal>

Consejo de Europa, Convenio de Estambul: <https://www.coe.int/web/istanbul-convention/home>

Ministerio del Interior: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/inicio/>

Poder Judicial (España): <https://www.poderjudicial.es/cgpj/>

R.A.E.: <https://www.rae.es/>

SEGUROS DE PERSONAS Y DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO: JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE EL ARTÍCULO 10 LCS

PERSONAL INSURANCE AND DUTY OF RISK DECLARATION:
RECENT JURISPRUDENCE ON ARTICLE 10 LC

Manuel Israel Morán Arias¹

Sumario: *I. El deber precontractual de declaración del riesgo: notas introductorias relativas a la delimitación del deber. II. Consecuencias de la infracción del deber de declaración. III. Jurisprudencia reciente sobre el deber de declaración del riesgo en los seguros de personas. 1. Previo. 2. Jurisprudencia destacada de los últimos años. 2.1. STS 417/2023 de 27 de marzo. 2.2. STS 785/2021 de 15 de noviembre. 2.3. STS 839/2021 de 2 diciembre. 3. Algunas conclusiones generales y específicas a la vista de la jurisprudencia reciente 3.1. Deber de declaración, deber de respuesta. 3.2. Los límites del deber se encuentran en el cuestionario. 3.3. La relevancia de la causalidad en caso de incumplimiento. IV. Bibliografía.*

Resumen: El artículo 10 de la Ley 50/1980 del Contrato de seguro regula el deber precontractual de declaración del riesgo como un elemento fundamental para la adecuada configuración del contrato de seguro. A pesar de que el contenido de este deber ha sido extensamente tratado tanto por la mejor doctrina como por la jurisprudencia, aún continúa generando una amplia litigiosidad en España. Recientemente la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el alcance de su incumplimiento en varias sentencias que analizaremos en el presente artículo. La especial importancia que tiene el cumplimiento de este deber precontractual en los seguros de personas, hace que compañías aseguradoras y futuros tomadores deban conocer correctamente el alcance de esta obligación.

¹ Abogado. Prof. Asociado de Derecho Mercantil. Prof. Tutor UNED.

Palabras clave: Deber de declaración. Contrato de seguro. Artículo 10.

Abstract: Article 10 of Law 50/1980 on the Insurance Contract regulates the pre-contractual duty of risk declaration as a fundamental element for the correct configuration of the insurance contract. Although the content of this duty has been extensively discussed by both the best doctrine and jurisprudence, it still continues to generate extensive litigation in Spain. Recently, the Supreme Court has ruled on the extent of non-compliance in several sentences that we will analyze in this article. The special importance of compliance with this pre-contractual duty in personal insurance means that insurance companies and future policyholders must correctly know the scope of this obligation.

Key words: Duty of risk declaration. Insurance contract. Article 10.

I. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO: NOTAS INTRODUCTORIAS RELATIVAS A LA DELIMITACIÓN DEL DEBER

El artículo 10 de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro (en adelante LCS) establece que el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo.

Si el pago de la prima se entiende como el principal deber del tomador una vez se ha perfeccionado de manera efectiva el contrato de seguro, el deber precontractual de declaración del riesgo se constituye como una obligación fundamental del tomador antes de la propia formación del contrato.

La importancia de este deber reside en la necesidad de conocer por parte del asegurador ciertos datos relativos al riesgo asegurado para la correcta configuración y el adecuado posterior funcionamiento del contrato de seguro. Alcanzar dicho conocimiento para las compañías aseguradoras resulta difícil, excesivamente costoso, o -en ocasiones- incluso se entenderá como imposible, pues por sí mismo el asegurador no podrá obtener dichos datos que, únicamente, podrá conocer con la colaboración del tomador o asegurado².

Nos encontramos, tal y como lo ha configurado la propia LCS, como un deber de naturaleza precontractual. Cabe plantear aquí,

² En este sentido se expresaba CALZADA CONDE, M.A. en «El deber Precontractual de declaración del riesgo». *Poder Judicial*, N° 16, 1989, pág. 160.

como algunos autores lo han hecho, si no es más conveniente precisar terminológicamente que se trata de un deber que recae no sobre el tomador, sino sobre «el futuro tomador» o, simplemente, sobre el solicitante, pues el contrato, que se encuentra en esos momentos en una fase negocial, puede o no llegar a celebrarse³. Será el efectivo conocimiento por parte del asegurador de esta información el elemento clave para decidir sobre la conclusión o no del contrato, así como las condiciones que regirán el mismo.

A pesar de que la LCS atribuye este deber específicamente al tomador en el propio texto del artículo 10, no debemos olvidar que el artículo 7 de la citada ley establece que el tomador puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena. Si el tomador del seguro y el asegurado no coinciden en la misma persona, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. En ocasiones, por lo tanto, la LCS hace recaer las obligaciones en la figura del asegurado, persona distinta del asegurador, quien en esta fase precontractual estará en mejores condiciones de proporcionar la información que el asegurador solicita. Esto será, entendemos, especialmente importante en los seguros de vida, enfermedad o asistencia sanitaria, donde la información sobre el estado de salud de la persona asegurada es el elemento clave que servirá para la decisión por parte de la aseguradora de la asunción o no del riesgo, o de las condiciones del contrato en caso de ser asumido. La correcta aportación de esta información será más apropiada, naturalmente, si la lleva a cabo la propia persona asegurada.

El texto del artículo 10 determina que el tomador quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, no se le inquiera debidamente por circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en dicho cuestionario. Se recordará que este inciso final del párrafo 1º del artículo 10 LCS fue introducido por la Ley 21/1990, 19 diciembre («B.O.E.» 20 diciembre), de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros

³ Así se plantea en VV.AA. «Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro» (BOQUERA MATARREDONA, J; BATALLER GRAU, J; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 164. De igual modo, MARCO ARCALÁ, L. A. «Seguros de personas. Aspectos generales». Aranzadi. Cizur Menor. 2006, pág. 296. En el mismo sentido RUBIO VICENTE, P. J. «El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro». Editorial Mapfre. Madrid. 2003. p. 47 refiriéndose a esta figura como declarante.

privados. Con su inclusión se trató de poner fin a un largo debate sobre el alcance de esta obligación. Así, con esa aclaración, parecía superada la idea decimonónica que partía del antiguo artículo 381 del C. Com y que establecía -se recordará- la nulidad del contrato de seguro en las siguientes circunstancias: (i) por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse el contrato; (ii) por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda incluir en la estimación de los riesgos y (iii) por la omisión u ocultación, por el asegurado, de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato.

De esa manera la regulación que el artículo 10 mantenía con su redacción anterior, daba a entender que este deber de declaración se configuraba como un deber de carácter espontáneo, por el cual el tomador o asegurado debía declarar todas las circunstancias que considerara relevantes para la configuración del riesgo por él conocidas. Esta idea exigía un deber de diligencia o profesionalidad excesivo y no achacable a esta parte contratante tomadora del seguro, pues se entiende que el asegurador está en mejores condiciones para conocer qué circunstancias serán relevantes para configurar adecuadamente el contrato. Es, por lo tanto, doctrina mayoritaria la que afirma que el deber de declaración se circunscribe a una obligación de respuesta a lo explícitamente preguntado por la compañía aseguradora. El asegurado debe declarar al asegurador las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, pero esto no significa que éste sea quien debe valorar cuáles son las circunstancias relevantes por declarar y cuáles no⁴. Es por lo tanto al asegurador a quien le corresponde la carga de elaborar, con la diligencia que le es exigible, cuestionarios completos y detallados que les permitan recabar informaciones oportunas sobre el estado del riesgo⁵.

La jurisprudencia —con carácter general— hace recaer sobre las aseguradoras los efectos negativos de no haber comprobado la declaración del tomador. Algunos autores reflexionan sobre si es excesivo el alcance de esta imposición, o al menos excesivo en cuanto al contenido del artículo 10, pues siendo el contrato de seguro un contrato de máxima buena fe, cabe preguntarse si no es reflejo de esa buena fe que el asegurador confíe en la descripción del riesgo que hace la

⁴ CALZADA CONDE, M, op. cit, pág. 161.

⁵ Así CALZADA CONDE, M, op. cit, pág. 160 citando las ideas de SÁNCHEZ CALERO en *Ley de Contrato de Seguro*, vol. I. págs. 170 y ss. afirma que el asegurador no sólo debe cuidar la redacción del cuestionario, ha de procurar comprender en él todas las cuestiones que considere relevantes a los efectos de la valoración de los riesgos.

otra parte⁶. Si bien, como decimos, mayoritariamente parece una discusión superada, una parte autorizada de la doctrina reflexiona de manera interesante, en relación a esta *ubérrima bona fides* que debe regir el contrato de seguro, planteando si la sanción al tomador de mala fe por ocultar maliciosamente información debería prevalecer sobre la sanción al asegurador por no haber elaborado un cuestionario exhaustivo⁷.

Con respecto al contenido del deber, no es suficiente que el tomador declare sólo las circunstancias que efectivamente conoce, sino también aquéllas que razonablemente debiera conocer (se le presupone un deber de diligencia). Será imputable la conducta del tomador de buena fe que no emplea esa debida diligencia. Por el contrario, el estado total de ignorancia presupone una conducta diligente e impide la sanción normativa ya que nadie puede declarar los hechos que ignora⁸.

Por otra parte, este deber no comprende las circunstancias que sean conocidas por el asegurador ni aquéllas que debería haber conocido actuando con la diligencia de un ordenado comerciante.

Finalmente, respecto de los aspectos generales o introductorios, también merece exponerse que por lo que respecta al propio cuestionario, en sí, puede entenderse una presunción de relevancia de su contenido, pues el asegurador, al realizarlo con la debida diligencia que se le impone, pregunta todo aquello que presupone con influencia en la valoración que realizará del riesgo. Aun así, como se verá posteriormente, la jurisprudencia ha dictaminado que lo verdaderamente relevante es la *efectiva influencia que en la valoración del riesgo haya tenido lo omitido o inexactamente declarado* y no tanto el hecho de que se haya dejado de responder preguntas del cuestionario. De esta manera, cabría entender que la falta de respuesta a alguna pregunta irrelevante, pese a su inclusión en el cuestionario, no afectará al cumplimiento de su deber por parte del tomador.

⁶ Esta reflexión se plantea en VV.AA. «Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro» (BOQUERA MATARREDONA, J; BATALLER GRAU, J; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. coords.), op. cit, pág. 166 recogiendo a su vez ideas anteriormente planteadas por GARRIGUES J, en «Contrato de seguro terrestre», 2.ed., Madrid, 1982, págs. 46 y ss. o SÁNCHEZ CALERO, F (dir.) en «Comentario Artículo 10», Ley del Contrato de Seguro, Pamplona, 1999, págs. 192 y ss.

⁷ Estas teorías fueron sostenidas, entre otros, por CALBACHO LOSADA, F.; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, I.; BARRIOLA URRITICOECHEA, L en «El deber de declaración del riesgo en la Ley de Contrato de Seguro», *Revista Derecho Mercantil* números 183-184.

⁸ VV.AA. «Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro» (BOQUERA MATARREDONA, J; BATALLER GRAU, J; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. coords.) op. cit, pág. 167.

II. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE DECLARACIÓN

Continúa estableciendo el artículo 10 LCS, en su segundo párrafo que el asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro.

Esta circunstancia, en la práctica es poco habitual, pues es en el momento de producción del siniestro cuando el asegurador, de acuerdo con la información que pueda requerir o necesitar para constatar la producción del mismo, encuentre divergencias, inexactitudes u ocultaciones deliberadas en lo declarado precontractualmente por parte del tomador o asegurado⁹.

- Es necesario que se haya producido una divergencia entre el riesgo real y el declarado, esto es, que el estado del riesgo al tiempo de descubrirse la reserva no se corresponda con el estado del riesgo declarado por el tomador al tiempo de celebrar el contrato.
- Debe tratarse de una divergencia de tal relevancia que hubiera condicionado la decisión del asegurador, respecto a la conveniencia de contratar o a las condiciones de dicha contratación.
- La conducta debe ser imputable al tomador. Es decir, una conducta, negligente o dolosa encaminada a reservar o no declarar una determinada circunstancia relevante.

Establece también este segundo párrafo que corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.

Por el principio de la indivisibilidad de la prima, si el contrato finaliza antes de que expire la anualidad del seguro o periodo asegurador en curso, la prima no es restituible. Si por el contrario la prima anual ha sido fraccionada, semestral, trimestral o incluso mensualmente, las partes no satisfechas en el momento de la rescisión devienen exigibles de forma inmediata.

La prima se retiene a efectos de indemnización de daños y perjuicios.

⁹ Esta realidad práctica se pone de manifiesto, entre otros en VVAA. «Ley de Contrato de Seguro» (BADILLO ARIAS, coord.) Ley de Contrato de Seguro. 2º ed. Aranzadi. Cizur menor. 2011, pág. 253.

El dolo o culpa grave del asegurador impide la indivisibilidad, debiendo el asegurador devolver las primas correspondientes al periodo en curso que queda por transcurrir, por ejemplo, con la rescisión del asegurador sin causa justificada¹⁰.

El tercero de los párrafos del citado artículo establece que si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

En este caso, podemos encontrarnos ante dos posibles situaciones:

- Que el asegurador no haya ejercitado su facultad rescisoria por desconocimiento de la reserva o inexactitud del tomador (en la gran mayoría de casos el asegurador conoce la inexactitud del deber con ocasión del siniestro)
- Que siendo consciente el asegurador de la divergencia entre el riesgo real y el declarado, todavía no haya transcurrido el plazo de un mes al que se refiere el párrafo segundo del artículo 10.

La LCS contempla:

- La reducción de la indemnización.
- La liberación del asegurador del pago de la misma.

No es una decisión discrecional del asegurador, sino que se hace depender de la conducta observada por el tomador en su incumplimiento:

- Si media dolo o culpa grave o mala fe, quedará el asegurador liberado del pago de la prestación. La valoración de la conducta del tomador se valorará por los tribunales de instancia.
- Si por el contrario la actitud es sólo negligente, la prestación indemnizatoria quedará reducida a la diferencia entre la parte convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo.

¹⁰ VV.AA. «Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro» (BOQUERA MATARREDONA, J; BATALLER GRAU, J; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. coords.), op. cit., pág. 170.

III. JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE EL DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN LOS SEGUROS DE PERSONAS

1. Previo

Una vez contextualizado el problema, resulta de gran interés conocer la aplicación efectiva de esta obligación cuando en el supuesto concreto de los seguros de personas (sea de vida, salud o asistencia sanitaria).

Delimitar correctamente el riesgo en estos supuestos se convierte en una tarea especialmente complicada para la aseguradora, pues poseer una adecuada información sobre el estado de salud de la persona asegurada únicamente será posible si la misma aporta todos los datos que conociera o debiera conocer en el momento de llevar a cabo el contrato. Aunque no cabe ignorar en la irrupción de la tecnología y conocimiento de datos, así como su tratamiento en la actualidad. En todo caso, esa declaración se hará efectiva mediante el cuestionario que las aseguradoras habrán presentado al tomador a tales efectos, confiando en la correcta contestación por parte del asegurado a las preguntas realizadas.

El incumplimiento de este deber acarreará importantes consecuencias, pues de otro modo, el contrato podría haber sido realizado bajo diferentes circunstancias o no concluido. Como se expuso con anterioridad, el deber que recae sobre el asegurado no es otro que el de respuesta al cuestionario, ciñéndose el alcance de este a la información solicitada por el asegurador. Aun así, la jurisprudencia deja claro que, a pesar de que las preguntas realizadas puedan tener un carácter genérico o poco concreto, el principio rector del contrato de seguro es la especial buena fe de los contratantes. Esta idea implica que la LCS no puede amparar nunca la ocultación dolosa cuando el asegurado puede razonar que la información que se le está solicitando, a pesar de no estar particularmente delimitada, hace referencia a datos conocidos por él que servirán al declararse el elemento configurador esencial del contrato.

2. Jurisprudencia destacada de los últimos años

2.1. STS 417/2023 de 27 de marzo

El TS dicta Sentencia a propósito de una reclamación del asegurado contra su compañía de seguros, solicitando el cumplimiento de

un seguro de vida con cobertura de invalidez. Esta solicitud vino motivada por la incapacidad absoluta del asegurado como causa de una enfermedad ocular crónica, padecida por la persona desde antes de la firma del contrato, que le ocasionaba una pérdida de capacidad visual agravada de manera progresiva con el paso de los años.

Los hechos relevantes son los siguientes. En marzo del año 2015, el asegurado comunica el siniestro a la aseguradora y reclama la cantidad de 40.000 euros en virtud de su contrato de seguro de vida con cobertura de invalidez permanente absoluta vinculado a un contrato de préstamo. Esta comunicación se lleva a cabo tras haber obtenido informe del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de la Dirección Provincial del INSS de Badajoz donde se califica al trabajador como *«incapacitado permanente, en grado de ABSOLUTA, a causa de enfermedad común»*, indicando como cuadro clínico residual *«miopía magna bilateral. Atrofia óptica bilateral»* y como limitaciones orgánicas y funcionales *«deficiencia oftalmológica 4 ojo izquierdo, 3 ojo derecho»*, reconociendo al trabajador como incapaz para cualquier trabajo.

En enero del año 2009, el asegurado había suscrito este contrato en el que se añadía un anexo sobre la «declaración de salud del asegurado» en cuya cláusula 1.3 se excluía como causa de la garantía de la invalidez *«las consecuencias de enfermedad o accidente asignadas con anterioridad a la entrada en vigor de este Seguro y que no se le comunicaran a la Aseguradora en el momento de formalizar el seguro»*.

Queda constatado que el asegurado desde su juventud padecía problemas de visión derivadas de un episodio de hipertensión craneal sufrido durante su adolescencia que le llevaron entre los años 2003 y 2013 a necesitar asistencia médica especialista en oftalmología.

En primera instancia, se estima íntegramente la demanda y se condene en costas a la demandada razonando que no puede concluirse que el asegurado infringiera su deber de declaración del riesgo, pues las preguntas a las que fue sometido tenían un carácter genérico o estereotipado, no refiriéndose ninguna de ellas a los problemas de visión que pudiera padecer el reclamante.

En segunda instancia, el recurso de apelación planteado por la aseguradora revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda, imponiendo las costas de primera instancia al demandante razonando que el asegurado sí infringió el art.10 LCS. Esta infracción se concreta en una ocultación dolosa de información relevante, ya que la enfermedad causante de su invalidez (miopía magna bilateral y atrofia óptica bilateral) la padecía desde mucho antes de firmar la póliza. Resumía la resolución del recurso que si bien el deber de de-

claración del asegurado se ciñe a las preguntas contenidas en el cuestionario (recaendo sobre la aseguradora las consecuencias de una deficiente redacción de estas) en este caso, lo preguntado sí permitía al asegurado vincular que estaba ocultando unos antecedentes médicos previos que podrían influir en la delimitación del riesgo.

Planteado recurso de casación, el Tribunal Supremo, citando las sentencias de 2 de diciembre y 15 de noviembre del año 2021 que analizaremos a continuación, concluye que:

“(i) el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro; y (ii) lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando o silenciando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro».

En el presente caso, razona el Supremo Tribunal que *«el asegurado infringe su deber de declaración del riesgo cuando, pese a la generalidad del cuestionario, existen elementos significativos que el asegurado debería representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo».* Siguiendo la línea jurisprudencial marcada por otras sentencias el TS razona que *«ante la evidencia e importancia de esos antecedentes de salud, el mero hecho de que no se le preguntara sobre un tipo de enfermedad concreta, ni por tanto sobre la patología de tipo ocular que padecía, o el hecho de que su enfermedad no tuviera tratamiento efectivo, en el sentido de no poder curarse ni impedir su evolución, no son óbice para que el asegurado, en función de las preguntas que se le hicieron y siendo plenamente consciente de su grave patología ocular y de que estaba bajo control médico, debiera representarse aquellos antecedentes como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar adecuadamente el riesgo de invalidez».*

Como observamos en este caso, la especial relevancia que cobra en este tipo de contrato la buena fe de las partes, hacer matizar este deber de declaración que estamos analizando. Si bien el mismo se configura como un deber de respuesta al cuestionario presentado por las aseguradoras, quienes deben de plasmar diligentemente qué infor-

mación precisa requieren del asegurado, nunca puede amparar esta concepción la ocultación maliciosa por parte del asegurado de datos o circunstancias que sólo él conoce o debe conocer.

La ocultación deliberada de una enfermedad previa o una circunstancia relevante que pudiera variar la configuración del propio contrato de haberse conocido en el momento de su formación, no puede ser amparada como una conducta válida por parte del asegurado a pesar de que no haber sido preguntado específicamente sobre dicha cuestión, pues la parte aseguradora únicamente puede configurar el contenido del contrato en base a la confianza en la veracidad de lo declarado por el asegurado.

2.2. STS 785/2021 de 15 de noviembre

En un supuesto similar al anteriormente analizado, el presente litigio, trae causa de la reclamación planteada por la tomadora de un seguro de vida, con cobertura de fallecimiento e invalidez permanente absoluta por la cantidad de 44.898,76 euros a su compañía aseguradora.

Comunicado el siniestro, la aseguradora rechaza su pago alegando que, en las respuestas al cuestionario, la asegurada ha ocultado información relevante, contestando de manera negativa a preguntas formuladas en el cuestionario de manera culpable. Por lo tanto, se alega en este caso por parte de la aseguradora, incumplimiento o infracción de ese deber precontractual de declaración del artículo 10 LCS.

La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda, reconociendo el derecho a recibir la cuantía solicitada al razonar que la omisión de la información solicitada, no tiene una verdadera conexión entre dichas patologías no declaradas y las que han dado origen a su invalidez permanente.

Esta invalidez trae motivo de unos problemas de carácter psiquiátrico (trastorno psicótico de tipo esquizofrénico) derivados, según informes periciales, del fallecimiento de la madre de la asegurada.

En el momento de la contratación, a las preguntas «ha padecido depresión» y si «está en tratamiento médico», la asegurada respondió que no, pero los informes aportados para la obtención de la incapacidad ponían de manifiesto que la demandante había sido diagnosticada previamente de depresión, cosa que ocultó deliberadamente, sufriendo problemas de índole psicológico/psiquiátrico desde los 11 años, necesitando tratamiento médico de manera irregular que esta

persona siguió durante un tiempo y abandonó voluntariamente. Además, los informes periciales, ponen de manifiesto que, en su adolescencia y juventud, la asegurada demandante fue consumidora de sustancias estupefacientes lo que provocó trastornos de la personalidad, según los informes médicos, pudieron desencadenar en la enfermedad psiquiátrica que tras la muerte de su madre provocó la concesión de la invalidez permanente.

En primera instancia, como decíamos, se estima íntegramente la demanda ya que se entiende que no fue esta depresión no declarada y el resto de los padecimientos de tipo mental el desencadenante de su enfermedad psiquiátrica, sino la muerte de su madre. Se razona que, si bien se ocultó por parte de la demandante que había sido previamente diagnosticada de depresión, esta depresión no tiene conexión con la enfermedad posterior pues en ese momento la asegurada demandante se encontraba bien, sin necesidad de tratamiento médico. Se añade además que no fue preguntada específicamente si había padecido enfermedades o patologías mentales que pudieran hacerle vincular razonablemente esos antecedentes con la enfermedad que finalmente desencadenó su incapacidad. Se recuerda entonces que la imprecisión en el cuestionario, debe ser soportada por la aseguradora y no se entiende que exista un incumplimiento doloso por parte de la tomadora del deber de declaración.

Sin embargo, en segunda instancia se estima el recurso de la aseguradora revocando la sentencia de primera instancia, razonando que existían una serie de patologías previas y un tratamiento médico continuado en el tiempo que fue ocultado por la tomadora del seguro, patologías previas que finalmente derivaron en un problema psiquiátrico mayor y por lo tanto hubo un incumplimiento del artículo 10 LCS lo que permite la exoneración del pago a la aseguradora.

Ante esta segunda sentencia, se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo confirma este incumplimiento del artículo 10, manteniendo la sentencia de segunda instancia y nos aclara:

Que el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que recae las consecuencias de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro.

Lo que el TS debe examinar es si el tipo de preguntas eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes conoci-

dos por él o que debieran conocerse se referían las preguntas, lo que permitiría ser consciente de que está ocultando o silenciando datos relevantes.

Por lo tanto, para que se incumpla el artículo 10 LCS se necesita:

- Que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante.
- Que dicho dato hubiera sido requerido mediante el cuestionario
- Que el riesgo declarado sea distinto al real.
- Que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante.
- Que el dato sea desconocido por la aseguradora en ese momento
- Que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto.

En este caso el TS considera que existen pruebas que permiten vincular razonablemente los antecedentes de salud mental ocultados, con la enfermedad o enfermedades que determinaron la invalidez, entendiéndose por lo tanto que existe dolo o culpa grave por parte de la tomadora, pudiendo liberar al asegurador del pago de la prestación tal y como establece el artículo 10 LCS.

2.3. STS 839/2021 de 2 diciembre

Un razonamiento semejante en su fondo a lo expuesto en la Sentencia de 15/11/2021 lo encontramos en la sentencia 2/12/2021 pero con un fallo totalmente opuesto.

En el presente caso, igualmente estamos ante la reclamación de una indemnización por parte del tomador de un seguro de vida, que cubriría el riesgo de fallecimiento y el de invalidez absoluta permanente por la cantidad de 74.112,60. Subsidiariamente se reclama por parte del asegurado demandante la cantidad de 60.000 euros, que era la suma asegurada inicial de la póliza no revalorizada, en el caso de que fuera aplicable a este conflicto el artículo 10.3 LCS.

Esta invalidez permanente viene motivada por una cardiopatía isquémica crónica, producida posteriormente a la formalización del seguro. Comunicado el siniestro, la aseguradora rechazada el mismo al considerar que, en base a los informes médicos presentados como

prueba de esta invalidez permanente, se detecta que se han ocultado datos que la aseguradora considera relevantes, al haber respondido con un «no» a la pregunta «padece o ha padecido de los huesos o las articulaciones». La respuesta proporcionada no era cierta, ya que tiempo antes y debido a varios accidentes laborales el tomador del seguro había sufrido fractura de fémur y clavícula, lo que requirió de intervenciones quirúrgicas y tratamiento médico.

En primera instancia, se estima la íntegramente la demanda, condenando a la aseguradora al abono de las cantidades reclamadas, pues no se considera que la omisión en las respuestas del cuestionario sobre dichas patologías previas se pueda considerar vinculada con el posterior siniestro.

A diferencia del supuesto expuesto con anterioridad, este mismo razonamiento lo va a mantener la segunda instancia y el Tribunal Supremo, que confirma estas sentencias al entender que no existe un nexo causal entre la información omitida y la causa de la invalidez, aplicándose los ya conocidos razonamientos necesarios para que se entienda incumplido el artículo 10 LCS:

- Que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante.
- Que dicho dato hubiera sido requerido mediante el cuestionario
- Que el riesgo declarado sea distinto al real.
- Que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante.
- Que el dato sea desconocido por la aseguradora en ese momento
- Que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto.

3. Algunas conclusiones generales y específicas a la vista de la jurisprudencia reciente

3.1. Deber de declaración, deber de respuesta

Resulta claro que el deber de declaración precontractual del riesgo debe entenderse como un deber de contestación o respuesta a lo que efectivamente pregunte el asegurador. Tal es el alcance de este principio que sobre el asegurador recaerán los efectos de la no presenta-

ción o de una presentación incompleta de dicho cuestionario. Esta responsabilidad será extensible también a los supuestos en los que el contenido del cuestionario presentado sea excesivamente genérico, ambiguo o con preguntas de carácter general sobre la salud que no permitan identificar al asegurado los antecedentes sobre los que el asegurador trata de recabar la información precontractual para fijar debidamente el riesgo asegurado. La jurisprudencia al respecto es copiosa. Sobre la interpretación del alcance del artículo 10 LCS, entre otras de carácter reciente, encontramos las sentencias 661/2020, de 10 de diciembre, 647/2020, de 30 de noviembre, 639/2020 de 25 de noviembre, 638/2020 de 25 de noviembre, 611/2020 de 11 de noviembre o las señaladas en este mismo documento de los meses de noviembre y diciembre de 2021.

3.2. Los límites del deber se encuentran en el cuestionario

Superada la idea que la Ley 50/1980 de Contrato de seguro heredó de la antigua regulación del Código de Comercio, queda claro que el tomador/asegurado (que pueden o no coincidir en la misma persona) está obligado a responder a las preguntas que el asegurador realiza en los cuestionarios que le presentará antes de la formalización del contrato. La jurisprudencia ha sido clara al respecto y esta idea ya estaba presente como de un deber de respuesta cuyos límites se encuentra en el cuestionario, entre otras, en las STS de 10 mayo de 2011 (Recurso 1401/2007), STS 27 de octubre de 1998; 25 de noviembre de 1993, 31 de mayo de 2004; 17 de octubre de 2007, SSTS 25 de octubre de 1995, 21 de febrero 2003 y 27 de febrero de 2005. De esta manera, los Tribunales reconocían que recabar la información veraz de ciertas circunstancias que solo conoce el asegurado, es clave a la hora de configurar debidamente el contrato de seguro. Una información insuficiente, incompleta o errónea conduce a la aseguradora a contratar en unas condiciones muy distintas a las que se ofrecerían si tuvieran una información adecuada a la realidad del riesgo a asegurar.

Siendo el contrato de seguro considerado un contrato de máxima buena fe, se entiende que ambas partes están cumpliendo recíprocamente con los deberes necesarios para configurar debidamente el contrato preguntando y respondiendo al cuestionario que servirá como elemento fundamental para el posterior funcionamiento del seguro. De esta manera, en ningún caso podrá la aseguradora beneficiarse de una posible inconcreción o ambigüedad a la hora de recabar dicha información si el obligado a responder no es capaz de relacionar claramente qué datos están siendo efectivamente requeri-

dos por la contraparte del futuro contrato. Del mismo modo, la parte asegurada será responsable de no responder honestamente al cuestionario, aportando todos los datos que conozca o pudiera conocer con una debida diligencia. La mala fe o negligencia a la hora de ocultar esta información, como hemos visto, será sancionada por la ley permitiendo a la aseguradora rescindir el contrato, reducir el pago de las indemnizaciones o quedar liberado del abono de las mismas, dependiendo del momento en el que conozca efectivamente que la información recibida por parte del obligado a responder no sirvió para configurar debidamente el riesgo asegurado.

Las meras omisiones o la no declaración de circunstancias conocidas o que el asegurado debiera conocer de datos no relevantes para la configuración del riesgo, no legitiman a la aseguradora para invocar el alcance sancionador del artículo 10 LCS.

De la misma manera, la omisión dolosa por parte del asegurado, como hemos podido comprobar en la jurisprudencia más reciente, no puede ser nunca amparada cuando las preguntas realizadas pueden efectivamente conducir al obligado a responder a vincular información relevante que está únicamente a su disposición con lo efectivamente preguntado.

3.3. La relevancia de la causalidad en caso de incumplimiento

Para que se entienda incumplido el artículo 10 y por lo tanto la aseguradora pueda rescindir el contrato, aminorar el abono de las cantidades que le corresponderían al asegurado o quedar liberado de sus deberes los tribunales han sido claros: no toda discrepancia entre la realidad y lo declarado legitimará a la aseguradora a la invocación del artículo 10 en su párrafo tercero. Serán necesario:

- Que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante.
- Que dicho dato hubiera sido requerido mediante el cuestionario
- Que el riesgo declarado sea distinto al real.
- Que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante.
- Que el dato sea desconocido por la aseguradora en ese momento
- Que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto.

La causalidad resulta fundamental para entender el artículo 10 como incumplido por parte del asegurado pues, a pesar de que el asegurado haya podido ocultar incluso deliberadamente una información lo suficientemente relevante como para ponerla en conocimiento del asegurador, esta ocultación no puede ser invocada por la aseguradora si no existe una relación causal real entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Bataller Grau, J; Latorre Chiner, N; Olavarría Iblesias, J. «*Derecho de los Seguros Privados*». Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Calbacho Losada «El deber de declaración del riesgo en la Ley de Contrato de Seguro», *Revista de Derecho Mercantil* números 183-184, págs. 142-143.
- Calzada Conde, M.A. «El deber precontractual de declaración del riesgo». *Poder Judicial* nº16, págs 159-166.
- Marco Arcalá, L. A. «*Seguros de personas. Aspectos generales*». Aranzadi. Cizur Menor. 2006.
- Rubio Vicente, P. J. «*El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*». Editorial Mapfre. Madrid. 2003.
- Vergez Sánchez, M. «Sobre el deber de declaración del riesgo del tomador o del asegurado en el seguro de vida; a propósito de la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Supremo nº 1373/2008 de 4 de enero». *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, Nº. 142, 2010, págs. 397-406.
- VVAA. «*Ley de Contrato de Seguro*» (Badillo Arias, coord.) Ley de Contrato de Seguro. 2º ed. Aranzadi. Cizur menor. 2011.
- VV.AA. «*Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*» (Boquera Martredona, J; Bataller Grau, J; Olavarría Iglesias, J. coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Recursos en línea

Belzuz Abogados, Regla proporcional del artículo 10 del contrato de Seguro (LCS) versus resolución del contrato por parte de la aseguradora». Disponible en <https://www.belzuz.net/es/publicaciones/>

en-espanol/item/11718-regla-proporcional-del-art-10-lcs-versus-resolucion-del-contrato-por-parte-de-la-aseguradora.html. Recuperado 25/03/24.

Hispacolex, Artículos doctrinales. «El asegurado no declaró en el cuestionario médico la patología ocular grave que sufría, pues el seguimiento o control del paciente por un médico es una forma de tratamiento médico. Infracción del artículo 10 LSC». Disponible en <https://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/el-asegurado-no-declaro-en-el-cuestionario-medico-la-patologia-ocular-grave-que-sufria-pues-el-seguimiento-o-control-del-paciente-por-un-medico-es-una-forma-de-tratamiento-medico-infraccion-del-arti/> Recuperado 25/2/2024.

DEL PRINCIPIO MONOGÁMICO DEL MATRIMONIO ROMANO A LAS UNIONES O RELACIONES QUE NO LO RESPETABAN

FROM THE MONOGAMOUS PRINCIPLE OF ROMAN MARRIAGE
TO UNIONS OR RELATIONSHIPS THAT DID NOT RESPECT IT

Elisa Muñoz Catalán

PDI en la Universidad Internacional de La Rioja

Sumario: *I. Introducción. II. Análisis jurídico de las uniones extramatrimoniales que no respetaban el principio monogámico del matrimonio romano. II.A. La consideración del lenocinio en Roma: El papel de la alcahueta o seductora al encubrir una relación amorosa de carácter ilícito. II.B. El ejercicio de la prostitución y las mujeres romanas que se dedicaban a la venta de su cuerpo. II.C. La nota de infamia en el adulterio frente al matrimonio romano esencialmente monogámico. III. Conclusiones. IV. Bibliografía. IV.A. Bibliografía básica. IV.B. Bibliografía complementaria. IV.C. Fuentes legislativas, webgrafía y textos jurídicos.*

Resumen: Con la realización del presente trabajo, pretendemos dar a conocer la existencia desde Roma de una serie de uniones o relaciones, de carácter sexual y normalmente esporádico, calificadas como extramatrimoniales por no respetar el principio monogámico propio del matrimonio romano. Nuestra intención es, por tanto, aportar una sistematización de dichas prácticas surgidas al margen de lo que se consideraba como matrimonio romano legítimo y con plenos efectos, por no respetar los elementos esenciales de dicha institución marital y, muy especialmente, en lo que se refería al mencionado principio monogámico. Por ello, en un primer momento de nuestro estudio, repararemos en el alcance jurídico del lenocinio y en aquellas

otras relaciones esporádicas con mujeres prostitutas que se dedicaban a la exposición pública y venta de su cuerpo, así como finalizaremos ahondando en la configuración del adulterio en Roma; prácticas que, sin duda, se dieron durante la existencia del Imperio y que, de algún modo, ponían de manifiesto la falta de respeto a la monogamia.

Palabras clave: adulterio, lenocinio, matrimonio romano, monogamia, prostitución.

Abstract: With the realization of the present work, we intend to make known the existence since Rome of a series of unions or relationships, of sexual and usually sporadic character, qualified as extramarital for not respecting the monogamous principle of Roman marriage. Our intention is, therefore, to provide a systematization of these practices that arose outside of what was considered legitimate Roman marriage and with full effects, because they did not respect the essential elements of this marital institution and, especially, with regard to the aforementioned monogamous principle. For this reason, in the first part of our study, we will look at the juridical scope of the lenocinium and at those other sporadic relationships with female prostitutes who were dedicated to the public exhibition and sale of their bodies, as well as we will finish by delving into the configuration of adultery in Rome; practices that, without a doubt, occurred during the existence of the Empire and that, in some way, showed the lack of respect for monogamy.

Key words: adultery, lenocinium, roman marriage, monogamy, prostitution.

I. INTRODUCCIÓN

Con la elaboración de la presente investigación, nuestro objetivo principal es adentrarnos en cuál fue la regulación jurídica que en Roma se hizo de aquellas relaciones calificadas de extramaritales y *sine conubio* por no cumplir con alguno de los presupuestos esenciales propios del matrimonio romano legítimo o *iustum matrimonium* y, muy en particular, nos centraremos en la falta de respeto al matrimonio romano esencialmente monogámico, lo que impedía que la unión desplegara plenos efectos para el ordenamiento romano. Puesto que, en esta materia, se parte¹ de las dos célebres definiciones sobre

¹ Sobre el alcance del matrimonio en las fuentes, vid. ALBERTARIO, E., «La definizioni del matrimonio secondo Modestino», *Estratto dagli Studi in Memoria di Aldo Albertoni I*, Editorial Antonio Milani, Padova 1935, págs. 241- 256.

el matrimonio que encontramos en las fuentes, al concebirlo expresamente como: «La unión de hombre y mujer en un consorcio para toda la vida» (D. 23,2,1. Mod. 1 *reg.*), y también: «La unión de hombre y mujer con la finalidad de vivir en comunidad» (IJ. 1,9,1).

No podemos olvidar que el matrimonio sigue siendo hoy, sin duda, una de las instituciones esenciales en nuestro sistema jurídico vigente y que se ha ido adaptando a los tiempos, con la finalidad de respetar los derechos del ser humano y su dignidad², así como que pueda ser contraído por todos sin distinciones; prueba de ello es que, más recientemente y tras la entrada en vigor de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI³, se ha reformado el artículo 44 de nuestro el Código Civil español⁴ en aras a que el matrimonio sea cada vez una figura más inclusiva y a la que puedan acceder todos por igual; puesto que, desde dicha modificación, ya toda persona tiene derecho a contraer matrimonio y tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Por dicho motivo, consideramos que el momento actual es el más adecuado para reparar precisamente en esa carencia de legitimad en aquellas otras relaciones que en Roma no cumplían con el requisito esencial del respeto al principio monogámico del matrimonio roma-

² En este contexto, cabe acudir al propio artículo 10 de nuestra Constitución española pues dicho precepto resalta textualmente la importancia de: «1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.* 2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*», Cfr. Constitución española (BOE nº 311, de 29/12/1978) [En línea]: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

³ Cfr. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE nº 51, de 01/03/2023) [En línea]: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-5366

⁴ Cfr. Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>; Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/01/13>; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>; Ley 30/1981, 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-16216>.

no. De ahí que centremos el objeto de estudio en el alcance jurídico del lenocinio durante la vigencia del Imperio romano, en aquellas uniones esporádicas con mujeres romanas prostitutas que se dedicaban a la exposición pública de su cuerpo, así como examinaremos la consideración del adulterio; prácticas todas ellas que entendemos que, de algún modo, ponían de manifiesto esa falta de respeto al principio básico de que el matrimonio romano fue esencialmente monogámico.

Como ya tuvimos ocasión de avanzar y ahora ampliamos⁵, en Roma el matrimonio se configuró como una institución central dentro de la familia romana por entenderse como aquella unión de hecho entre dos personas, de sexo distinto, con la intención de comportarse recíprocamente como marido y mujer. Siendo su fundamento la convivencia conyugal y el consentimiento continuado de los que se unían maritalmente, considerándose el *conubium* un presupuesto esencial de capacidad jurídica para poder contraer un *matrimonium iustum* con plenos efectos, así como la necesaria capacidad física o natural de los contrayentes representada especialmente por la edad de los mismos, siendo sus elementos esenciales tanto la *affectio maritalis* como el *honor matrimonii*.

Y, a *sensu contrario* y cuando no se cumplían dichos presupuestos, surgían los conocidos como *iniustum matrimonium* o uniones extraconyugales que carecían de *ius conubii*, siendo muy numerosas durante la existencia del Imperio romano. Motivo por el cual autores como Ghirardi⁶ ya hace años categorizaron, mediante distintos criterios clasificatorios, la gran cantidad de lo que él consideraba textualmente como «uniones sexuales», «actos sexuales *contra natura*» o «relaciones carnales consentidas» llevadas a cabo al margen del matrimonio legítimo; de ahí que nosotros, en su momento, clasificáramos en unas treinta aproximadamente, partiendo de la etapa clásica para ver su evolución con la influencia de las ideas Cristianas con Constantino I y con el emperador Justiniano.

No obstante, en el presente trabajo únicamente nos interesa el criterio clasificatorio que alude a la falta de respeto al matrimonio

⁵ Para un estudio del alcance jurídico del matrimonio romano y otras uniones extramatrimoniales, nos remitimos a lo ya apuntado el siguiente trabajo de la autora que nos sirve de punto de partida, vid. MUÑOZ CATALÁN, E., *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: Fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica*, Arias Montano, UHU 2013, págs. 31 ss., 130 ss., y 361 ss.

⁶ Por lo que se refiere a la mencionada tipología, vid. GHIRARDI, J. C. «Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho Romano», *Revista General de Derecho Romano*, V, Madrid 2005, págs. 1-49.

romano monogámico y a los principios de la moral romana rechazándose la bigamia en Roma, pues en esta categoría es donde expresamente nos encontramos con las relaciones con prostitutas, lenas y se engloba, en general, el adulterio; prácticas esporádicas todas ellas que, seguidamente, pasamos a detallar en un apartado específico para cada una.

II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES QUE NO RESPETABAN EL PRINCIPIO MONOGÁMICO DEL MATRIMONIO ROMANO

II.A. La consideración del lenocinio en Roma: El papel de la alcahueta o seductora al encubrir una relación amorosa de carácter ilícito

El primer epígrafe de nuestro trabajo lo vamos a dedicar al lenocinio como práctica consistente en hacer ganancia con el cuerpo, surgida en Roma al margen del matrimonio. En términos generales, la persona considerada como lena (mujer) o leno (hombre), era aquella que demostraba una actitud poco honorable, alcahueta y/o seductora porque concertaba, encubría⁷ o facilitaba una relación amorosa de carácter ilícito y al margen del matrimonio romano.

Sobre dicha práctica, la doctrina⁸ ha aclarado textualmente que el término *lenocinium* es entendido como alcahuetería y ésta comprende no solo solicitar o inducir a una mujer para que tenga un trato lascivo o lujurioso con un hombre, sino el encubrir u ocultar algo; a pesar de que en las fuentes no se encuentra una noción precisa, no faltan referencias a las personas que lo cometían y se relaciona con la

⁷ En cuanto al encubrimiento, en las fuentes encontramos algunos los supuestos: Cfr. D. 48,5,9 (Marcian. 2 *de adult.*): *Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matre familias vel cum masculo fieret, sciens praebuerit vel quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit: cuiuscumque sit condicionis, quasi adulter punitur*; D. 48,5,10 pr. (Ulp. 4 *de adult.*): *Et si amici quis domum praebuisset, tenetur*; D. 48,5,15 pr. (Scaev. 4 *reg.*): *Is, cuius ope consilio dolo malo factum est, ut vir feminave in adulterio deprehensi pecunia aliave qua pactione se redimerent, eadem poena damnatur, quae constituta est in eos, qui lenocinii crimine damnantur*; D. 48,5,30,2 (Ulp. 4 *de adult.*): *Plectitur et qui pretium pro comperto stupro acceperit: nec interest, utrum maritus sit qui acceperit an alius quilibet: quicumque enim ob conscientiam stupri accepit aliquid, poena erit plectendus. ceterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet.*

⁸ PANERO ORIA, P., «Lenae et lenones», en GARCÍA SÁNCHEZ, J.; DE LA ROSA DÍAZ, P. y TORRENT RUIZ, A. (Coords.), *Estudios Jurídicos in Memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Salamanca 2002, págs. 783-798.

obtención de un lucro. En este sentido, con la expresión «crimen de lenocinio» se alude no solo a toda conducta consistente en adquirir un provecho de una unión sexual de las sancionadas en la *Lex Iulia de adulteriis*, sino también de aquellas otras tendentes a encubrir la comisión de alguna de esas relaciones.

Como avanzábamos, la *Lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.) castigaba como *adulterium* o *stuprum* toda unión sexual fuera del matrimonio, existiendo diferentes categorías de mujeres con respecto a las cuales era posible tener relaciones sexuales sin incurrir en pena alguna. En concreto, se trataba de aquellas mujeres consideradas *probosae* o *turpes* y carentes de honestidad, con las que se podía contraer concubinato y a las que nunca se les podría denominar *materfamilias*. Y, dentro de este grupo, nos encontramos con las esclavas (*servus*), las actrices (*scaenica*) y las condenadas en juicio público; igualmente, las adúlteras condenadas, las mujeres que habían violado la fidelidad matrimonial, así como las *obscuri loco natae*, es decir, las hijas de actores o actrices cuyo origen fue oscuro y poco honorable. Finalmente, no podemos olvidar a las libertas, las meretrices o amantes (*meretrix*), las prostitutas —*que examinaremos en el siguiente apartado*— o las exprostitutas, y las alcahuetas o seductoras (*lenas*), éstas últimas objeto de análisis del presente apartado.

A lo anterior cabe añadir cómo Panerio Oria⁹, al examinar esta práctica, igualmente sostiene que la legislación matrimonial de Augusto dividió en tres categorías a las mujeres: a) Las mujeres que podían casarse con los senadores y con los demás ingenuos; b) aquellas mujeres a quienes no les estaba permitido contraer matrimonio con senadores, pero sí con ingenuos; c) y las mujeres que no podían ser castigadas por la *Lex Iulia de adulteriis*, es decir, prostitutas, alcahuetas, actrices y las nacidas de oscuro linaje, consideradas *probosae* y que no tenían el derecho a contraer un *matrimonium iustum* en Roma. Por lo que desde el emperador Augusto dicha práctica se reguló, pues siempre había un lucro o ganancia con el cuerpo.

En cuanto a los tipos de *lenocinium* en la *Lex Iulia de adulteriis*, Rizzelli¹⁰ mantiene expresamente que el lenocinio se producía por cualquiera de las siguientes conductas que pasamos a recapitular:

⁹ PANERIO ORIA, P., «Algunas observaciones en torno al concubinato», en LÓPEZ-ROSA, R. Y DEL PINO-TOSCANO, F. (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva 2004, págs. 530.

¹⁰ RIZZELLI, G., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, strupum*, Edizioni del Grifo, Italia 1997, págs. 62 y 123 ss.

- a) *Lenocinium mariti*: Nos referimos al lenocinio del hombre, esto es, aquella conducta ilícita que consistía en obtener algún lucro por parte del marido, a causa del adulterio con otra mujer.
- b) *Lenocinium uxoris*: Se trataba del lenocinio de la mujer; y este tipo se caracterizaba por el hecho de que el marido, aun habiendo sorprendido a su mujer en adulterio con el cómplice y cometiendo ésta un flagrante delito, no la repudiaba.
- c) Lenocinio por contraer matrimonio con adúltera condenada en juicio: Esta tercera causa tenía lugar cuando el hombre contraía un matrimonio con una mujer, que había sido condenada en juicio previamente por adulterio.

Las tres *ex causa lenocinii* examinadas hasta ahora se suelen completar con otras dos actitudes o prácticas entendidas más que como lenocinios como formas de cooperación o encubrimiento del *adulterium* o *estrupum* motivado a que, de algún modo, propiciaban dichos actos y no los limitaban. En cuanto a dichas prácticas similares, se añadirían: 1º de un lado, la conducta consistente en tratar de proporcionar el lugar donde la adúltera y su cómplice mantenían dicha conducta ilegítima; 2º y, de otro lado, el encubrir o no delatar el estrupo o adulterio ajeno.

En este punto y, de forma comparativa y como veremos en el siguiente epígrafe ya con más detalle, nos gustaría aclarar que tuvieron la consideración jurídico-social de «prostitutas» todas aquellas mujeres romanas de vida torpe, deshonrosa y con falta de pudor, que se dedicaban a la exposición pública y venta de su cuerpo a cambio de mantener relaciones sexuales esporádicas; mientras que como hemos comentado, por su lado, se calificaban como «*lenae*» las alcahuetas y/o seductoras que concertaban, encubrían o facilitaban una relación amorosa de carácter ilícito, por considerarse esa actitud como poco honorable.

En todo caso, el Derecho Romano clásico prohibió el *matrimonium iustum* con este tipo de personas y las relaciones por concubinato fueron consideradas como uniones extrafamiliares en ausencia de *conubium*, dado el *corpore quaestum faciens* o el encubrimiento. Detengámonos, en este punto, en alguno de los textos que regulan estos supuestos excluidos penalmente de estrupo y en los que se permitía legalmente tener relaciones concubinarias extraconyugales con mujeres que traficaban con su cuerpo o con esas personas seductoras que se dedicaban al lenocinio:

D. 23,2,44,1 (Paul. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Hoc capite prohibetur Senator libertinam ducere eamve, cuius pater materve artem iudicram fecerit, item libertinus Senatoris filiam ducere.*

En este primer texto, observamos cómo el jurista Paulo aclara que se prohíbe al senador (*hoc capite prohibetur Senator*) tomar por mujer a una libertina (*libertinam ducere eamve*) o a aquella cuyo padre o madre hubiere representado en las diversiones públicas (*cuius pater materve artem iudicram fecerit*); al igual que ocurría con el libertino, a quien tampoco se le permitía tomar por mujer a la hija de un senador (*item libertinus Senatoris filiam ducere*). Si bien es cierto que, en ningún caso, se desprende que se limitasen las relaciones concubinarias.

D. 23,2,47 (Paul. 2 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Senatoris filia, quae corpore quaestum vel artem iudicram fecerit, aut indicio publico damnata fuerit, impune libertino nubit; nec enim honos ei servatur, quae se in tantum foedus deduxit.*

En línea con la fuente anterior, aquí también Paulo niega el honor (*enim honos ei servatur, quae se in tantum foedus deduxit*) a la hija de un senador que hubiera hecho ganancia con su cuerpo (*senatoris filia, quae corpore quaestum*), representado en las diversiones públicas (*vel artem iudicram fecerit*) o que hubiese sido condenada en juicio público (*aut indicio publico damnata fuerit*); matizando que se si se casaba, debía hacerlo con un libertino para que fuera impune (*impune libertino nubit*).

Por lo que, finalmente, se excluyó de la pena por adulterio y/o estupro aquellas relaciones concubinarias establecidas entre un hombre y cualquiera de las mujeres citadas previamente, especialmente en lo que respecta a las prostitutas y alcahuetas, al no ser consideradas jurídicamente ni como matrimonio ni como una unión ilícita en sentido estricto, pudiendo incluso coexistir con el matrimonio.

II.B. El ejercicio de la prostitución y las mujeres romanas que se dedicaban a la venta de su cuerpo

Como advertíamos previamente, la *Lex Iulia de adulteriis* castigaba como *adulterium* o *stuprum* toda unión sexual fuera del matrimonio, dejando a salvo una serie de categorías de mujeres con respecto a las cuales era posible tener relaciones sexuales sin incurrir en pena alguna, y tal era el caso de las que ejercían la prostitución o aquellas mujeres romanas de vida torpe, deshonrosa y con falta de pudor, que

se dedicaban a la exposición pública y venta de su cuerpo a cambio de mantener relaciones sexuales esporádicas.

Bajo las premisas expuestas, en este apartado de nuestro estudio vamos a reparar en las prostitutas romanas. Pues bien, a diferencia de lo que ocurrió en Grecia, en Roma la prostitución no era sagrada ni era considerada como algo infamante, sino que se entendía como una expresión de la libertad que solo estaba prohibida a las matronas honorables; tras la II Guerra púnica (siglo II a.C.), la actividad política y la vida social se desarrollaba en el foro romano y eran los hombres los que salían a la calle a ejercer su profesión, salvo un tipo de mujeres de baja condición social que comerciaban con su cuerpo a cambio de dinero, conocidas expresamente con el nombre de prostitutas. En términos generales, los estudios¹¹ que abordan el ejercicio de la prostitución y el comercio sexual, mantienen que este oficio era resultado del contexto económico-social de la Roma de finales de la etapa republicana; las primeras normas reglamentarias que conocemos son las promulgadas por un edil hacia el año 180 a.C., Marcus, quien trató de regular el ejercicio de la prostitución en los lupanares y en las calles.

Como ya tuvimos ocasión de anotar y ahora desarrollamos¹², estas mujeres que comerciaban con su cuerpo debían inscribirse en un registro especial para poder ejercer su profesión legalmente en zonas aisladas, concediéndosele una licencia *stupri* aunque conviene matizar que eso no le otorgaba ninguno de los derechos civiles y eran consideradas como prostitutas-esclavas para toda la vida; de hecho, se le asignaba un propietario para siempre, quien podía incluso venderla si ésta seguía ejerciendo la prostitución con el nuevo dueño.

En este punto, entendemos muy ilustrativas las palabras de Ghirardi¹³ quien al analizar la prostitución en Roma no dudaba en sostener literalmente que: «*Suele decirse que es la profesión más antigua del mundo y eso, al menos en lo que a Roma respecta resulta verdad, si hemos de estar al mito de su fundación. Cuenta Tito Livio que Rómulo*

¹¹ Sobre este aspecto, destaca por ejemplo Vanoyeke quien no duda en resaltar que Roma era una de las ciudades con el índice más elevado de prostitución, quizás fruto del hambre, las catástrofes naturales, epidemias como las de peste, malaria, etc., vid. VANOYEKE, V., *La prostitución en Grecia y en Roma*, Editorial EDAF, Madrid 1991, págs. 95-96.

¹² En este punto, partimos del siguiente trabajo de la autora, vid. MUÑOZ CATALÁN, E., *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: Fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica*, Arias Montano, UHU 2013, págs. 361 ss.

¹³ GHIRARDI, J. C. «Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho Romano», *Revista General de Derecho Romano*, V, Madrid 2005, págs. 9, 30-49.

y Remo fueron recogidos y amamantados por Acca Laurentia, mujer que pese a disfrutar de una posición social relativamente elevada, ya que su esposo Fáustulo era el mayoral de los ganados del rey, ejercía la prostitución. Por ello, porque frecuentaba los lupanares, los pastores la llamaban «lupa», la loba, lo que habría dado lugar —según el historiador— a la prodigiosa leyenda. La profesión en Roma no era en sí ilícita, ¿cómo podría serlo?».

Si acudimos a las fuentes que regulan esta materia, consideramos muy interesantes los siguientes textos jurídicos de los que se extrae tanto el listado de mujeres consideradas prostitutas como el significado de su oficio con la expresión «hacer públicamente ganancia con su cuerpo». Pasamos, pues, a reproducirlos para luego analizarlos:

D. 23,2,43 pr. (Ulp. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Palam quaestum facere dicemus non tantum eam, quae in lupanario se prostituit, verum etiam si qua (ut adsolet) in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit.*

De dicho pasaje se extrae, en suma, cómo el Ulpiano resalta que la *Lex Iulia et Papia Poppaea* prohibió que los ingenuos contrajesen matrimonio con mujeres de mala fama (*palam quaestum facere dicemus non tantum eam*). Incluyendo no solo a las prostitutas que trabajaban en un lupanar (*quae in lupanario se prostituit*), sino también a aquellas que no respetaban su pudor en la taberna de un hostelero o en alguna otra parte; refiriéndose de forma genérica a mujeres adúlteras, flagrantes y artistas de teatro (*verum etiam si qua [ut adsolet] in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit*).

De modo que cabe admitir que, tal y como ocurrió en Grecia, las prostitutas romanas con las que se podía tener relaciones *contra legem* podían ser los siguientes tipos, los cuales, ordenamos en la siguiente Tabla n.1 que hemos elaborado para mayor claridad, para seguidamente pasar a explicarlos¹⁴:

- a) *Delicatae* (del lat., delicado, encantador): El primero de los tipos señalados, efectivamente aludía a aquellas mujeres prostitutas que desempeñaban su profesión dentro de los burdeles.
- b) *Lorettes*: En cuanto a esta segunda clase de prostitutas, cabe señalar que fueron las mujeres que traficaban con su cuerpo a cambio de grandes cantidades de dinero que recibían de sus clientes.

¹⁴ VVAA. FUNDACIÓN SOLIDARIDAD DEMOCRÁTICA, «La prostitución de las mujeres», Instituto de la Mujer. *Serie Estudios XVII*, Madrid 1988, págs. 13-14; vid. VANOYEKE, V., *La prostitución en Grecia y en Roma*, Editorial EDAF, Madrid 1991, págs. 95 ss.

Tabla n. 1. La prostitución en Roma y su tipología

MUJERES PROSTITUTAS EN ROMA	
<i>Delicatae</i>	Mujeres que desempeñaban su profesión de prostitutas dentro de los burdeles.
<i>Lorettes</i>	Mujeres que traficaban con su cuerpo, a cambio de grandes cantidades de dinero que recibían de sus clientes.
<i>Cuadrautariae</i>	Mujeres prostitutas de más baja condición social que cobraban menos por sus servicios.
<i>Lupae</i>	Conocidas como «mujeres lobo» pues, desde los bosques, trataban de atraer a sus clientes fingiendo el aullido de estos animales, simbolizando que estaban libres.
<i>Copae o caupona</i>	Mujeres prostitutas que servían en posadas y tabernas.
<i>Foraie</i>	Mujeres que ejercían su oficio de tráfico con su cuerpo en los caminos.

Fuente: *Elaboración propia*

- c) *Cuadrautariae*: A diferencia de las anteriores, esta tercera categoría consistía eran las mujeres prostitutas de más baja condición social y, por ello, cobraban menos por sus servicios de traficar con su cuerpo.
- d) *Lupae* (del lat. loba, prostituta, cortesana, ramera): En este caso, igualmente eran conocidas también como «mujeres lobo» dado que, desde los bosques cercanos a las ciudades, trataban de atraer a sus clientes fingiendo el aullido de estos animales salvajes, simbolizando que estaban libres para estas prácticas sexuales¹⁵.
- e) *Copae* (del lat. tabernera) o *caupona* (posadera): En este grupo englobamos aquellas mujeres las prostitutas que servían en posadas y tabernas.
- f) *Foraie*: Finalmente, este tipo de prostitutas aludía a aquellas mujeres que ejercían su oficio en los caminos.

¹⁵ En cuanto a este tipo, vid. HERREROS GONZÁLEZ, C. y SANTAPAU PASTOR, M. C., Prostitución y matrimonio en Roma: ¿Uniones de hecho o de derecho?, *Iberia: Revista de la Antigüedad*, VIII, 2005, pág. 107.

Para acabar podemos afirmar que, a pesar de los escasos textos con los que contamos, se deduce que la prostitución se vio reducida hacia el año 476 d.C. con la llegada de los bárbaros al Imperio y la decadencia de Occidente. Concretando lo anterior, ya en el año 531 d.C., el emperador Justiniano promulgó la *Lex de lenonibus* con el objetivo principal de reglamentar la prostitución y las demás prácticas ilícitas en el Imperio, considerándose a este tipo de mujeres como *polar omnibus*, es decir, mujeres que se ofrecían públicamente por dinero y no por placer; llegándose incluso a crear, por parte de la mujer de Justiniano, Teodora, una institución para reinsertarlas socialmente.

II.C. La nota de infamia en el adulterio frente al matrimonio romano esencialmente monogámico

No cabe duda que el matrimonio romano fue esencialmente monogámico de modo que, en principio, no cabía hablar de una tercera persona ajena o cómplice en dicha relación marital. En este sentido, recordamos que las dos célebres fuentes citadas al comienzo de nuestro trabajo, definen al *matrimonium iustum* como la unión entre un hombre y una mujer con la intención mutua de vivir en comunidad; siendo, por tanto, rechazadas desde los comienzos del Imperio romano hasta su posterior evolución aquellas uniones maritales bígamas donde no se respetaba ese único vínculo de hombre y mujer¹⁶. E, igualmente, existen otros textos jurídicos posteriores de los que no encontramos referencia expresa al principio monogámico del matrimonio en Roma, aunque indirectamente sí lo deducimos:

Ulp. 5,2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.*

A modo de ejemplo de lo antes indicado y, del análisis de dicho pasaje, se extrae una definición de matrimonio romano que alude a la capacidad jurídica y física de las partes que se unen maritalmente bajo un consentimiento prestado libremente (*qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant*). De modo que se puede concluir que, aun sin mencionar el principio monogámico, indirectamente sí se concibe el *ius-tum matrimonium* entre un solo hombre y una sola mujer (*iustum matrimonium est, si inter eos*).

¹⁶ Cfr. D. 23,2,1. Mod. 1 *reg.*; IJ. 1,9,1.

Por dicho motivo, encontramos en el presente apartado de nuestro estudio, la necesidad de analizar el alcance jurídico del adulterio en Roma, sobre la premisa general antes señalada de que la *Lex Iulia de adulteriis* castigaba como *adulterium* o *stuprum* toda unión sexual fuera del matrimonio, dejando a salvo las mencionadas categorías de mujeres con respecto a las cuales sí era posible tener relaciones sexuales sin incurrir en pena alguna, tales como las lenas o prostitutas.

En cuanto al término «adulterio», su raíz latina está en la voz *adulterium*, traducándose por lo que es «impúdico», «adulterado», «alterado», o «falsificado»; y, aplicado al matrimonio, Volterra¹⁷ sostiene textualmente que alude al delito cometido por quienes mantenían relaciones sexuales esporádicas impúdicas fuera de la unión marital, esto es, el *adulter* o la adúltera tachado con la llamada «nota de infamia» y sobre el que recaían sanciones, no sólo pecuniarias sino también incluso aquellas otras más graves como la muerte para la mujer adúltera.

En la misma línea, Rizzelli¹⁸ analizó la evolución jurídica de esta institución, señalando como fundamento jurídico del delito de adulterio la infidelidad matrimonial de al menos uno de los cónyuges, lo que constituía un impedimento para el matrimonio en caso de querer unirse el adúltero con su cómplice. Siendo, por ende, el matrimonio con mujer adúltera ineficaz y considerado como matrimonio *iniustum*, a tenor del siguiente texto que reproducimos:

D. 48,5,5 (Iul. 86 dig.): *Nuptam mihi adulterii ream postulari posse in priore matrimonio commissi, dubium non est, quum aperte lege Iulia adulteriis coercendis caveatur, si quidem vidua sit, de cuius adulterio agetur, ut accusator liberum arbitrium habeat, adulterum an adulteram prius accusare malit: Si vero nupta sit, ut prius adulterum peragat, tunc mulierem.*

Del estudio del mismo se puede afirmar que el matrimonio con una adúltera era ineficaz pero existente, esta clase de matrimonio no le fue indiferente al ordenamiento romano (*nuptam mihi adulterii ream postulari posse*) y los hijos habidos, aun tenidos como *adulte-*

¹⁷ En cuanto al adulterio y los matrimonios ilegítimos, vid. VOLTERRA, E., «Iniustum matrimonium», en GROSSO, G. (Coord.), *Studi in Onore di Gaetano Scherillo II*, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, Milano 1972, págs. 441-470; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Editorial Civitas, Madrid 1986, págs. 113-114.

¹⁸ RIZZELLI, G., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Edizioni del Grifo, Italia 1997, págs. 14 ss.

rinus, fueron reconocidos por el Derecho Romano (*quum aperte lege Iulia adulteriis coercendis caveatur*).

Por lo anterior, merece una especial referencia el tema de las penas impuestas por la ley en caso de adulterio ya que se considera que, si bien la ley imponía al adúltero la confiscación de un tercio de sus bienes, a la mujer adúltera se le castigaba con la pérdida de un tercio de su dote, así como con la disolución del matrimonio por parte del marido siempre que éste hubiera tenido constancia de ello. En este punto, partimos de los siguientes textos de Ulpiano quien específicamente trata la cuestión de la consideración jurídica del adulterio como delito sancionable:

D. 4,2,7,1 (Ulp. 11 *ad edict.*): *Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit, Pomponius libro vicensimo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem vel vincula. Quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus. sed et si, ne prodatur ab eo qui deprehenderit, alienaverit, succurri ei per hoc edictum videtur, quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus.*

En este pasaje, Ulpiano de forma general reconoce que si alguien era sorprendido robando, cometiendo adulterio o cualquier acto reproducible similar (*proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit*) sería sancionado legalmente. Aclarando que, en ningún caso, se le daría la muerte si bien se le castigaría por ello (*quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus*) y sufriría por el delito cometido (*quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus*).

D. 23,2,43,12 (Ulp. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Quae in adulterio deprehensa est, quasi publico iudicio damnata est. proinde si adulterii condemnata esse proponatur, non tantum quia deprehensa est erit notata, sed quia et publico iudicio damnata est. quod si non sit deprehensa, damnata autem, idcirco notetur, quia publico iudicio damnata est, at si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, adhuc tamen notam illi obesse debere, quia verum est eam in adulterio deprehensam, quia factum Lex, non sententiam notaverit.*

Sobre el adulterio, en este texto Ulpiano mantiene que la mujer que fuese sorprendida en adulterio (*quae in adulterio deprehensa est*) sería enjuiciada públicamente y castigada (*quasi publico iudicio damnata est*). Resaltando, asimismo, la posible sanción por infamia (*quod*

si non sit deprehensa, damnata autem, idcirco notetur, quia publico iudicio damnata est, at si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem).

Por tanto, las adúlteras no podían contraer matrimonio pues con el *adulterium* se incumplía la promesa de mutuo consentimiento entre los contrayentes; y este hecho era importante si tenemos en cuenta que, durante la época clásica, dicho consentimiento debía ser continuado y no meramente inicial consistiendo en la voluntad efectiva y continuada de los cónyuges de estar unidos establemente en matrimonio. De este modo lo confirma la doctrina¹⁹ cuando, al tratar este impedimento, indica que el matrimonio en Roma era rigurosamente monogámico siendo imposible la existencia de un cónyuge unido matrimonialmente con otras personas contemporáneamente, porque si ello ocurría, o se entendía disuelto el primer matrimonio por *divortium* o si éste no se había disuelto se producía una situación de concubinatio entre el cónyuge y la tercera persona.

Pues bien, en este punto cabe diferenciar bien entre el «adúltero», que era quien violaba la fidelidad debida en matrimonio y la «adúltera», conocida ésta como aquella mujer que de alguna manera violaba la fidelidad matrimonial. Se suele admitir por la doctrina ya antes referenciada que estamos ante una unión sexual extrafamiliar en la que tenía un papel fundamental la mujer, por ser ella quien únicamente cometía adulterio; por ello, en la etapa arcaica, el varón que sufría el adulterio por parte de su esposa podía castigarla a través del *iudicium domesticum* o procedimiento privado excepcional en el que se consultaba al *paterfamilias* y demás parientes que formaban el conocido como consejo de familia (*concilium propinquorum*).

A través de este juicio, se permitía al padre de la mujer adúltera matarla tanto a ella como a su cómplice en caso de que ésta mantuviera dichas relaciones a escondidas y en la casa del marido. Se entendía, por ende, como una acción de impudor gravísima que no sólo afectaba la moral de la mujer, sino a todo el círculo familiar, como a sus dioses y ritos privados. Y, en cuanto a la represión familiar del adulterio en el Derecho primitivo, es aceptado que se imponían distintas sanciones a la mujer respecto al hombre, aun cuando se tratase del mismo delito.

Con las leyes matrimoniales de Augusto, se sustituyó el antiguo *iudicium domesticum* por el *iudicium moribus* considerándose el adul-

¹⁹ ROBLEDA, O., *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Librería Editrice Università Gregoriana, 1970, págs. 197-198.

terio como una limitación al matrimonio dada la falta de *conubium* entre los contrayentes para contraer un matrimonio justo, calificándose generalmente como de *impedimentum criminis*. Se defiende, en este contexto, que no es hasta Augusto cuando se considera el adulterio como un crimen público al tratarse de un delito que gozaba de una *accusatio publica*, a diferencia del estupro que también era reprimido por la *Lex Iulia*.

Pues bien, en caso de unirse, esta relación era calificada como impúdica e ineficaz debido al crimen cometido, tal y como se extrae de la interpretación de los textos²⁰ analizados a lo largo de nuestro trabajo y que abordan indirectamente tanto la represión del adulterio como la infamia. La *Lex Iulia de adulteriis coercendis* prohibía el matrimonio entre una persona casada y el adúltero, castigando a la mujer casada que mantenía relaciones sexuales con otro varón distinto de su marido; el *adulterium* se consideraba entonces como un crimen público, perseguido a instancias del marido o del padre de la adúltera y, también de cualquier ciudadano, si ellos no lo hacían transcurridos dos meses desde el divorcio.

En particular, la represión pública de esta ley de Augusto se manifestaba en los siguientes hechos que nos muestra Cantarella²¹ y que, a continuación, pasamos a resumir recapitulando lo hasta ahora anotado:

- 1.º En primer lugar, la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* fue en esencia la primera norma escrita que castigaba el adulterio como crimen en sí mismo considerado a través del nuevo *iudicium*²²;

²⁰ En este ámbito, de manera complementaria Cfr., D. 17,2,52,8 (Ulp. 31 *ad edict.*); D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*); D. 24,1,2 (Paul. 7 *ad sab.*); D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*); D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*); D. 48,5,5 (Iul. 86 *dig.*); D. 48,5,6,1 (Pap. 1 *de adult.*).

²¹ Para ampliar dicha cuestión, vid. CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua: Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*, Editorial Clásicas, Madrid 1991, págs. 120 ss.

²² Cfr. D. 48,5,25 pr. (Macer 1 *public.*): *Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur, sed non quemlibet, ut patri: nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum domi suae (non etiam soceri) in adulterio uxoris occidere eum, qui leno fuerit quive artem ludicram ante fecerit in scaenam saltandi cantandive causa prodierit iudiciove publico damnatus neque in integrum restitutus erit, quive libertus eius mariti uxorisve, patris matris, filii filiae utrius eorum fuerit (nec interest, proprius cuius eorum an cum alio communis fuerit) quive servus erit*; D. 48,5,39 pr. (Pap. 36 *quaest.*): *Si adulterium cum incesto committatur, ut puta cum privigna nuru noverca, mulier similiter quoque punietur: id enim remoto etiam adulterio eveniret*; D. 48,5,43 (Tryph. 2 *disputat.*): *Si is, qui ius anulorum impetavit, adulterium commisit in patroni uxorem aut in patronam suam, aut in eius eive, cuius libertus patris aut matris, filii filiaeve fuit: an ut libertus puniri debeat? et si deprehensus sit in adulterio, an impune occidatur? et magis probo subiciendum poenae libertinorum, quoniam lege Iulia de adulteriis*

este sentido, Augusto pretendía restaurar las costumbres tradicionales y familiares en Roma incrementando el número de matrimonios legales con carácter estable en el Imperio y rechazando las uniones extramatrimoniales ilegítimas, lo que le llevó importantes innovaciones en el ámbito penal.

- 2.º Asimismo, destacar que con esta norma se hacía pública la acusación contra los adúlteros aun cuando se sometía el ejercicio de esta *accusatio iure extranei* a la acusación privilegiada a favor del marido de la mujer que cometía adulterio y de su *paterfamilias*. La ley calificaba como adulterio las relaciones extramatrimoniales en sí mismas y aquellas otras mantenidas al margen de los matrimonios legítimos.
- 3.º En cuanto a los presupuestos del adulterio cabe apuntar que la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* exigía en estos casos una violación de la fe conyugal, diferenciándose así del estupro que aludía a cualquier otra relación sexual esporádica de carácter ilícito en la que no existía tan intención marital; de la misma forma, esta ley imponía al marido que había sufrido el adulterio y tenía pruebas de ello, la obligación de divorciarse disolviendo el vínculo marital por la actitud impúdica de la mujer deshonesto, a pesar de que esta imposición iba en contra de la libertad de los cónyuges. Se entendía, por tanto, que solo así se podría acusar con la nota de infamia a la adúltera e imponerle penas severas y, en caso de que el marido no repudiara a la adúltera ni disolviera el matrimonio, dicho incumplimiento podría llevarle a ser acusado de lenocinio.
- 4.º A lo anterior cabe añadir, igualmente, que la ley permitía que el varón que hubiera sufrido el adulterio por parte de su mujer pudiese matar al cómplice de adulterio cuando hubieran sido sorprendidos en su casa, y el adúltero fuera de clase inferior a él, dada la actitud deshonrosa que había cometido; dejándose impune la venganza privada del marido por considerarse que hacía falta también una actitud pública y notoria que reflejase el profundo rechazo y desaprobación del adulterio. De igual modo, esta norma otorgaba el *ius occidendi* al *paterfamilias* para llevar a cabo la venganza privada contra el cómplice adúltero, pero solo en supuestos de delitos flagrantes.

coercendis ad tuenda matrimonia pro libertinis eos haberi placuit et deteriozem causam per istud beneficium patronorum haberi non oportet.

En suma, acabamos el presente epígrafe afirmando que el *adulterium* por su carácter social limitaba, en definitiva, el matrimonio de forma relativa y la ausencia de *conubium* en estos supuestos venía justificada por el principio monogámico del matrimonio romano clásico pues quienes cometían adulterio eran considerados bigamos y, por ende, acusados de infamia. En cuanto a la evolución de este tipo de uniones, finalmente, cabe señalar que no será hasta el emperador Constantino I y, especialmente con Justiniano, cuando este impedimento se establezca como prohibición expresa entre la adúltera y el cómplice por influencia del Cristianismo, extendiéndose incluso hasta después de la muerte del marido y castigándose el adulterio con la pena capital.

III. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, finalizamos el presente trabajo de investigación recapitulando los resultados generales a los que hemos llegado al acabar nuestro estudio y el análisis de las fuentes jurídicas consultadas:

- 1.º En primer lugar, de una mera lectura del título del mismo, esto es: «*DEL PRINCIPIO MONOGÁMICO DEL MATRIMONIO ROMANO A LAS UNIONES O RELACIONES QUE NO LO RESPETABAN*», consideramos que se deriva la importancia de conocer aquellas prácticas extramaritales que fueron frecuentes en Roma y cuál fue su regulación jurídica durante la vigencia del Imperio romano.
- 2.º A tal efecto, hemos reparado en la importancia del conocido como *iustum matrimonium* o matrimonio romano legal que cumplía con todos los presupuestos como para considerarlo legítimo y con plenos efectos para el Derecho Romano, a la luz de las fuentes que lo regularon; y, precisamente, uno de los caracteres esenciales propio del matrimonio romano fue el respeto al principio monogámico del mismo y el rechazo a la bigamia para las uniones matrimoniales válidamente conformadas.
- 3.º Bajo las premisas anteriores y, *a sensu contrario*, hemos analizado cuáles fueron esas relaciones carentes de *conubium* que se dieron en Roma y que no pudieron ser consideradas como matrimonios romanos por faltar dicho principio monogámico. Y, para ello, tomando el criterio clasificatorio de prácticas contrarias al respeto del matrimonio romano monogámico y a

los principios de la moral romana, hemos diferenciado entre uniones extramaritales como el lenocinio o la prostitución, y hemos analizado por último las claves del adulterio.

- 4.º Ahondando en las fuentes, cabe señalar cómo la *Lex Iulia de adulteriis* castigaba como *adulterium* o *stuprum* toda unión sexual fuera del matrimonio, existiendo diferentes categorías de mujeres con respecto a las cuales era posible tener relaciones sexuales sin incurrir en pena alguna. Se trataba, pues, de aquellas mujeres consideradas *probosae* o *turpes* y carentes de honestidad, con las que se podía contraer concubinato y a las que nunca se les podría denominar *materfamilias*, tales como las esclavas, actrices, las condenadas en juicio público, las libertas, las meretrices o amantes, las prostitutas y las lenas, alcahuetas o seductoras, éstas dos últimas categorías examinadas en nuestro estudio.
- 5.º En cuanto al lenocinio hemos determinado que se conformaba como aquella práctica consistente en hacer ganancia con el cuerpo, surgida en Roma al margen del matrimonio. Pues la persona que lo ejercía demostraba una actitud poco honorable, alcahueta y/o seductora porque concertaba, encubría o facilitaba una relación amorosa de carácter ilícito y al margen del matrimonio romano.
- 6.º Por su lado, hemos detallado el ejercicio de la prostitución en Roma, admitiendo que pertenecían a la consideración jurídico-social de prostitutas las mujeres romanas de vida torpe, deshonrosa y con falta de pudor, que se dedicaban a la exposición pública y venta de su cuerpo a cambio de mantener relaciones sexuales esporádicas.
- 7.º En último término, se ha reparado en el adulterio entendido como aquel delito cometido por quienes en Roma mantenían relaciones sexuales esporádicas impúdicas fuera del matrimonio romano, esto es, el *adulter* o la adúltera tachado con la nota de infamia y sobre el que caían sanciones de tipo pecuniario e, incluso, otras más graves como la muerte para la mujer adúltera.

En suma podemos concluir afirmando que, al igual que hoy nuestro CC se ha ido reformando para adaptar el concepto tradicional de matrimonio a las necesidades y cambios de nuestra sociedad actual —y, mismo en 2023 mediante la Ley 4/2023 se modificó el citado artículo 44 CC, en aras a que el matrimonio español actual sea cada vez más inclusivo y que toda persona tenga derecho a contraer matrimonio con

los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo—, también en Roma se fue consciente de la gran cantidad de relaciones surgidas de manera paralela al matrimonio, tales como el lenocinio, la prostitución y, en general, los supuestos de adulterio; detallados a lo largo de nuestro trabajo por tener, todos ellos en común, precisamente la falta de respeto al tradicional principio del matrimonio romano monogámico.

IV. BIBLIOGRAFÍA

IV.A. Bibliografía básica

Albertario, E., «La definizioni del matrimonio secondo Modestino», *Estratto dagli Studi in Memoria di Aldo Albertoni I*, Editorial Antonio Milani, Padova 1935, págs. 241-256.

Cantarella, E., *La calamidad ambigua: Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*, Editorial Clásicas, Madrid 1991.

García Sánchez, J.; De la Rosa Díaz, P. y Torrent Ruiz, A. (Coords.), *Estudios Jurídicos in Memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Salamanca 2002, págs. 783-798.

Ghirardi, J. C. «Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho Romano», *Revista General de Derecho Romano*, V, Madrid 2005, págs. 1-49.

Herreros González, C. y Santapau Pastor, M. C., Prostitución y matrimonio en Roma: ¿Uniones de hecho o de derecho?, *Iberia: Revista de la Antigüedad*, VIII, 2005, pág. 107, 89-111.

López-Rosa, R. y Del Pino-Toscano, F. (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva 2004, págs. 527-540.

Muñoz Catalán, E., *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: Fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica*, Arias Montano, UHU 2013.

Panero Oria, P., «*Lenae et lenones*», en García Sánchez, J.; de la Rosa Díaz, P. y Torrent Ruiz, A. (Coords.), *Estudios Jurídicos in Memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Salamanca 2002, págs. 783-798.

Panero Oria, P., «Algunas observaciones en torno al concubinato», en López-Rosa, R. y del Pino-Toscano, F. (Eds.), *El Derecho de*

- Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva 2004, págs. 527-540.
- Rizzelli, G., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, strupum*, Edizioni del Grifo, Italia 1997.
- Robleda, O., *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Librería Editrice Università Gregoriana, 1970.
- Vanoyeke, V., *La prostitución en Grecia y en Roma*, Editorial EDAF, Madrid 1991, págs. 95-96.
- Volterra, E., «Iniustum matrimonium», en GROSSO, G. (Coord.), *Studi in Onore di Gaetano Scherillo II*, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, Milano 1972, págs. 441-470.
- , *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Editorial Civitas, Madrid 1986.
- VVAA. Fundación Solidaridad Democrática, «La prostitución de las mujeres», Instituto de la Mujer. *Serie Estudios XVII*, Madrid 1988, págs. 13-14.

IV.B. Bibliografía complementaria

- Astolfi, R., «Il matrimonio nel Diritto Romano classico». Editorial CEDAM, Padova 2006.
- Domingo, R., *Textos de Derecho Romano*, Thomson Aranzadi, Navarra 2022.
- Fernández de Buján, F., *Fundamentos clásicos de la democracia y la administración*, Editorial Universitas, S.A. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 2021.
- Martín Minguijón, A., *Manual de Derecho Romano*, Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 2022.
- Núñez Paz, M. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 1988.

IV.C. Fuentes legislativas, webgrafía y textos jurídicos

- Constitución española de 1978 [En línea]:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE nº 51, de 01/03/2023) [En línea]: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-5366

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/01/13>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Ley 30/1981, 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-16216>

Textos jurídicos de Derecho Romano. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Digesto, Tomo I [En línea]: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/600-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-i-instituta-digesto>

Textos jurídicos de Derecho Romano. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Digesto, Tomo II [En línea]: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/601-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-ii-digesto>

Textos jurídicos de Derecho Romano. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Digesto, Tomo III [En línea]: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/602-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-iii-digesto>

Textos jurídicos de Derecho Romano. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Código, Tomo IV [En línea]: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/603-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-iv-codigo>

Textos jurídicos de Derecho Romano. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Código, Tomo V [En línea]: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/604-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-v-codigo>

Textos jurídicos de Derecho Romano. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Código y Novelas, Tomo VI [En línea]: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/605-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-vi-codigo-novelas>

CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN EUROPA: EL DESAFÍO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

RULE OF LAW BACKSLIDING IN EUROPE: THE CHALLENGE OF JUDICIAL INDEPENDENCE

José A. Oñate Díaz

Doctorando en la Universidad de Málaga

Sumario: *I. Introducción. II. El TJUE ante la crisis del Estado de Derecho: una reacción judicial. III. Asunto Getin Noble Bank: El dilema de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE. IV. La respuesta del Alto Tribunal europeo. IV.A. Conclusiones del Abogado General Michal Bobek: especial referencia a las dimensiones de la independencia judicial. IV.B. La admisibilidad de las cuestiones prejudiciales: en defensa del poder judicial europeo. IV.C. El pronunciamiento sobre el fondo: valoraciones sobre la independencia judicial in concreto. V. Conclusiones: las consecuencias de la declaración de admisibilidad en el asunto Getin Noble Bank. VI. Bibliografía. VII. Jurisprudencia y similares.*

Resumen: La Unión Europea se encuentra sumida en lo que muchos autores han denominado crisis del Estado de Derecho. Las reformas que se están llevando a cabo en algunos de sus Estados miembros, como ocurre en el caso de Polonia, hacen tambalear los cimientos de la independencia judicial. En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha erigido como uno de los principales defensores de la independencia judicial, configurando una interesante jurisprudencia en aras de salvaguardar tan preciado principio. Como ejemplo de este proceder encontramos el reciente asunto C-132/20, *Getin Noble Bank*, donde la alternativa escogida por el TJUE admitiendo las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional nacional polaco ha sido ensalzada y criticada

a partes iguales. Sin embargo, parece que la declaración de admisibilidad formulada en este asunto era un movimiento necesario para mantener la funcionalidad de la piedra angular del sistema jurisdiccional europeo: el mecanismo de cuestiones prejudiciales.

Palabras clave: Tribunal de Justicia, independencia judicial, cuestión prejudicial, Estado de Derecho

Abstract: The European Union is immersed in what many authors have called Rule of Law Backsliding. As in the Poland case, this predicament has been aggravated by ongoing reforms carried out in some member states that are truly shaking the foundations of judicial independence. In this context, the Court of Justice of the European Union has emerged as one of the main defenders of judicial independence, shaping an interesting jurisprudence in order to safeguard this cherished principle. A compelling illustration of its efforts can be found in the recent case of C-132/20, Getin Noble Bank, where the alternative chosen by the Court of Justice, by admitting the preliminary questions raised by the Polish judicial body, has been both praised and criticized in equal measure. However, it appears that the declaration of admissibility made in this case was deemed imperative to preserve the functionality of the cornerstone of the European judicial system: the preliminary ruling mechanism.

Key words: Court of Justice / judicial independence / preliminary ruling / Rule of Law

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, «TUE») dispone:

«La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

Se configura así la Unión Europea como una comunidad de valores, los cuales no sólo la definen, sino que, además, construyen su identidad. De entre esos valores, el *Estado de Derecho* ha sido el que ha experimentado un desarrollo más detallado, adquiriendo con ello una posición preponderante en el seno de la Unión Europea.

El Estado de Derecho es un principio de gobernanza caracterizado por el imperio de la ley, primacía que necesita de unos jueces y tribunales con suficientes instrumentos a su disposición para posibilitar la tutela efectiva de los derechos de los justiciables. Por ello, del Estado de Derecho se deriva la exigencia de una verdadera independencia judicial, una independencia judicial que sea capaz de asegurar el cumplimiento del Derecho. Sin jueces independientes, la tiranía del autoritarismo se cierne como una sombra sobre la aplicación igualitaria del Derecho. Ya lo señalaba Díez-Picazo, quien, transcribiendo palabras de Montesquieu, afirmaba que no existía libertad «si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor»¹.

La exigencia de asegurar la independencia de los jueces y tribunales se plasma de manera evidente en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 19 TUE, en el cual se dispone que: «Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». Este artículo se ha erigido como uno de los instrumentos más eficaces para la protección del Estado de Derecho dentro de las fronteras de la Unión Europea, dotándose su contenido de gran valor a través del desarrollo jurisprudencial que viene realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») en los últimos años. Ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia del asunto *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, de febrero de 2018. Sentencia que puede ser referida como el punto de partida de la protección jurisdiccional de la independencia judicial como pilar del Estado de Derecho en su vertiente de derecho a una tutela judicial efectiva².

En la actualidad, los valores europeos, tal y como se conciben en el Derecho comunitario y la jurisprudencia que lo desarrolla, están siendo desafiados por los llamados gobiernos *iliberales* y sus reformas sistémicas. Es lo que la doctrina ha denominado como *Rule of Law backsliding*³. De entre estas reformas estructurales, las reformas

¹ DÍEZ-PICAZO, Luis María, «Notas de Derecho Comparado sobre la Independencia Judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, pág. 20.

² «La existencia misma de un control judicial efectivo para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión es inherente a un Estado de Derecho» (párr. 36 sentencia TJUE de 27 de febrero de 2018, *ASJP*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117)

³ Fenómeno que puede ser definido como el proceso llevado a cabo por autoridades públicas en el que implementan proyectos gubernamentales con el

nacionales que menoscaban la independencia judicial tienen gran repercusión en el sistema de garantías aparejado al Estado de Derecho. El presidente del TJUE, Koen Lenaerts, ha mantenido que las grietas de este tipo de reformas son capaces de producir serios daños en la estructura y configuración de la Unión Europea: si las jurisdicciones de los Estados miembros dejan de ser independientes, la requerida tutela judicial efectiva no puede ser prestada y, por tanto, los derechos subjetivos reconocidos en el ordenamiento jurídico europeo no pueden ser garantizados⁴. Se trata de una espiral de reformas continuada que atacan al núcleo del proyecto de integración europea.

Estas alteraciones en los ordenamientos jurídicos internos no sólo dañan el funcionamiento de las jurisdicciones nacionales, sino que, a su vez, no permiten configurar correctamente el ordenamiento jurídico europeo. Más concretamente, y en lo que a este artículo atañe, las reformas estructurales del poder judicial llevadas a cabo en países como Polonia pueden llegar a imposibilitar la articulación del mecanismo de cuestiones prejudiciales establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»). Este mecanismo, de vital trascendencia para el funcionamiento de la Unión, ha sido recurrentemente referenciado como la «piedra angular del sistema jurisdiccional consagrado en los Tratados» por permitir «garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión», así como su coherencia, eficacia y autonomía⁵.

Con el objetivo de frenar el avance de reformas en los Estados miembros que erosionen el proyecto de integración europea, en el seno de la Unión se han desencadenado una serie de acciones frente a estos ataques sistemáticos a los cimientos del Estado de Derecho. En este sentido, la utilización de mecanismos políticos ha sido la reacción más temprana, basándose principalmente en la emisión de resoluciones de la Comisión Europea o la puesta en marcha del procedimiento previsto en el artículo 7 TUE. Proceder este que parece lógico si tenemos en cuenta la configuración de la Unión Europea como una organización que surge del consenso político de varios países.

objetivo de debilitar y capturar sistémicamente controles internos de poder, en aras a desmantelar el estado democrático liberal y afianzar su estancia en el gobierno (en PECH, Laurent y SCHEPPELE, Kim Lane, «Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 19, págs. 10-11).

⁴ LENAERTS, Koen, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Independencia Judicial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 72, 2022, pág. 352.

⁵ Apto. 90 Sentencia TJUE de 2 de marzo de 2021, *AB y otros*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

Sin embargo, junto a las medidas y los instrumentos políticos, encontramos otros mecanismos en los que la autoridad judicial tiene un rol protagonista, siendo el TJUE paradigma de este fenómeno. El Alto Tribunal Europeo tiene encomendada la misión de asegurar la aplicación uniforme del Derecho emanado de la Unión y, bajo esta premisa, tal institución se ha transformado en una de las principales garantes del Estado de Derecho en aquellos Estados miembros en los que este se está viendo amenazado. Estos mecanismos judiciales son, en esencia, dos: el recurso por incumplimiento —art. 258 y 259 TFUE— y la cuestión prejudicial —art. 267 TFUE—, siendo la aplicación del segundo el objeto del presente artículo.

La diferencia entre los mecanismos políticos y los judiciales reside en que mientras los primeros están diseñados como reacción ante quebrantamientos sistemáticos y persistentes de los valores de la Unión, y son de aplicación independientemente de si los Estados miembros se encuentran actuando en áreas cubiertas por el Derecho comunitario; los mecanismos judiciales se configuran de tal forma que aseguren el desarrollo de los valores comunitarios de forma individual, y siempre que un Estado miembro se encuentre en aplicación de disposiciones europeas⁶. Sin embargo, a pesar de que los mecanismos judiciales no están previstos para abordar violaciones sistémicas de los valores previstos en el art. 2 TUE —en concreto, el Estado de Derecho—, ante los bloqueos políticos y la inoperancia de los mecanismos de tal naturaleza, en aras de hacer frente a la crisis del Estado de Derecho, el recurrir al TJUE se ha convertido en una opción persistente.

El propósito del presente artículo es analizar la reciente sentencia recaída en el asunto C-132/20, *Getin Noble Bank*, de fecha 29 de marzo de 2022, en la cual el TJUE dio respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Polonia, y dilucidar qué repercusiones tienen los pronunciamientos contenidos en ella para con la defensa de la independencia judicial en el seno de la Unión Europea. En aras de tratar de entender mejor por qué el TJUE declaró la cuestión prejudicial como admisible, primero se realizará una breve referencia al marco jurisprudencial europeo que sirve de contexto para el pronunciamiento, el cual se ha venido configurando con el objetivo de abordar los déficits de independencia judicial que se están experimentando en el interior de la Unión en los últimos años. Seguidamente, se procederá a realizar un análisis lo más exhaustivo posible

⁶ KAWCZYNSKA, Monika, «Combating the constitutional crisis in Poland – Can the European Union provide an effective remedy?», *Hungarian Journal of Legal Studies*, núm. 61, 2020, pág. 223.

de la sentencia: se repasarán los antecedentes que llevaron al órgano polaco a remitir la cuestión al TJUE para, acto seguido, analizar los pronunciamientos contenidos en la sentencia, destacando, a su vez, de qué manera se apoya el Tribunal en las afirmaciones realizadas por el Abogado General Michal Bobek en su escrito de Conclusiones. Por último, se expondrá la razón que, a nuestro entender, se sitúa detrás del sentido del pronunciamiento, interpretando la sentencia, teniendo en cuenta el contexto que la rodea y enlazando el efecto que puede tener en pronunciamientos futuros relacionados con la independencia judicial en la Unión Europea.

II. EL TJUE ANTE LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO: UNA REACCIÓN JUDICIAL

Para poder comprender la importancia del marco en el que se dicta la sentencia en el asunto *Getin Noble Bank*, es necesario realizar una breve referencia a la construcción jurisprudencial desarrollada por el TJUE en los últimos años en relación con la independencia judicial como requisito fundamental del Estado de Derecho.

A pesar de ser un asunto de la mayor actualidad, por más que la organización y el funcionamiento jurisdiccional interno sea una competencia retenida por los Estados miembros, la involucración de la Unión y sus instituciones en la misma se remonta tiempo atrás. Mucho antes de la reforma que significó la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009) —que introducía el precitado artículo 19 TUE y que reconocía el Estado de Derecho como uno de los valores en los que se fundamenta la Unión—, la Unión Europea ha identificado a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros como garantes de ofrecer tutela a los derechos reconocidos en el ordenamiento comunitario. A modo de ejemplo, el TJUE, en su sentencia de 16 de diciembre de 1976, asunto *Rewe*, señaló que, al no tener competencia en la materia, «corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales y regular las modalidades procesales de recursos jurisdiccionales que permitan salvaguardar los derechos que el ordenamiento comunitario reconoce a los justiciables»⁷. En el mismo sentido, y profundizando en la materia, en su sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*, el Alto Tribunal europeo afirmaba que «serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario

⁷ Apdo. 5 Sentencia TJ de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, Asunto 33/76, ECLI:EU:C:1976:188.

toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales, que tuviesen por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario»⁸.

Sin embargo, el límite objetivo que actualmente está siendo utilizado por el TJUE como estándar de control de las medidas organizativas internas de la Administración de Justicia de los Estados miembros deriva de una reciente construcción jurisprudencial: el enlace del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 19 TUE con el Estado de Derecho como valor de la Unión positivizado en el artículo 2 TUE.

El primer pronunciamiento del TJUE que refleja esta reciente doctrina jurisprudencial lo encontramos en su sentencia de 27 de febrero de 2018, emitida en el asunto *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* («ASJP»). En tal supuesto, la asociación que da nombre al asunto recurrió ciertas medidas de reducción salarial que se habían implantado en Portugal en el año 2014, las cuales repercutían en la retribución a percibir por los miembros del Tribunal de Cuentas portugués. En su fundamento, la ASJP consideraba que tales medidas afectaban al principio de independencia judicial que no solo se encontraba consagrado en la Constitución del país, sino que también estaba previsto en el artículo 19 TUE y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («CDFUE»).

Al resolver la cuestión prejudicial, el TJUE se configura capaz de proteger el Estado de Derecho previsto en el artículo 2 TUE enlazándolo con el artículo 19 TUE y la tutela judicial efectiva. Afirmó el Tribunal de Justicia que «el artículo 19 TUE, que se refiere con mayor concreción al valor de Estado de Derecho proclamado en el artículo 2, atribuye el cometido de garantizar el control judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión no sólo al Tribunal de Justicia, sino también a los tribunales nacionales»⁹; enfatizando que es una cualidad inherente al Estado de Derecho «la existencia misma de un control judicial efectivo»¹⁰. De tal argumentación jurídica se deduce que los Estados miembros han de garantizar que los órganos jurisdiccionales integrados en sus vías de recursos cumplan con las exigencias que se desprenden de la tutela judicial efectiva¹¹. Es decir, la independencia judicial que garantice la tutela judicial efectiva prevista en el artículo

⁸ Apdo. 22 Sentencia TJ de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, Asunto 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

⁹ Apdo. 32 Sentencia TJUE de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

¹⁰ *Ibid.*, apdo. 36.

¹¹ *Ibid.*, apdo. 37.

19 TUE es una exigencia derivada del Derecho comunitario, la cual permite a las instituciones de la Unión —incluido el TJUE— ejercer su control sobre las medidas internas que incidan en ella.

De esta forma, el TJUE expandió su esfera de control más allá de la intervención cuando los Estados miembros se encontrasen en aplicación del Derecho de la Unión al señalar que artículo 19 TUE «se refiere a «los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión», con independencia de la situación en la que los Estado miembros aplican este Derecho»¹². Al afectar a un órgano jurisdiccional facultado para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la aplicación o interpretación de disposiciones comunitarias «el Estado miembro de que se trata (debe) garantizar que aquel órgano cumpla las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva»¹³. Así, la sentencia *ASJP* permitió al TJUE ir más allá de la utilización tradicional del Estado de Derecho como principio hermenéutico para interpretar otras disposiciones y lo dotó de un contenido concreto, posibilitando así su control jurisdiccional¹⁴.

Como pudo preverse, la sentencia *ASJP* es uno de los pronunciamientos más relevantes del Alto Tribunal europeo en lo que a la independencia judicial se refiere. Esta sentencia es considerada por la doctrina como la primera intervención del TJUE en el fenómeno conocido como *Rule of Law backsliding*¹⁵. Al confirmar la directa implicación en la protección del Estado de Derecho de los órganos jurisdiccionales internos, el TJUE echa por tierra todos los argumentos de las más altas autoridades polacas sobre la falta de competencia de la Unión para incidir sobre la judicatura de sus Estados miembros.

Con este pronunciamiento, y teniendo en cuenta la jurisprudencia que ha venido a desarrollar la argumentación que en él se recoge, se puede afirmar que la verdadera intención del TJUE no era otra que la de establecerse como garante del Estado de Derecho, posibilitando el control sobre las reformas que estaban siendo adoptadas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que podían suponer un ataque a la independencia judicial. A la hora de abordar el asunto, el TJUE podría haber concluido que las medidas de reducción salarial efectivamente implementaban normativa europea —como ya había hecho en anteriores supuestos similares— pero decidió resolver sobre la base de una convincente combinación del artículo 2 y 19

¹² Ibid., apdo. 29.

¹³ Ibid., apdo. 40.

¹⁴ PECH, Laurent y PLATON, Sébastien, «Judicial Independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the *ASJP* case». *Common Market Law Review*, 2018, núm 5, pág. 7.

¹⁵ Ibid., pág. 1.

TUE. Como indica María José García-Valdecasas¹⁶, el concluir que se trataba de una implementación del Derecho comunitario no hubiera permitido al TJUE adentrarse en el examen de cualquier medida nacional que pudiera afectar a la independencia judicial a la luz del Estado de Derecho.

En lo que al caso polaco se refiere, la trascendencia de la sentencia *ASJP* se confirmó con la interposición de dos recursos por incumplimiento de la Comisión Europea para cuestionar las reformas del poder judicial que se había aprobado en el país. Estos recursos se sustanciaron en los asuntos C-619/18 y C-192/18, los cuales el TJUE resolvió concluyendo que, efectivamente, Polonia había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 19 TUE¹⁷. Estos dos asuntos confirmaron no sólo la capacidad de la Comisión para utilizar el recurso de incumplimiento previsto en el artículo 258 TFUE para cuestionar las reformas judiciales de los Estados miembros, sino que ratificaron la capacidad del TJUE para ejercer un control sobre conformidad con el ordenamiento jurídico europeo de las mismas.

Otro ejemplo de una de las sentencias que comportan el marco contextual en el que se emite la sentencia *Noble Bank* es la sentencia del TJUE en el asunto *AK y otros*, de 19 de noviembre de 2019. En esta sentencia, relativa a la polémica Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo de la República de Polonia, el TJUE, en aplicación del artículo 47 CDFUE, determina que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que los litigios en los que se aplique cualquier normativa europea han de poder ser conocidos por un tribunal independiente e imparcial, lo cual no ocurrirá «cuando las condiciones objetivas en las que se creó el órgano de que se trate, sus características y la manera en que se ha nombrado a sus miembros puedan suscitar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la impermeabilidad de este órgano frente a elementos externos, en particular frente a influencias directas

¹⁶ GARCÍA-VALDECASAS, María José, «El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)». *Revista Española de Derecho Europeo*, 2019, núm. 72, pág. 92.

¹⁷ Los incumplimientos se derivaban, por un lado, de prever la aplicación de una medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo a los jueces en ejercicio nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018, así como atribuir al Presidente de la República de Polonia la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de dicho tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación (asunto C-619/18); y por otro lado, de facultar al Ministro de Justicia para autorizar o denegar la prórroga del ejercicio del cargo de los jueces de los tribunales ordinarios una vez alcanzada la nueva edad de jubilación (asunto C-192/18).

o indirectas de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y en cuanto a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio»¹⁸. Como veremos en el punto cuarto del presente artículo, esta recurrente línea argumentativa será la que se utilizará posteriormente en la resolución de fondo del asunto *Noble Bank*.

Sin embargo, en lo verdaderamente relevante para nuestro análisis de la sentencia *Noble Bank*, la sentencia *ASJP* planteó una problemática al enlazar el concepto de *órgano jurisdiccional* del artículo 267 TFUE con el artículo 19 TUE, señalando que, al ser el órgano remitente de la cuestión prejudicial un órgano jurisdiccional en tal sentido, el Estado miembro debía garantizar que dicho órgano cumpliera con las exigencias de la tutela judicial efectiva. Dicho de otro modo, la esfera de control que se estaba configurando sólo podía cubrir las medidas que recayesen sobre órganos jurisdiccionales que cumplieran con los requisitos que se exigen de un órgano para remitir cuestiones prejudiciales al TJUE, siendo uno de estos requisitos la propia independencia del órgano. Por tanto, si las reformas de un Estado miembro despojaban a cualquier órgano de su independencia —entendida en los términos de la jurisprudencia que se desarrolla en base al artículo 267 TFUE—, este no podría ser capaz de remitir una cuestión prejudicial al TJUE y, en caso de ocurrir esto de forma sitémica, se podría estar ante una inadmisibilidad estructural de cuestiones prejudiciales procedentes de todo un Estado miembro.

Como es evidente, este fenómeno acarrearía consigo que una gran cantidad de ciudadanos europeos viesen desprotegidos los derechos que les son reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión por el debilitamiento del sistema de protección individual, el cual tiene su base en los jueces y tribunales de cada Estado miembro. La imposibilidad de asegurar la correcta interpretación y aplicación del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros, repercutiendo en ámbitos como la confianza mutua, se convertiría en un tremendo lastre para el proyecto de integración europea.

A pesar de esto, como indica Charlotte Reyns¹⁹, la opción de acudir a la jurisprudencia desarrollada sobre la independencia de los órganos jurisdiccionales bajo el artículo 267 TFUE es una elección verdaderamente práctica para manifestar la obligación general de proteger la independencia judicial. Teniendo en cuenta la conexión

¹⁸ Apto. 171 Sentencia TJUE de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros*, C-585/18, ECLI:EU:C:2019:982.

¹⁹ REYNS, Charlotte, «Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?». *European Constitutional Law Review*, 2021, núm. 17, pág. 36.

entre el artículo 19 TUE y el artículo 267 TFUE, mientras que una delimitación apartada de este concepto podría percibirse como artificial y crear confusión, el acudir al *case law* en virtud del artículo 267 TFUE aseguraba una necesaria coherencia y consistencia.

Sin embargo, como reiterará Michal Bobek en su escrito de conclusiones para el asunto C-132/20, el Abogado General Evgeni Tanchev ya indicó en sus conclusiones para el asunto *A.K. y otros* que, con tal construcción jurisprudencial, el TJUE «en modo alguno (había) querido dar a entender que las fuentes rectoras de la independencia se encuentran exclusivamente en la jurisprudencia desarrollada en torno al artículo 267 TFUE»²⁰. A su juicio, la apreciación a realizar por el TJUE acerca del requisito de independencia que se exige de un órgano para ser considerado *órgano jurisdiccional* y remitir cuestiones prejudiciales en base al artículo 267 TFUE «es un ejercicio cualitativamente diferente de la apreciación de si se han respetado las exigencias de la independencia judicial conforme (...) al artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo»²¹. La cuestión, muy confusa hasta este punto, debía ser precisada por el TJUE.

La cuestión pareció esclarecerse con el dictado de la sentencia en el asunto *Banco Santander*, el 21 de enero 2020, pero confirmándose el temido problema. En esta sentencia, se declaró inadmisibile la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Económico-Administrativo Central de España con una argumentación basada en la sentencia *ASJP* y la jurisprudencia que la había seguido en el mismo sentido. De este modo, en aplicación de la jurisprudencia desarrollada en base a la independencia judicial como obligación general a atender por los Estados miembros, se declara inadmisibile por no cumplir con el requisito de ser independiente la cuestión prejudicial planteada por un órgano cuya capacidad para remitir cuestiones prejudiciales al TJUE no había sido puesta en duda en asuntos previos²². En consecuencia, teniendo en cuenta el razonamiento empleado por el TJUE en esta sentencia, suponiendo que sería aquel el razonamiento a utilizar a la hora de resolver posteriores cuestiones prejudiciales que se le planteasen, nada impedía la temida inadmisibilidat estructural de cuestiones prejudiciales remitidas por los tribunales de un Estado miembro cuyo poder judicial se hubiera visto afectado por reformas de tal calado que pusieran en entredicho su independencia judicial.

²⁰ Apto. 110 Conclusiones AG Tanchev de 27 de junio de 2019, *A.K. y otros*, C-585/18, ECLI:EU:C:2019:551.

²¹ *Ibid.*, apto. 111.

²² Véase sentencia TJUE de 1 de abril de 1993, *Diversinte*, C-260/91, ECLI:EU:C:1993:136.

Fuera como fuese, desde 2018 el TJUE está reconociendo —a la vez que fortaleciendo— la existencia de una dimensión objetiva o estructural de la tutela judicial efectiva, la cual no sólo engloba el amparo de los derechos de los justiciables, sino que también se encarga de proteger una dimensión sistémica, requisito esencial derivado del Estado de Derecho²³. Para ello, el TJUE no se ha arrogado la competencia para organizar la Administración de Justicia de los Estados miembros²⁴, sino que, a través de la sentencia *ASJP* y la jurisprudencia posterior, se ha consagrado un auténtico «poder judicial europeo». Como indica Nuria Magaldi²⁵, este cuerpo judicial se encuentra integrado tanto por el TJUE como por los órganos jurisdiccionales de la Unión, todos ellos con el encomendado mandato de garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario. Por ello, con esta injerencia en las reformas polacas, el TJUE está ejerciendo un verdadero control sobre el poder judicial del país, pero en calidad de cuerpo judicial europeo; no para garantizar el Estado de Derecho polaco, sino «el Estado (o la Unión) de derecho de la Unión Europea»²⁶.

De esta manera, dejando en segundo plano los medios de actuación políticos, los mecanismos judiciales han probado ser un camino rápido y efectivo para combatir la crisis del Estado de Derecho en la que se encuentra sumida la Unión Europea. Como ya apuntaba Monika Kawczyńska²⁷, los remedios que parecían ser los menos apropiados para afrontar las deficiencias sistémicas del Estado de Derecho de los Estados miembros han resultado ser una de las soluciones más efectivas para defender la independencia del poder judicial polaco. A este respecto, en los últimos años ha sido recurrente la utilización de la cuestión prejudicial por los jueces polacos como arma de defensa de su independencia. Sin embargo, en el asunto C-132/20 la narrativa es diferente: una formación del Tribunal Supremo configurado por

²³ UGARTEMENDIA, Juan Ignacio, «Tutela judicial efectiva y Estado de Derecho en la UE y su incidencia en la Administración de Justicia de los Estados miembros», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2020, núm. 46, pág.

²⁴ El TJUE señaló que «corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizar su Administración de Justicia», añadiendo que «la Unión no pretende en modo alguno ejercer por sí misma dicha competencia ni, por tanto, contrariamente a lo que alega la República de Polonia, que se la esté arrogando» (Sentencia TJUE de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531)

²⁵ MAGALDI, Nuria, «La construcción de un poder judicial europeo y las garantías de su independencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2022, núm. 125, págs. 134-135.

²⁶ *Ibid.*, pág. 135.

²⁷ KAWCZYŃSKA, Monika, «Combating the constitutional crisis in Poland – Can the European Union provide an effective remedy?», *Hungarian Journal of Legal Studies*, 2020, núm. 61, pág.247.

las reformas polacas —que por esa misma razón es tachado de falta de independencia— decide preguntar al TJUE acerca de la independencia de los jueces pertenecientes al Tribunal de Apelación que dictó la sentencia que ante él se recurre.

III. ASUNTO C-132/20: EL DILEMA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA ANTE EL TJUE

Como ya hemos indicado, la sentencia del asunto *Noble Bank* se dicta en el marco del procedimiento de cuestiones prejudiciales previsto en el artículo 267 TFUE. Este procedimiento se establece como mecanismo de cooperación entre el Alto Tribunal europeo y los *órganos jurisdiccionales* nacionales para asegurar la correcta interpretación y aplicación del Derecho europeo. Sin embargo, en plena crisis del Estado de Derecho, y teniendo en cuenta la implementación de la jurisprudencia desarrollada bajo el artículo 267 TFUE, la utilización de tal mecanismo puede tener implicaciones mucho más complejas. Este es el caso del asunto *Noble Bank*, el cual se sustancia en un marco de auténtico forcejeo entre la República de Polonia y la Unión Europea.

El 21 de agosto de 2018, el Tribunal Regional de Świdnica condenó a la financiera Getin Noble Bank a pagar a los demandantes aproximadamente 3.634 euros, más los intereses legales; así como también declaró abusivas ciertas cláusulas de préstamo que permitían a la entidad fijar a su voluntad el tipo de cambio del franco suizo en lugar de estar a lo dispuesto por el Banco Central de Polonia. Los demandantes, no contentos con la resolución del tribunal de instancia, interpusieron recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación de Wrocław, que confirmó la sentencia apelada. Frente a esto, los demandantes recurrieron la sentencia en casación ante el *Sąd Najwyższy* (Tribunal Supremo polaco), al cual le correspondía determinar la admisibilidad de dicho recurso.

En el marco del examen de admisibilidad del recurso de casación, el que será el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, en formación de juez único de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, advierte que el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE impone a los Estado miembros el deber de prever en su normativa interna recursos de naturaleza administrativa o judicial para el efectivo control de cláusulas abusivas. En el derecho polaco se prevé el recurso judicial y, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, el órgano nacional encargado de examinar el carácter abusivo de las cláusulas debe

cumplir con los requisitos de *órgano jurisdiccional* en el sentido del Derecho comunitario. Es decir, los requisitos para poder remitir una cuestión prejudicial al TJUE en el marco del artículo 267 TFUE, entre los que se encuentra el requisito de la independencia.

A este respecto, el órgano remitente considera que, teniendo en cuenta las circunstancias en las que fueron nombrados tres jueces de la formación de enjuiciamiento del Tribunal de Apelación que dictó la sentencia recurrida en casación, la independencia de dichos jueces puede verse en entredicho. Por esta razón, el citado órgano remite una serie de cuestiones al TJUE, señalando las diferentes circunstancias y preguntándole al Tribunal europeo si dichas circunstancias inciden en la independencia de tales jueces. En respuesta al proceder del órgano remitente, se produce lo que el Abogado General, Michal Bobek, refiere en sus conclusiones como «un curioso giro argumental, de reminiscencias casi bíblicas»²⁸, cuando son el Defensor del Pueblo polaco y la Comisión Europea los que ponen en entredicho la independencia del órgano remitente.

El Defensor del Pueblo polaco sostiene la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial, alegando una serie de vicios en el nombramiento del juez que constituye el órgano remitente, los cuales ponen en tela de juicio su independencia y hacen que dicho órgano no reúna los requisitos esenciales para remitir una cuestión prejudicial en base al artículo 267 TFUE. Como hiciera el *Sąd Najwyższy*, el Defensor del Pueblo aduce que «la apreciación de todas las circunstancias jurídicas y fácticas que rodearon el proceso de nombramiento del juez que constituye el órgano jurisdiccional remitente no permite excluir toda duda legítima sobre la independencia e imparcialidad de este»²⁹. Por su parte, la Comisión Europea, sin alegar que deba declararse la cuestión como inadmisibile, también se encarga de señalar las deficiencias apreciables en el acto de nombramiento del juez que constituye el órgano remitente, las cuales ponen en entredicho su independencia.

Como indica Michal Bobek, existe un hilo común que conecta las cuestiones jurídicas a tratar en el asunto C-132/20: la independencia judicial³⁰. Mientras que el órgano remitente cuestiona la independencia de la formación que dictó la sentencia que ante él se recurre, en

²⁸ Refiere Bobek a Mateo 7:12: «Así que todas las cosas que quisierais que los hombres hiciesen con vosotros, así también haced vosotros con ellos» (Biblia del Rey Jacobo).

²⁹ Apto. 63 Sentencia TJUE de 29 de marzo de 2022, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235.

³⁰ Apto. 28 Conclusiones AG Michal Bobek de 8 de julio de 2021, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2021:557.

el contexto que nos encontramos, la cuestión prejudicial puede ser sospechosa de realizarse, no para obtener una interpretación del Derecho de la Unión a través de la utilización del mecanismo de diálogo judicial europeo, sino como una forma de autenticación del juez remitente como *órgano jurisdiccional* a la luz del artículo 267 TFUE. Es decir, se intentaba legitimar las reformas del gobierno polaco en relación al poder judicial matando dos pájaros de un tiro: proclamar como independiente a la luz del derecho comunitario a un juez que, a ojos de la opinión internacional, no era independiente; y deslegitimar a los jueces que se encontraban en funciones con anterioridad a las reformas³¹. Por tanto, existía la posibilidad de que, admitiendo la cuestión prejudicial, y teniendo en cuenta la jurisprudencia hasta la fecha, que equiparaba el concepto de independencia de un órgano jurisdiccional del artículo 267 TFUE al del artículo 19 TUE, se acreditase al órgano remitente como independiente, y que esto repercutiera en el estatus de los nuevos jueces nombrados tras las reformas polacas, contrarias al valor del Estado de Derecho.

IV. LA RESPUESTA DEL ALTO TRIBUNAL EUROPEO

En fecha 29 de marzo de 2022, tras declarar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, el TJUE dicta sentencia que da respuesta a las mismas. Al tener en cuenta el contexto en el que se dicta, así como el problema de una posible inadmisibilidad estructural, la sentencia *Noble Bank* es de gran relevancia casuística. Su argumentación, como veremos a continuación, permite flexibilizar el concepto de independencia judicial, dotándolo de la practicidad necesaria para hacer frente a la amenaza que actualmente está experimentando el Estado de Derecho en el seno de la Unión Europea.

La sentencia, estructurándose como cualquier otra emitida por el TJUE, contiene una serie de importantes pronunciamientos, siendo posiblemente el más relevante de ellos el relativo a la admisibilidad de las cuestiones. En este sentido, y teniendo presente la brevedad de la argumentación jurídica expuesta en la sentencia en relación con esta admisibilidad, es necesario hacer especial referencia a las conclusiones presentadas por el Abogado General, Michal Bobek. Tomando en consideración dichas conclusiones, y atendiendo a lo dispuesto por el Alto Tribunal europeo, no resulta aventurado afirmar que la base

³¹ KOCHENOV, Dimitry y PETRA, Bárd, «Kirchberg Salami Lost in Bosphorus: The Multiplication of Judicial Independence Standards and the Future of the Rule of Law in Europe» *Journal of Common Market Studies*, 2022, núm. 60, pág. 153.

del pronunciamiento de órgano jurisdiccional es el razonamiento expuesto por el Abogado General en sus conclusiones.

Para el análisis de la sentencia, y en aras de una mejor comprensión de la misma, el estudio se dividirá en tres subapartados: (i) una especial referencia a las dimensiones de la independencia judicial expuestas por el Abogado General en sus conclusiones, (ii) la exposición de la argumentación jurídica utilizada por el TJUE para declarar las cuestiones remitidas como admisibles y (iii) una breve referencia a la resolución sobre el fondo de las cuestiones.

IV.A. Conclusiones del Abogado General Michal Bobek: especial referencia a las dimensiones de la independencia judicial

El Abogado General Michal Bobek, en sus conclusiones de fecha 8 de julio de 2021, previo a introducirse en el razonamiento que, para él, sería de aplicación en relación a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, realiza una serie de interesantes y relevantes observaciones acerca del concepto de independencia judicial en el ordenamiento jurídico europeo. De esta manera, al estar dotado de una mayor libertad para exponer aspectos no exclusivamente jurídicos, el Abogado General sitúa la controversia en un marco contextual mucho más amplio, permitiendo una mejor comprensión del asunto presentado ante el TJUE.

En el asunto *Getin Noble Bank*, la manifestación de la función de asistencia y apoyo del Abogado General, traducida en estas observaciones preliminares, resulta de vital importancia para comprender el posterior razonamiento empleado, que, a grandes rasgos —y a pesar de no realizarse mención expresa en la sentencia—, es el mismo trasfondo tenido en cuenta por el TJUE para declarar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales. Para evitar que la argumentación jurídica empleada con posterioridad para la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales no carezca de sentido, Michal Bobek realiza una introducción donde no hace más que profundizar en la idea ya expuesta por el Abogado General Evgeni Tanchev en sus conclusiones para el asunto *A.K. y otros* en 2019³²: dilucidar la independencia a la hora de establecer si un órgano cumple los criterios para ser considerado órgano jurisdiccional a efectos de plantear una cuestión prejudicial *ex* artículo 267 TFUE es un ejercicio distinto al de apreciar si se han

³² Apto. 110 Conclusiones AG Tanchev de 27 de junio de 2019, *A.K. y otros*, C-585/18, ECLI:EU:C:2019:551.

respetado las exigencias de la independencia judicial derivadas de los artículos 19 TUE o 47 CDFUE.

Esta argumentación jurídica ha sido expuesta en las conclusiones de los Abogados Generales en otros asuntos que llegaron ante el TJUE. Así ocurrió en el asunto *Torresi* (2014), en el que el Abogado General Nils Walh, en sus conclusiones, previó las consecuencias que podía tener equiparar, en tal caso, los requisitos derivados del artículo 47 CDFUE y los señalados por la jurisprudencia que desarrolla el artículo 267 TFUE. En este sentido, el Abogado General destacó que los requisitos derivados del artículo 47 CDFUE son necesarios «para reforzar la protección de los particulares y asegurar un alto grado de protección de los derechos fundamentales»³³. Sin embargo, continuaba señalando que «una aplicación demasiado estricta de los criterios enunciados en la jurisprudencia del (TJUE) sobre la admisibilidad de una remisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE podría producir el resultado opuesto (...) y como consecuencia se debilitaría la efectividad del Derecho de la Unión»³⁴. El Abogado General finaliza clarificando que esta afirmación no es lo mismo que sugerir que el TJUE deba adoptar una actitud descuidada en relación con el criterio de la independencia judicial.

Del mismo modo razonaba el propio Michal Bobek —pero esta vez con anterioridad al dictado de la sentencia *ASJP*— en sus conclusiones para el asunto *Pula Parking* (2017). Bobek, utilizando una curiosa metáfora quijotesca, defiende que «puede ampliarse la definición de órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 267 TFUE y aceptar una cuestión de Sancho Panza, suscitada en su condición de gobernador de la ínsula Barataria» en aras de fomentar la unidad y claridad del Derecho —lo cual debería considerarse positivo—, pero, sin embargo, «ejecutar resoluciones dictadas por el gobernador Sancho Panza contra individuos de diferentes ínsulas» es harina de otro costal³⁵.

En sus conclusiones del asunto *Noble Bank*, Bobek referencia 3 disposiciones de Derecho primario de la Unión Europea que consagran la independencia judicial como uno de los valores en que se fundamenta la Unión Europea: los artículos 267 TFUE, 19.1 párrafo 2 TUE y 47 CDFUE. Sin embargo, argumenta que estas disposiciones no establecen distintos tipos de independencia judicial,

³³ Apto. 49 Conclusiones AG Walh de 10 de abril de 2014, *Torresi*, C-58/13, ECLI:EU:C:2014:265.

³⁴ Ibid.

³⁵ Apto. 107 Conclusiones AG Bobek de 27 de octubre de 2016, *Pula Parking*, C-551/15, ECLI:EU:C:2016:825.

sino que el ejercicio a realizar para determinar el cumplimiento de tal independencia puede —y debe— ser diferente. Al ser tres disposiciones autónomas, con diferentes funciones y objetivos aparejados, el tipo de examen que debe llevarse a cabo para realizar la comprobación acerca de si el principio de independencia derivado de cada una de ellas está siendo respetado ha de ser distinto. Cada disposición debe ubicarse en su contexto y ser interpretada teniendo en cuenta la complejidad del ordenamiento jurídico en el que se encuentran³⁶. Es decir, en palabras de Bobek, es necesario que varíe «la intensidad del control por el Tribunal de Justicia respecto a la observancia de dicho principio y al umbral para apreciar sus infracciones»³⁷.

Por esta razón, Bobek se encarga de realizar una breve diferenciación entre los mencionados preceptos comunitarios. En primer lugar, señala que del artículo 19 TUE se deduce la necesidad de garantizar la independencia de todos los órganos jurisdiccionales facultados para pronunciarse en ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión. Se trata de una disposición «dedicada principalmente a los elementos estructurales y sistemáticos de los ordenamientos jurídicos nacionales»³⁸. Es decir, lo relevante en este caso es que el sistema judicial en su conjunto cumpla con los requisitos que se derivan del Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE. En segundo lugar, referencia que el artículo 47 CDFUE consagra la tutela judicial efectiva como un derecho subjetivo, ostentado por todo ciudadano de la Unión Europea. En otras palabras, defiende que esta disposición reconoce el derecho que tiene toda parte en un procedimiento jurisdiccional a «un recurso efectivo y a un juicio justo»³⁹. Por último, Michal Bobek finaliza sus observaciones preliminares apuntando que el artículo 267 TFUE, al recoger el mecanismo de remisión prejudicial, obedece a una finalidad muy distinta a la de los otros dos preceptos, sobre la que entraremos en el siguiente apartado.

³⁶ BROBERG, Morten y FENGER, Niels, «The European Court of Justice's Transformation of its Approach towards Preliminary References from Member State Administrative Bodies». *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2022, núm. 24, pág.

³⁷ Apto. 36 Conclusiones AG Bobek de 8 de julio de 2021, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2021:557.

³⁸ *Ibid.*, apto. 37.

³⁹ *Ibid.*, apto. 40.

IV.B. La admisibilidad de las cuestiones prejudiciales: en defensa del *poder judicial europeo*

Como ya se ha expuesto, las cuestiones prejudiciales únicamente podrán ser remitidas al TJUE por un *órgano jurisdiccional* entendido en los términos del Derecho de la Unión Europea. En este sentido, indicaba Manuel Cienfuegos que la noción de «órgano jurisdiccional» no podía quedar «abandonada» al albur del Derecho interno de cada Estado miembro, pues esto crearía «el riesgo de que sectores completos de la vida económica y social pudieran escapar, por voluntad de los Estados miembros, al control sobre el Derecho comunitario que lleva a cabo el Tribunal de Justicia a través del incidente prejudicial»⁴⁰, comprometiendo así la eficacia del diálogo entre los jueces nacionales y el TJUE. Por ello, para ser considerado *órgano jurisdiccional*, se viene requiriendo que el órgano de que se trate cumpla con una serie de condiciones, de entre las cuales destaca la independencia, que, como veremos a continuación, es un concepto que ha tenido un gran desarrollo a lo largo de la jurisprudencia del TJUE.

Primeramente, a la hora de configurar el mecanismo de remisión prejudicial, se optó por un enfoque funcional. En el asunto C-54/96, *Dorsch Consult*, se establecieron los conocidos como criterios Dorsch Consult para determinar si un organismo nacional podía calificarse como órgano jurisdiccional en el sentido del Derecho comunitario y formar parte del diálogo judicial europeo remitiendo cuestiones ante el TJUE. Estos requisitos serían: «el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia»⁴¹. Desde el surgimiento de esta construcción jurisprudencial, como acertadamente indica Charlotte Reys⁴², de entre todos los requisitos señalados, la independencia del órgano se contemplaba como aspecto inseparable de la función judicial, vinculándose férreamente a la idea de confianza mutua. Sin embargo, una vez dictada la sentencia *Dorsch Consult*, la primera aplicación de su jurisprudencia fue altamente criticada⁴³,

⁴⁰ CIENFUEGOS, Manuel, «Juez nacional-Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial» en coord. por Becerril, B., Maillo, J., Beneyto J.M. (dir.): *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo V, Aranzadi, 2012, pág. 549.

⁴¹ Apto. 23 Sentencia TJUE de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413.

⁴² REYNS, Charlotte, «Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?», *European Constitutional Law Review*, 2021, núm. 17, pág. 29.

⁴³ Los primeros asuntos en los que se aplicó la jurisprudencia de *Dorsch Consult* fueron, por un lado, el asunto C-103/97, *Köllensperger*, que concluyó con la Sentencia

considerándose que se trataba de una interpretación excesivamente laxa de los requisitos establecidos, sobre todo el de la independencia, única y exclusivamente enfocada a la apertura del procedimiento de cuestiones prejudiciales, sin tomar en consideración la importancia del concepto y las posibles repercusiones que podrían derivarse en el futuro.

Años más tarde se dotó al concepto de una mayor rigidez, cuando el 19 de septiembre de 2006 el TJUE dictó la sentencia *Wilson*, en la cual se perfiló el precitado concepto de independencia, ahondando en él e introduciendo la división entre su dimensión externa e interna. En este sentido, mientras que el aspecto externo «supone que el órgano ha de estar protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia del enjuiciamiento», el aspecto interno «se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la igualdad de distancias que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél»⁴⁴. Las garantías que señalaba en su sentencia el TJUE se configuraron desde entonces como reglas a observar en lo relativo a la composición del órgano, su nombramiento, la duración de su mandato y las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitían «excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos»⁴⁵.

La finalidad del cambio de rigidez introducido con la sentencia *Wilson* era que los justiciables tuviesen acceso a un órgano jurisdiccional lo suficientemente independiente como para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que exigía el Derecho comunitario. Es por esta razón por la que, con el desafío que significa para la Unión Europea el *Rule of Law backsliding*, y en aras de dotar al artículo 19 de verdadero contenido, se optó por acudir a la jurisprudencia establecida bajo el artículo 267 TFUE en lo relativo al requisito de la independencia judicial que se exigía para remitir cuestiones prejudiciales. De esta forma, se traslada el concepto utilizado para determinar un requisito formal de admisibilidad a la concreción de una obligación establecida por un principio insignia de la Unión Europea: el Estado de Derecho.

TJUE de 4 de febrero de 1999; y el asunto C-110/98, *Gabalfrija*, el cual finalizó con la Sentencia TJUE de 21 de marzo de 2000.

⁴⁴ Apto. 51 y 52 Sentencia TJUE de 19 de septiembre de 2006, *Wilson*, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587.

⁴⁵ *Ibid.*, apto. 53.

El problema viene cuando, en 2018, como ya hemos mencionado, con la sentencia *ASJP* y la jurisprudencia posterior, pareció equipararse el requisito de independencia exigido para un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 19 TUE con los del artículo 267 TFUE⁴⁶, lo cual suscitó la cuestión acerca de la precitada inadmisibilidad estructural. Como hemos señalado, dos años más tarde, en 2020, el TJUE dictó sentencia en el asunto *Banco Santander*, en la que resolvía inadmitiendo las cuestiones prejudiciales remitidas por el Tribunal Económico-Administrativo Central de España en aplicación de la jurisprudencia surgida de la sentencia *ASJP*. Este pronunciamiento pareció confirmar la cuestión: se había equiparado la reciente jurisprudencia relativa al examen de independencia a la luz del artículo 19 TUE con la jurisprudencia derivada de los requisitos de admisibilidad de una cuestión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE. En esta sentencia, a la hora de examinar la admisibilidad de la cuestión, el TJUE señaló que se debía revisar su jurisprudencia acerca de la remisión de cuestiones prejudiciales de los Tribunales Económicos Administrativos españoles al amparo del artículo 267 TFUE «habida cuenta, en particular, de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia relativa al criterio de independencia a que se atendrá cualquier organismo nacional para que pueda calificárselo de «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE»⁴⁷.

El proceder aplicando la jurisprudencia establecida en la sentencia *ASJP* y posteriores significaba que los jueces y tribunales integrados en una Administración de Justicia cuya independencia se hubieran visto tambaleada por reformas autoproclamadas *iliberales* podrían no adquirir la calificación de *órgano jurisdiccional* en el sentido del Derecho comunitario. Este hecho no les permitiría formar parte del diálogo judicial europeo a través de la remisión de cuestiones prejudiciales y la correcta aplicación del Derecho de la Unión se vería

⁴⁶ Al exponer el principio de tutela judicial efectiva contenida en el artículo 19 TUE, el TJUE señala que «de lo anterior se deduce que todo Estado miembro debe garantizar que aquellos órganos que, en calidad de «órganos jurisdiccionales» (...), formen parte de su sistema de vías de recurso en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión cumplan las exigencias de la tutela judicial efectiva»; continuando con la enumeración de los factores que han de tenerse en cuenta para esto, aludiendo a los establecidos por la jurisprudencia anterior para determinar si un órgano nacional en concreto podía remitir cuestiones prejudiciales al TJUE (Apto. 37 y 38 Sentencia TJUE de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117).

⁴⁷ Apto. 55 Sentencia TJUE de 21 de enero de 2020, *Banco Santander*, C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17.

amenazada. En palabras de Charlotte Reys⁴⁸, tal Administración de Justicia, inalcanzable para el Alto Tribunal europeo, se convertiría en un *punto ciego*.

Sin embargo, el TJUE todavía no había declarado como inadmisibles ninguna cuestión prejudicial procedente de los tribunales polacos en aplicación de la nueva jurisprudencia desarrollada en virtud del artículo 19 TUE. Es aquí donde se ubica la cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Supremo polaco en el asunto *Noble Bank*, la cual, para sorpresa de muchos, es declarada por el TJUE como admisible. A pesar de no exponer una disertación tan explícita del trasfondo como sí lo hace Michal Bobek en sus conclusiones, el TJUE parece acoger el mismo razonamiento cuando señala que «en la medida que una petición prejudicial emane de un órgano jurisdiccional nacional»⁴⁹, debe presumirse que este cumple con los requisitos previstos para remitir cuestiones prejudiciales a la luz del artículo 267 TFUE; señalando que tal presunción se aplica únicamente a efectos de dilucidar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales que se remitan en el marco del artículo 267 TFUE, no pudiendo deducirse de ella «que las condiciones de nombramiento de los jueces que integren el órgano jurisdiccional remitente permitan, necesariamente, cumplir las garantías de acceso a un juez independiente, imparcial y establecido previamente por la ley, en el sentido del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, o del artículo 47 de la Carta»⁵⁰. De esta manera, se crea una rígida presunción que únicamente puede ser enervada «cuando una resolución judicial firme dictada por un órgano jurisdiccional o internacional lleve a considerar que el juez que constituye el órgano jurisdiccional remitente no tiene la condición de juez independiente, imparcial y establecido por la ley», en el sentido del artículo 19 TUE o del artículo 47 CDFUE⁵¹.

Sin embargo, esta posibilidad de desvirtuar tal presunción puede ser considerada como un mero formalismo a disposición del propio TJUE, ya que la resolución judicial firme a la que se refiere el Tribunal «podría» enervar la presunción, pero no necesariamente lo hará. A este respecto, en el propio asunto *Noble Bank*, el TJUE podría haber tenido en cuenta lo dispuesto en la reciente sentencia *A.B. y otros* (2021), perfectamente aplicable en lo relativo a los nombramientos en

⁴⁸ REYNS, Charlotte, «Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?», *European Constitutional Law Review*, 2021, núm. 17, pág. 39.

⁴⁹ Apto. 69 Sentencia TJUE de 29 de marzo de 2022, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235.

⁵⁰ *Ibid.*, apto. 74.

⁵¹ *Ibid.*, apto. 72.

recomendación del Consejo Nacional del Poder Judicial («CNPJ») de Polonia, como era el caso del juez remitente en *Noble Bank*.

En la sentencia *A.B. y otros*, el TJUE declaraba que determinadas modificaciones legislativas, consideradas de manera conjunta, podían sugerir que el Poder Legislativo polaco actuó deliberadamente con el propósito de impedir el control judicial sobre los nombramientos efectuados por el CNPJ, como sucedía con los «nombramientos al Sąd Najwyższy efectuados desde la constitución del CNPJ en su nueva composición»⁵², entre los que se encontraba el juez que componía el órgano remitente en *Noble Bank*. Al tratarse de un factor decisivo, esto podría haber llevado al TJUE a reabrir la fase oral del procedimiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 de su Reglamento. Sin embargo, no fue así. El TJUE optó por declarar la cuestión prejudicial admisible y resolver sobre el fondo, según nuestro criterio, en búsqueda de los efectos a los que haremos referencia en el apartado quinto del presente trabajo.

Este proceder del Tribunal de Justicia no ha estado exento de crítica, siendo reprobado por determinados sectores doctrinales, principalmente aludiendo a la defensa de los derechos humanos por significar tal argumentación un distanciamiento del concepto de independencia judicial desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH») a la luz del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos («CEDH»). En este sentido, Dimitry V. Kochenov y Petra Bárd, señalan que la «multiplicación» de estándares de medición de independencia judicial en el seno de la Unión Europea significa anteponer el derecho procedimental de la organización frente al sistema europeo de protección de derechos humanos⁵³.

Sin embargo, como ya hemos podido observar, en el reciente desarrollo jurisprudencial del TJUE, el concepto de independencia judicial previsto en la jurisprudencia del TEDH no ha sido dado de lado, sino que se ha encuadrado bajo otro precepto que recoge la obligación de los Estados de observar las garantías derivadas del mismo: el artículo 19 TUE. Por ello, a pesar de la existencia de ciertas críticas doctrinales, como refiere el TJUE, esta argumentación es necesaria en aras de garantizar el correcto funcionamiento de «la piedra angular

⁵² Apto. 138 Sentencia TJUE de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

⁵³ KOCHENOV, Dimitry y PETRA, Bárd, «Kirchberg Salami Lost in Bosphorus: The Multiplication of Judicial Independence Standards and the Future of the Rule of Law in Europe» *Journal of Common Market Studies*, 2022, núm. 60, pág. 159.

del sistema jurisdiccional consagrado en los Tratados»⁵⁴: el procedimiento de remisión prejudicial. Con esta decisión se podría afirmar que el TJUE se retrotrae a hacer hincapié en el carácter funcional del concepto de *órgano jurisdiccional* a la luz del artículo 267 TFUE, únicamente establecido como instrumento de identificación de quienes pueden ser distinguidos como interlocutores frente al TJUE y formar parte del diálogo judicial europeo. En palabras de Michal Bobek, lo importante en el ejercicio de admisibilidad de la cuestión prejudicial es «la naturaleza, la posición y el funcionamiento de ese órgano dentro del marco institucional del Estado miembro»⁵⁵.

A diferencia del TJUE, en sus conclusiones, Michal Bobek realiza una interesante disertación acerca de por qué una interpretación del concepto de «órgano jurisdiccional» a la luz del artículo 267 TFUE que exija examinar la concreta situación de las personas físicas que componen el órgano remitente sería contraproducente, e iría en contra de la propia naturaleza del procedimiento prejudicial. Según Bobek: «El artículo 267 TFUE establece un diálogo entre instituciones judiciales, no entre las personas físicas que lo componen»⁵⁶. Para sustentar su argumentación añade cuatro razones que, por su trascendencia argumentativa, procedemos a exponer a continuación.

Primeramente, no sólo sería ilógico, sino contraproducente, el rechazo a dialogar en el marco del artículo 267 TFUE con órganos nacionales que, al menos formalmente, ejercen funciones jurisdiccionales en el ámbito interno y solicitan una interpretación del Derecho de la Unión. En segundo lugar, argumenta Bobek —de manera acertada a nuestro parecer— que las posibles dudas acerca del buen hacer jurídico y moral del juez que conoce de un asunto «no priva a las partes en el procedimiento de su derecho a la correcta aplicación de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión»⁵⁷. Como tercera consideración, desde un punto de vista más práctico, el valorar la parcialidad de un juez nacional requeriría un examen completo y detallado de una normativa de aplicación muy variada que haría de la fase de admisibilidad un posible adelantamiento del examen de fondo en pretensiones relativas al artículo 19 TUE. Y, por último, Bobek habla de la necesidad de una coherencia horizontal en los pronunciamientos y el hacer del Tribunal de Justicia, aspecto que se ha

⁵⁴ Apto. 71 Sentencia TJUE de 29 de marzo de 2022, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235.

⁵⁵ Apto. 51 Conclusiones AG Bobek de 8 de julio de 2021, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2021:557.

⁵⁶ *Ibid.*, apto. 65.

⁵⁷ *Ibid.*, apto. 68.

de predicar del funcionamiento de cualquier órgano jurisdiccional, y más si cabe en uno de tal naturaleza y con la trascendencia con la que cuenta el TJUE⁵⁸.

En definitiva, teniendo en cuenta la situación actual en la que se encuentra la Unión Europea, podemos afirmar que la declaración de admisibilidad en el asunto *Getin Noble Bank* no trata de reiterar la clásica idea del necesario diálogo entre el TJUE y las diferentes jurisdicciones nacionales, sino que opta por preservar un efectivo mecanismo de control de los valores previstos en el artículo 2 TUE. Como indica Nuria Magaldi, se trata de la protección del «poder judicial europeo», sometido a unas mismas reglas y a unos mismos principios⁵⁹. Se salva así la condición de *órgano jurisdiccional* del Tribunal Supremo —entendida como capacidad para remitir cuestiones prejudiciales— a la vez que se realiza una diferenciación del concepto de independencia contenido en los artículos 267 TFUE, 19 TUE y 47 CDFUE. Afirma Bobek —consciente de la crisis del Estado de Derecho en la que se encuentra sumida la Unión⁶⁰— que tales disposiciones persiguen objetivos diferentes: no es lo mismo identificar a los órganos nacionales que puedan remitir una cuestión prejudicial ante el TJUE que detectar infracciones en una determinada formación judicial con la finalidad de proteger los derechos de los justiciables.

A pesar de esto, y en este caso haciendo referencia expresa a las conclusiones de Michal Bobek —el cual ya advertía que las alegaciones expuestas por el Defensor del Pueblo polaco en relación al órgano remitente le resultaban verdaderamente inquietantes⁶¹—, con la finalidad de dejar claro que la admisibilidad de la cuestión prejudicial no significaba de ningún modo una suerte de legitimación del órgano remitente a los efectos del artículo 19 TUE, el TJUE destaca la existencia de duda sobre la independencia del órgano remitente a efectos distintos del artículo 267 TFUE⁶². En definitiva, se establece la idea de que declarar una cuestión prejudicial como admisible en virtud del

⁵⁸ Ibid., apto. 70.

⁵⁹ MAGALDI, Nuria, «La garantía de independencia del juez europeo: Una revolución encubierta del TJUE». *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 2022, núm. 70/1, pág. 91.

⁶⁰ Señala Michal Bobek que «a raíz de la crisis del Estado de Derecho que atraviesan algunos Estados miembros, el Tribunal de Justicia se ha visto obligado no solo a desarrollar su jurisprudencia para poder prestar asistencia (...), sino también a concebir excepciones a las reglas generales, en atención al carácter anómalo de los casos» (Apto. 71 Conclusiones AG Bobek de 8 de julio de 2021, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2021:557).

⁶¹ Ibid., apto. 75.

⁶² Apto. 75 Sentencia TJUE de 29 de marzo de 2022, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235.

artículo 267 TFUE no es equiparable a afirmar que el órgano remitente esté, a la luz del Derecho comunitario, legalmente constituido, o que el juez de que se trate haya sido lícitamente nombrado; y que tales elementos pueden —y deben— ser relevantes a la hora de analizar la independencia de un órgano en concreto a efectos de los artículos 19 TUE o 47 CDFUE.

A priori, la argumentación expuesta en la sentencia *Noble Bank* parece distanciarse de la contenida en la sentencia *Banco Santander*, en la cual se equiparaban los requisitos para calificar a un órgano como *órgano jurisdiccional* tanto del artículo 267 TFUE como de los artículos 19 TUE y 47 CDFUE. Sin embargo, como ya indicó Pilar Concellón con anterioridad a todo este novedoso desarrollo jurisprudencial, en lo que a esta presunta contradicción se refiere, al hablar de órgano jurisdiccional en sentido del Derecho comunitario, sin dejar de lado el déficit de seguridad jurídica que esto comporta, estamos ante «una jurisprudencia casuística, muy elástica»⁶³. No obstante, hay que tener en cuenta la verdadera finalidad de toda esta argumentación jurídica: evitar una posible inadmisibilidad estructural de cuestiones prejudiciales que impidan al TJUE pronunciarse sobre asuntos de gran relevancia e interés. Es decir, con este proceder, el TJUE está dando solución a la paradoja que se plantearía para admitir una cuestión prejudicial relativa a la independencia judicial remitida por un tribunal de un Estado miembro que se hubiera visto afectado por una norma nacional que restringiera su propia independencia.

Por tanto, en la sentencia *Noble Bank* se aprecia la determinación del TJUE de diferenciar el concepto de *órgano jurisdiccional* a la luz del artículo 267 TFUE de aquel que se deriva de las obligaciones que fluyen del artículo 19 TUE, exigidas para la totalidad de los Estados miembros. Con ello, en aras de salvaguardar el Estado de Derecho, el Alto Tribunal europeo da prioridad al diálogo judicial en detrimento de una rigidez jurisprudencial que por algunos es identificada como necesaria. Se trata, por tanto, de un enfoque más pragmático, que puede tener diferentes consecuencias, sobre las que realizaremos un comentario en el punto quinto del presente artículo.

⁶³ CONCELLÓN, Pilar, «De nuevo sobre el concepto de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 267 TFUE: Los secretarios judiciales y el expediente de jura de cuentas. Comentario de la sentencia TJUE de 16 de febrero de 2017, C-503/15, Margarit Panicello», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, núm. 57, pág. 732.

IV.C. El pronunciamiento sobre el fondo: valoraciones sobre la independencia judicial *in concreto*

Antes de hacer alusión a los posibles efectos que pueden derivarse de la declaración de admisibilidad contenida en la sentencia *Noble Bank*, con la finalidad de entender mejor la controversia transversal en el asunto objeto de análisis, nos detendremos brevemente en el pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

En relación con el pronunciamiento sobre el fondo expresado en la sentencia *Noble Bank*, en su sentencia del asunto *Reexamen Simpson/Consejo* (2020), el TJUE estableció que, si bien las irregularidades en los nombramientos de los jueces podían hacer dudar de la independencia de los mismos, estas debían ser analizadas caso por caso, para dilucidar si esa infracción era de envergadura tal que de ella podían derivarse dudas acerca de la independencia y la imparcialidad de los jueces. En particular, para hacer dudar de la independencia del juez, la irregularidad en cuestión debía ser de tal naturaleza y gravedad que crease un riesgo real de que otras ramas del poder pudieran ejercer una potestad discrecional indebida que pusiera en peligro la integridad del nombramiento⁶⁴. De esta forma, se instauraban unas mínimas garantía a observar en el proceso de nombramiento de los órganos jurisdiccionales nacionales, lo cual reiteraba la importancia que para la funcionalidad de la Unión Europea tienen los jueces y tribunales nacionales.

En aplicación de esta construcción jurisprudencial, en el asunto *Noble Bank* el órgano jurisdiccional remitente pone en duda la independencia del Tribunal de Apelación de Wrocław, fundamentando su argumentación en base a una serie de circunstancias que rodearon el nombramiento de los jueces que componen la formación. En primer lugar, el TJUE se encarga de dar respuesta a las tres primeras cuestiones prejudiciales, en las cuales se plantea la duda de la concreta independencia de uno de los jueces, teniendo en cuenta: el procedimiento de nombramiento llevado a cabo en 1978, en el seno de un sistema de gobierno no democrático; la contabilidad del periodo de tiempo de su servicio en el régimen comunista para el otorgamiento de ascensos; y su juramento únicamente en el momento de su nombramiento, jurando lealtad y respeto al régimen comunista. Tras realizar un repaso de la jurisprudencia reciente para explicar el enlace existente entre la independencia judicial, la necesaria imparcialidad de los jueces y el derecho a una tutela judicial efectiva contenido en el artículo 19 TUE,

⁶⁴ Apto. 75 Sentencia TJUE 26 de marzo de 2020, *Reexamen Simpson/Consejo*, C-542/18, ECLI:EU:C:2020:232.

el TJUE destaca la necesidad de asegurar que el procedimiento de nombramiento de jueces de que se trate no suscite dudas en relación a la impermeabilidad de estos frente a elementos externos y a la propia neutralidad de los mismos⁶⁵.

Sin embargo, como indica el TJUE en su sentencia: «el órgano jurisdiccional remitente no invoca ningún elemento que indique los motivos por los que el primer nombramiento de un juez (...) puede suscitar dudas legítimas y auténticas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la independencia e imparcialidad de ese juez»⁶⁶. En particular, se señala que el Tribunal Supremo polaco no aporta ninguna argumentación concisa que permita explicar de qué forma las condiciones en las que se produjo el nombramiento de dicho juez posibilitaban que una persona, institución u organismo ejerciese algún tipo de presión externa sobre el mismo⁶⁷. Por tanto, concluye el Tribunal que, por sí solas, las circunstancias traídas a colación por el órgano remitente no suscitan auténticas dudas sobre la independencia del juez en cuestión⁶⁸. Es decir, ni es posible saber *quién*, hoy en día, sería capaz de ejercer una influencia sobre el juez en cuestión, ni *por qué* tal juez va a ceder ante tal influencia.

En segundo lugar, en las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, el órgano remitente pone en cuestión la independencia e imparcialidad de la completa formación del Tribunal de Apelación de Wrocław, pero esta vez subrayando dos circunstancias diferentes relativas al proceso de nombramiento de estos jueces: la elección de los jueces por un órgano cuya composición ha sido declarada inconstitucional, y un proceso de nombramiento tachado de no contar con las debidas garantías. En una disertación muy similar a la utilizada para la resolución de las tres primeras cuestiones, el TJUE, tras recordar que el proceso de nombramiento de un juez es un factor de gran relevancia a la hora de realizar un examen sobre la independencia del mismo, señala que «una irregularidad cometida con ocasión del nombramiento de los jueces (...) supone la infracción de la exigencia de que el tribunal esté establecido por ley»⁶⁹. Sin embargo, «no todo error que pueda producirse durante el procedimiento de nombramiento de un juez puede originar dudas sobre la independencia y la imparcialidad del

⁶⁵ Apto. 97 Sentencia TJUE de 29 de marzo de 2022, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235.

⁶⁶ *Ibid.*, apto. 105.

⁶⁷ *Ibid.*, apto. 106.

⁶⁸ *Ibid.*, apto. 107.

⁶⁹ Apto. 122 Sentencia TJUE de 29 de marzo de 2022, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235.

juez y, por consiguiente, sobre la condición de «juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley»⁷⁰.

Es decir, como señala Michal Bobek a lo largo de sus conclusiones, no existe un automatismo al respecto: no todas las infracciones en el proceso de nombramiento pueden llegar a suscitar dudas sobre la independencia de dicho juez. Así pues, para dotar a este examen de una debida coherencia, debe existir «una correlación razonable entre las normas o principios infringidos, la gravedad de la infracción, el tipo y alcance de las soluciones disponibles (...), habida cuenta las circunstancias del caso»⁷¹. Es decir, al igual que ocurría en la resolución de las anteriores cuestiones, el *Sąd Najwyższy* no señalaba elementos concretos que pudieran suscitar auténticas dudas sobre la independencia e imparcialidad de los jueces derivadas de la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional a la que hacía referencia o del proceso de nombramiento falto de transparencia señalado.

Aprovechando la condición de Abogado General, Michal Bobek va más allá de la cuestión jurídica y propone realizar el debido análisis teniendo en cuenta todas las circunstancias que conforman el marco contextual donde se sitúa el asunto, considerando «los eventuales motivos, medios y oportunidad» en los que se basó el Tribunal Constitucional polaco para realizar la precitada declaración de inconstitucionalidad⁷². De manera abstracta, enfatizando de nuevo en la importancia de contextualizar, Bobek se pregunta los verdaderos motivos que podrían subyacer en la declaración de inconstitucionalidad, si tal decisión fue adoptada por un tribunal verdaderamente independiente y debidamente constituido, y qué grado de confianza se puede depositar en las decisiones de una institución que puede ser calificada como proclive al abuso instrumental. Todas estas cuestiones, unidas al análisis jurídico realizado a lo largo de la sentencia, ponen de relieve la complejidad del contexto en la que se dicta la sentencia *Noble Bank*.

V. CONCLUSIONES: LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ADMISIBILIDAD EN EL ASUNTO C-132/20

Como ocurre en varios países de la Unión Europea, Polonia se encuentra sumida en una espiral de reformas que están incidiendo

⁷⁰ Ibid., apto. 123.

⁷¹ Apto. 162 Conclusiones AG Bobek de 8 de julio de 2021, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2021:557.

⁷² Ibid., apto. 140.

de manera agresiva en los cimientos de su poder judicial. Los jueces y tribunales polacos son los principales afectados por este terremoto legislativo, y con ellos, la independencia judicial en el seno de la Unión Europea. Por esta razón, el proceso reformista llevado a cabo por el gobierno polaco se ha visto intervenido por la Unión Europea, la cual se ha implicado desde diferentes ópticas. De entre los métodos utilizados para realizar tal implicación, el mecanismo de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE ha sido uno de los principales protagonistas. A través de tal mecanismo, muchos órganos jurisdiccionales polacos han clamado vehementemente protección al Alto Tribunal europeo, siendo utilizado como una suerte de arma ante la amenaza que significan las reformas polacas.

Ante esta situación, el artículo 267 TFUE y la jurisprudencia que se había venido desarrollando bajo su rúbrica en lo que a la independencia judicial se refiere se han visto complementadas por el artículo 19 TUE y la obligación de garantizar la tutela judicial efectiva. De esta manera, se ha configurado un nuevo marco jurisprudencial como escudo defensivo para proteger la independencia judicial de los Estado miembros.

Fue en la sentencia del asunto *ASJP* donde se recurrió al desarrollo jurisprudencial llevado a cabo bajo el artículo 267 TFUE para dotar de contenido las obligaciones que se desprendían del artículo 19 TUE, lo cual proporcionó a la novedosa jurisprudencia profundidad, alcance y coherencia. Sin embargo, con este proceder se atisbó un problema: la presunta equiparación de los conceptos de independencia judicial contenidos en los artículos 267 TFUE y 19 TUE abría la puerta a una posible inadmisibilidad estructural de cuestiones prejudiciales procedentes de un Estado miembro cuya judicatura hubiera sufrido reformas que menoscabasen su independencia.

Es en este contexto en el que se dicta la sentencia del asunto *Getin Noble Bank* el 29 de marzo de 2022. En ella, el TJUE manifestó que el alcance de la independencia judicial derivaba del artículo 267 TFUE no podía ser el mismo que el previsto como requisito a cumplir bajo el artículo 19 TUE. Con esto, el rígido estándar unificado de control de la independencia judicial parecía quedar desvirtuado. El TJUE, entre la espada y la pared, en lo que parece ser una actuación encaminada para salvaguardar el mecanismo de cuestiones prejudiciales, dota de una necesaria elasticidad el concepto de independencia judicial y le proporciona un funcional dinamismo.

Hay que tener en cuenta que el procedimiento de remisión de cuestiones prejudiciales previsto en el artículo 267 TFUE ha alterado

su naturaleza primigenia, pasando de ser un mecanismo de diálogo entre jueces a un instrumento de control del respeto de los valores en los que se sustenta la Unión. Por ello, un pronunciamiento distinto del contenido en la sentencia *Noble Bank* podría significar condenar al fracaso uno de los sistemas de control más funcionales previsto en la configuración de la Unión Europea, de gran y efectiva aplicación en lo que al *Rule of Law Backsliding* se refiere.

Si bien esta opción permite al TJUE abordar la crisis del Estado de Derecho con una mayor contundencia, la misma ha sido criticada por parte de la doctrina por dar prioridad al funcionamiento procedimental de la Unión frente a la correcta protección de los derechos humanos. Sin embargo, para realizar un adecuado planteamiento de la disyuntiva a la que se enfrenta el TJUE, no podemos olvidar que el ordenamiento jurídico europeo es fruto de un complejísimo proyecto de avenencia política, con fundamento en la armonización de los ordenamientos jurídicos preestablecidos en sus Estados miembros. Así pues, las disputas en el seno de la Unión Europea han de ser observadas desde una óptica contextual, teniendo en cuenta el espinoso marco que las rodean y la envergadura del ordenamiento jurídico en aplicación.

Atendiendo a estas circunstancias, y con la finalidad de no dar pasos atrás en el proyecto de integración europea, parece que debería considerarse errónea una consideración extremadamente rígida de las disposiciones europeas, sobre todo cuando se trata de conceptos tan cambiantes como el de independencia; un concepto que, como indicaba Michal Bobek en sus conclusiones del asunto *Noble Bank*, es, por definición, relacional: «independencia o dependencia respecto de algo o alguien»⁷³. Por estas razones, y con el propósito de no crear puntos ciegos del tamaño de países para la jurisdicción del TJUE, se podría decir que era necesario un pronunciamiento con el de *Noble Bank*.

Con este discurso no estamos defendiendo que la diferenciación de un mismo concepto jurídico en función del marco en el que se aplique no entrañe peligros, puesto que, naturalmente, tal práctica conlleva innegables riesgos de los que se debe ser consciente. Y es por ello que, para implementar de forma correcta la construcción jurisprudencial que permitía contextualizar el requisito de independencia judicial, se tiene que dejar claro el marco en el que se esté llevando a

⁷³ Apto. 100 Conclusiones AG Bobek de 8 de julio de 2021, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2021:557.

cabo el análisis, siendo necesario hacer hincapié en la motivación que sustente la resolución a la que se llegue en cada supuesto.

Por otro lado, como recuerda Michal Bobek en sus conclusiones, la respuesta que el TJUE pueda dar a las cuestiones prejudiciales que ante él se planteen serán vinculante, no sólo para el órgano remitente en el procedimiento jurisdiccional del que surgió la pregunta, sino también para todos aquellos tribunales nacionales que se encuentren ante la misma cuestión jurídica⁷⁴. De lo contrario, limitar los efectos de una sentencia que contenga una útil y detallada interpretación de disposiciones europeas al exclusivo caso concreto en el que surge la cuestión planteada sería absurdo e innecesariamente caro a efectos procesales. Con esta suerte de efecto *erga omnes* se enfatiza en la correcta interpretación del Derecho de la Unión, permitiendo una interpretación uniforme del mismo en el interior de los Estados miembros.

De igual manera, la limitación de los efectos de una sentencia del TJUE en respuesta a una cuestión prejudicial a un único Estado miembro tampoco sería coherente, así como iría en contra del principio de igualdad de los Estados. Por eso, yendo más allá, cabe traer a colación la doctrina del *acte claire*, instaurada con el dictado de la sentencia en el asunto *CILFIT* en 1982. Según esta doctrina jurisprudencial, de constante referencia en asuntos posteriores, no solamente quedarán vinculados al pronunciamiento del TJUE los jueces y tribunales del Estado miembro del que procedió la cuestión prejudicial, sino que, al interpretarse disposiciones del Derecho de la Unión, siempre que se trate de la misma cuestión suscitada cuya resolución se evidencia como igual, también deberá ser acogido por los jueces y tribunales de otros Estados miembros que se topen con ella, suprimiéndose la obligación de volver a remitirla ante el Alto Tribunal europeo. En este sentido, no se habla de cosa juzgada, sino de *cosa interpretada*. Es decir, la interpretación que se establezca sobre una disposición europea en el marco de un proceso de remisión prejudicial tendrá efectos *erga omnes* sobre el conjunto denominado por parte de la doctrina como *poder judicial europeo*, cuyas formaciones no podrán cuestionar por sí la validez del contenido del pronunciamiento del TJUE.

Teniendo esto en cuenta, cabe argüir que, a través de la declaración de admisibilidad en *Noble Bank*, el TJUE no se pone barreras innecesarias a sí mismo, sino que se permite —siempre que cuente con el sustento jurídico suficiente— ocuparse de temas que sean de su interés. De este modo, el TJUE se posiciona en favor de continuar

⁷⁴ Apto. 67 Conclusiones AG Bobek de 8 de julio de 2021, *Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2021:557.

desarrollando una jurisprudencia eficaz para salvaguardar la independencia judicial y el Estado de Derecho en la Unión.

Sin embargo, y como último apunte, esto no puede nublar nos la vista y hacer caer en el olvido las raíces del problema que se presenta ante nuestros ojos. Nunca se expuso el proyecto de integración europea como uno de fácil alcance, pues no eran muy complicados de evidenciar los óbices por el camino. A pesar de esto, la impaciencia con la que se llevaron a cabo determinadas transiciones puede que haya derivado en el levantamiento de cimientos demasiado débiles para una Unión que en su día se alzó sobre 28 países. Por ello, sin dejar de poner el énfasis en la construcción de una Europa humanista, pacífica y tolerante, se ha de abordar la crisis del Estado de Derecho en la que se encuentra sumida la Unión Europea teniendo en cuenta todas las posibilidades que se abren para modelar un espacio constituido por sociedades democráticas y más igualitarias, pero siempre teniendo en cuenta los errores del pasado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Broberg, M. y Fenger, N. (2022): «The European Court of Justice's Transformation of its Approach towards Preliminary References from Member State Administrative Bodies». *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 24, pp. 1-32.
- Cienfuegos, M. (2012): «Juez nacional-Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial» en coord. por Becerril, B., Maillo, J., Beneyto J.M. (dir.): *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Tomo V, Aranzadi, pp. 549-624.
- Concellón, P. (2017): «De nuevo sobre el concepto de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 267 TFUE: Los secretarios judiciales y el expediente de jura de cuentas. Comentario de la sentencia TJUE de 16 de febrero de 2017, C-503/15, Margarit Panicello». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 57, pp. 709-733.
- Díez-Picazo, L. M. (1992): «Notas de Derecho Comparado sobre la Independencia Judicial». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, pp. 19-39.
- García-Valdecasas, M.J. (2019): «El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP)». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 72, pp.75-96.

- Kawczyńska, M. (2020): «Combating the constitutional crisis in Poland – Can the European Union provide an effective remedy?». *Hungarian Journal of Legal Studies*, núm. 61, pp. 229-253.
- Kochenov, D. y Petra, B. (2022): «Kirchberg Salami Lost in Bosphorus: The Multiplication of Judicial Independence Standards and the Future of the Rule of Law in Europe». *Journal of Common Market Studies*, núm. 60, pp. 150-165.
- Lenaerts, K. (2022): «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Independencia Judicial». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 72, pp. 351-368.
- Magaldi, N. (2022): «La construcción de un poder judicial europeo y las garantías de su independencia». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 125, pp. 127-157.
- , (2022): «La garantía de independencia del juez europeo: Una revolución encubierta del TJUE». *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, núm. 70/1, pp. 81-109.
- Pech, L. y Planton, S. (2018): «Judicial Independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case». *Common Market Law Review*, núm 55, pp. 1827-1854.
- Pech, L. y Scheppele, K. L. (2017): «Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU». *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 19, pp. 3-47.
- Reyns, C. (2021): «Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?». *European Constitutional Law Review*, núm. 17, pp. 26-52.
- Ugartemendia, J. I. (2020): «Tutela judicial efectiva y Estado de Derecho en la UE y su incidencia en la Administración de Justicia de los Estados miembros». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, pp. 309-341.

VII. JURISPRUDENCIA Y SIMILARES

- Conclusiones del AG Walh, TJUE, C-58/13, *Torresi*, 10 de abril de 2014, ECLI:EU:C:2014:265.
- Conclusiones del AG Bobek, TJUE, C-551/15, *Pula Parking*, 27 de octubre de 2016, ECLI:EU:C:2016:825.
- Conclusiones del AG Tanchev, TJUE, C-585/18, *A.K. y otros*, 27 de junio de 2019, ECLI:EU:C:2019:551.

- Conclusiones del AG Bobek, TJUE, C-132/20, *Noble Bank*, 8 de julio de 2021, ECLI:EU:C:2021:557.
- TJUE, C-33/76, *Rewe*, 16 de diciembre de 1976, ECLI:EU:C:1976:188.
- TJUE, C-106/77, *Simmenthal*, 9 de marzo de 1978, ECLI:EU:C:1978:49.
- TJUE, C-283/81, *CILFIT*, 6 de octubre de 1982, ECLI:EU:C:1982:335.
- TJUE, C-260/91, *Diversinte*, 1 de abril de 1991, ECLI:EU:C:1993:136.
- TJUE, C-54/96, *Dorsch Consult*, 17 de septiembre de 1997, ECLI:EU:C:1997:413.
- TJUE, C-506/04, *Wilson*, 19 de septiembre de 2006, ECLI:EU:C:2006:587.
- TJUE, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, 27 de febrero de 2018, ECLI:EU:C:2018:117.
- TJUE, C-619/18, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, 24 de junio de 2019, ECLI:EU:C:2019:531.
- TJUE, C-585/18, *A.K. y otros*, 19 de noviembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:982.
- TJUE, C-274/14, *Banco Santander*, 21 de enero de 2020, ECLI:EU:C:2020:17.
- TJUE, C-542/18, *Reexamen Simpson/Consejo*, 26 de marzo de 2020, ECLI:EU:C:2020:232.
- TJUE, C-824/18, *A.B. y otros*, 2 de marzo de 2021, ECLI:EU:C:2021:153.
- TJUE, C-132/20, *Noble Bank*, 29 de marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:235.

LA NECESARIA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ENCRUCIJADA DIGITAL Y DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

THE NECESSARY EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS: DIGITAL CROSSROADS AND ALGORITHMIC DISCRIMINATION

José Sánchez Hernández¹

Asesor de la Presidencia del Consejo Consultivo de Castilla y León

Sumario: *I. Introducción. II. Breves notas acerca de la evolución generacional de los derechos humanos. A) Sobre la importancia de historificar los derechos humanos. B) El fenómeno tecnológico como causante de la aparición de la tercera generación de derechos humanos. III. Inteligencia artificial y Derechos Humanos. A) La discriminación algorítmica. B) La solidaridad como rasgo diferenciador del derecho contra la discriminación algorítmica. C) Nuevos instrumentos de tutela y garantía ante el fenómeno inteligente. D) ¿Y qué hay del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial? IV. Conclusiones. Bibliografía.*

Resumen: la presente aportación propone avanzar hacia una nueva generación de derechos humanos de tinte posthumanista. Con el pretexto más inmediato de salvaguardar la dignidad e integridad humanas, en un mundo globalizado y dominado por la programación algorítmica, la situación debe, por un lado, garantizar la equidad y la justicia en un entorno marcado por la omnipresencia algorítmica (ofreciendo protección contra la discriminación algorítmica y asegurando la transparencia, explicabilidad, trazabilidad y responsabilidad

¹ Graduado en Derecho por la Universidad de Salamanca. Máster en Práctica Jurídica y Máster en Derecho y Nuevas tecnologías por la USAL. Máster en Derecho Fundamentales por la UNED.

en la toma de decisiones automatizadas); y, por otro, implementar mecanismos contra los riesgos inherentes a la evolución tecnológica y la (des)protección de los datos en la era de internet.

Palabras clave: IA, inteligencia, artificial, derechos, humanos, generación, encrucijada, digital.

Abstract: the present contribution proposes to move towards a new generation of human rights with a posthumanist tinge. Under the more immediate pretext of safeguarding human dignity and integrity, in a globalized world dominated by algorithmic programming, the situation must, on the one hand, guarantee equity and justice in an environment marked by algorithmic omnipresence (offering protection against algorithmic discrimination and ensuring transparency, explainability, traceability and accountability in automated decision-making); and, on the other, implement mechanisms against the risks inherent in technological evolution and the (dis)protection of data in the internet age.

Key words: AI, intelligence, artificial, human, rights, generation, crossroads, digital.

I. INTRODUCCIÓN

Conocido ya por todos, los derechos humanos representan aquellas áreas de inmunidad, acción y exigencias de prestación reconocidas al individuo con carácter universal y frente a todos, en especial frente al poder², adquiriendo sustancialidad para el desarrollo de sociedades justas y equitativas: por un lado, conformando el marco ético fundamental que garantizase la protección de la dignidad, la libertad y la igualdad de todos los individuos; y, por otro, sirviendo como mecanismo de salvaguarda frente a los abusos gubernamentales de poder, respuesta inmediata del contrato social articulado Rousseau y defendido por Hobbes y Locke.

En otro orden de circunstancias, no debemos negar que la evolución dogmático-constitucional se ha vinculado estrechamente a los acontecimientos sociológicos y a las corrientes filosóficas que los engendraron, particularmente en vista de que su defensa surgiría de un singular proceso histórico impulsado por su conceptualización y su particular naturaleza jurídica. Precisamente, su positivación, al ser

² PRIETO SANCHÍS, L., «Notas sobre el origen y la Evolución de los Derechos Humanos», en *Derecho & Sociedad*, núm. 17, ISSN 2079-3634, 2001, pág. 320.

relativamente reciente³, necesita de una mayor profundidad reflexiva, máxime cuando el punto de inflexión producido en el siglo xviii con las revoluciones estadounidense y francesa, y cuyo resultado normativo sería la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, fuera incapaz de resolver esenciales vicisitudes provocadas por el fenómeno tecnológico.

Por todo ello, debemos recordar que la aparición de los derechos humanos no cuenta con un origen pacífico, sino que interesantes conquistas sociales han estado presentes a lo largo de su existencia. Si bien, una tercera generación de derechos humanos emergería como respuesta perentoria a las necesidades sociales y éticas del ciudadano, pero entendido dentro de comunidad⁴, motivada por el reciente recuerdo de las dos Guerras Mundiales —acabando esta última con los impropios bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki—, el ya real cambio climático, el agotamiento y la escasa eficiencia en el uso de nuestros recursos naturales, los nuevos desafíos geopolíticos, la dependencia excesiva de la tecnología, la manipulación de la información por los grupos de poder o la insuficiente privacidad e intimidad de nuestros datos personales en la ‘jungla’ de internet.

Sin embargo, el panorama se agitaría todavía más con la aparición de una tecnología tan disruptiva como la inteligencia artificial (también, IA), capaz de situar al ciudadano en un papel de indefensión total. Ello nos lleva a reconsiderar que nos encontramos en un momento complicado para la defensa de la dignidad, integridad y libertad humanas, pues los desafíos jurídicos, éticos y sociales de la ya realidad inteligente nacen sin precedentes y sin respuesta inmediata de actuación, entre otras cosas, porque la IA, con su capacidad para analizar grandes cantidades de datos y tomar decisiones de manera autónoma, cuenta el potencial de transformar la totalidad de los aspectos de nuestras vidas. Sus oportunidades técnicas chocan de frente con una inevitable colisión con nuestros derechos y libertades fundamentales, de ahí a que la solución pase por una acción reflexiva y cuidadosa para con los derechos humanos y, en especial, con el derecho a no ser discriminado o estigmatizado en base a decisiones automatizadas.

³ LOZANO ALARCÓN, V.A., «La evolución de los Derechos Humanos: el proceso de positivación», en *Revista Derecho del Estado*, núm. 16, ISSN 0122-9893, 2004, pág. 165.

⁴ Recurso disponible: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/derechos_de_tercera_generacion.pdf [Fecha de consulta: 27/05/2024].

II. BREVES NOTAS ACERCA DE LA EVOLUCIÓN GENERACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como hemos reseñado con anterioridad, el proceso de constitucionalización de los derechos humanos cobra particular sentido en el siglo xviii, tras la irrupción del movimiento político-cultural de la Ilustración y el desencadenamiento del Estado liberal. Más aún, una primera generación de derechos humanos surgiría con la promulgación del originario Bill of Rights de 1689, gracias, en parte, a una cultura de fuerte positivización dogmática en Cartas o Declaraciones con vocación humanista y universal, abriéndose paso, entre otras, la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776, la Declaración de Independencia Norteamericana de 1776 o la ya citada Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. En ella, la dogmática se presentaría en forma de concepto absoluto, inmediato y de defensa (*abwehrrechte*), sin restricciones ni impedimentos en su ejercicio, con la mera posición pasiva y de vigilancia gubernamental, y bajo la idea de una aparente igualdad formal y el eje central de la libertad universal.

Sin embargo, tras el nacimiento de estos derechos políticos y civiles, la II Guerra Mundial, la promulgación del Second Bill of Rights en 1944, la Constitución mexicana de 1917 o la Constitución alemana de Weimar de 1919 -y tras acontecimientos poco bienaventurados como el desplome de Wall Street en 1929 o el ataque militar contra Pearl Harbor en 1941- la realidad constitucional nos llevarían hacia otro escenario totalmente diferente: el de la aparición de los derechos de participación (*teilhaberechte*) o económicos, sociales y culturales. Ahora ya, bajo el principio de igualdad material y con la exigencia de intervención directa del Estado, los derechos humanos pasarían a configurarse, bajo la articulación de un Estado social de Derecho, que los categorizaba dentro de esquemas graduales y no justiciables y los personificaba ya no sobre un individuo considerado en abstracto, sino sobre un ciudadano particularizado frente a la acción del Estado. Los derechos sociales nacerían con el pretexto de que la acción gubernamental los protegería y, si fuera necesario, abrazase la consecución de políticas para garantizar un ejercicio completo.

Finalmente, y como resultado de un proceso dinámico que implicaría la evolución de la conciencia social, la dignidad humana, la lucha por la igualdad, la equidad y la justicia o el reconocimiento de las necesidades humanas básicas, la eficacia de *abwehrrechte* y *teilhaberechte* evolucionaría hacia la (re)consideración de derechos ya con vocación colectiva y con las notas ya preexistentes de universalidad,

interdependencia, indivisibilidad, enfoque a lo colectivo y adaptación a los tiempos cambiantes⁵. Esa tercera categoría de derechos aparecería con el pretexto inicial de potenciar la protección y promoción de la *dignitatis humanae* en un contexto envuelto por las nuevas tecnologías y por los irruptores cambios sociales. Buscaría, entonces, abordar los desafíos emergentes que surgirían, entre otros, con el avance de la tecnología, lo que nos llevaría a replantearnos su eficacia frente a la inteligencia artificial, la automatización o la interconexión global.

A) Sobre la importancia de historificar los derechos humanos

La evolución generacional resulta palpable. El ser humano ciertamente es complejo, caprichoso y egoísta; capaz de lo bueno y de lo malo, de lo vulgar y de lo mundano, siempre inmerso en su particular utopía. Conoce, entiende y da por hecho su ser en sociedad, pero su egoísmo desenfundado le lleva a aceptar las leyes que limitan su esfera, aunque solo en beneficio de su propio interés⁶, y a querer ser el centro de atención dentro de la esfera de los derechos humanos. Sin embargo, siempre ha tenido un especial miramiento por el prójimo, por el más eslabón social más débil, en su faceta de conciencia social, colectiva. Precisamente, esa evolución generacional avanza hacia la tesis de que todos los individuos tienen la responsabilidad moral de ayudar y apoyar a los demás miembros de la sociedad, que se encuentren en situaciones de necesidad o vulnerabilidad, buscando, igualmente, justicia y equidad en un contexto colectivo.

Factores como la globalización, la transnacionalización, la irrupción de la nueva era digital o la protección del medioambiente darían lugar a una especial configuración y, por ende, generación de derechos humanos. Así, nacerían los derechos de solidaridad, recordemos, con una vocación clara internacional y con el pretexto y respuesta concreta a los retos y desafíos de la sociedad moderna. El derecho a la paz, al desarrollo sostenido, a la autodeterminación de los pueblos, a la protección de los datos personales, al patrimonio común de la humanidad, a gozar de un ambiente sano o a la solidaridad pasan a consolidarse como verdaderos derechos internacionales y con una

⁵ RUIZ MIGUEL, C., «La tercera generación de los derechos fundamentales», en Revista de estudios políticos, núm. 72, ISSN 0048-7694, 1991, págs. 302 y 303.

⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, J., «¿Un metaverso público?: un nuevo horizonte en los planes de transformación digital de las administraciones públicas», en FODERTICS 11.0: derecho, entornos virtuales y tecnologías emergentes, ISBN 978-84-1369-542-62023, pág. 317.

proyección y esfera sociales. Aunque erigiéndose Vasak⁷ ⁸ como principal precursor, su aparición no estaría exenta de polémica, pues los rasgos que les hace únicos entrañan complejidad para su fundamentación definitiva.

En este sentido, indubitadamente el modelo plasmado por Grocio⁹ advertiría cambios en el proceso de internacionalización con vocación humanista y universalista, pues esta concepción moderna de los derechos humanos se vincularía cuasi exclusivamente al fomento, promoción y protección de aquellas ideas —ahora consideradas fundamentales— como la razón, la libertad, la igualdad o la dignidad humana. Es más, de esa existencia de derechos anteriores y superiores al Estado y cuya validez no derivaría de haber sido positivados (tesis de los derechos humanos como derechos naturales), pasaríamos a la exigencia de nuevos instrumentos jurídicos con garantías reforzadas para su tutela (tesis del constitucionalismo), pero que, en el caso concreto, no darían una adecuada respuesta a los límites derivados del fenómeno tecnológico.

Ahora bien, resulta incuestionable que la visión moderna no dejaría de ser en la práctica un enfoque que pretendería simplemente clasificar en categorías los derechos humanos a través de efectos pedagógicos¹⁰, pues, en ningún caso, mantendría superioridades, jerarquías ni preferencias por los distintos derechos. Es más, el freno —o más bien, la autolimitación— de la soberanía traería consigo como consecuencia inmediata la internacionalización y universalidad de los derechos humanos, al tiempo que el proceso de su eficacia práctica dentro del Derecho positivo no podría darse por cerrado¹¹, lo que nos dificultaría el entendimiento por culpa de una materia dinámica, todavía viva.

⁷ VASAK, K., «La larga lucha por los derechos humanos», en *El Correo de la UNESCO*, 1977, págs. 29-32.

⁸ VASAK, K., *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Volumen 23, ISBN 8485800850, Serbal, 1984.

⁹ Así lo afirmaba Hugo Grocio en *Iuris belli ac pacis*: «Temperavi me ab his, quae alterius sunt tractationis [...], ut quae docent qui ex usu sit faceré: quia ista suam habent artem specialem politicam, quam recte ita solam tractat Aristóteles, ut alieni nihil admisceat, contra quam fecit Bodinus, apud quem haec ars cum juris nostri arte confunditur». Extracto de JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA, M., «Hugo Grocio y el proceso de constitución de la realidad jurídica moderna», en *Revista de estudios políticos*, núm. 74, ISSN 0048-7694, 1954, pág. 123.

¹⁰ BONDÍA GARCÍA, D., «La revolución de los derechos emergentes: el inicio del quinto gran proceso histórico», en REVENGA SÁNCHEZ, M., CUENCA GOMEZ, P., *El tiempo de los derechos humanos en el siglo xxi*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 173.

¹¹ *Ibidem*, op. cit. PRIETO SANCHÍS, L., «Notas sobre...», pág. 322.

En resumidas cuentas, la visión generacional de los derechos humanos no representa un obstáculo al fenómeno de la IA, sino que, al no buscar otra cosa que categorizar los diferentes derechos humanos mediante teorizaciones y declaraciones normativas típicas del Estado social¹², resulta una interesante guía para la lectura e interpretación de su curso histórico¹³ y cronológico. Eso sí, sin que puedan considerarse un traje o vestido que se tendría que poner todo el mundo, sino conformados en un modelo secuencial, lineal y simétrico¹⁴, los derechos humanos de solidaridad tomarían especial significado de la dignidad (artículo 10 CE), de la libertad (artículo 17.1 CE), de la autonomía e intimidad (artículo 18.1 CE) y de la privacidad (artículo 18.4 CE) del individuo, socialmente considerado.

B) El fenómeno tecnológico como causante de la aparición de la tercera generación de derechos humanos

No podemos negar que la concepción de los derechos humanos ha sufrido una importante metamorfosis, sobre todo si tenemos en cuenta que en los siglos XVI y XVII los derechos humanos no estarían reconocidos de una forma expresa, encontrándonos aún lejos su clasificación como derechos necesarios, universales, preexistentes, inalienables, imprescriptibles, indivisibles, innatos, necesarios, limitados, progresivos, interdependientes e incondicionales. Por esto mismo, el punto de partida debería sentarse en el afianzamiento del concepto sólido, absoluto e inmutable de derecho humano, a fin de que nos permitiera representar la idea de un proceso generacional de los mismos¹⁵, gracias a la concepción ortodoxa seguida principalmente por Pérez Luño¹⁶ o Peces-Barba Martínez¹⁷.

¹² MIRAUT MARTÍN, L., «El sentido de las generaciones de derechos humanos», en *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 19, ISSN 2386-5229, 2022, pág. 434.

¹³ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Argumentos para una teoría de los derechos sociales», en ZAPATERO GÓMEZ, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (ed.), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Editorial Universidad de Alcalá, ISBN 978-84-8138-844-2, 2009, pág. 151.

¹⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN CLAVERO, J.M., «Las generaciones de derechos humanos», en BETEGÓN CARRILLO, J., LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., PRIETO SANCHÍS, L. y DE PARÁMO ARGUELLES, J.M., *Constitución y derechos fundamentales*, ISBN 84-259-1272-5, 2004, pág. 409.

¹⁵ *Ibidem*, op. cit. MIRAUT MARTÍN, L., «El sentido.....», pág. 432.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª edic., Madrid, 1998, págs. 107 y ss.

¹⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, páginas. 168 y ss.

Sin embargo, la cuestión tonaría en un debate indeseado, el del cuestionamiento de los derechos humanos como absolutos, que concluiría con la matización de Álvarez Gálvez, quien, de forma muy acertada reitera que, dentro de sus límites, los derechos humanos son absolutos¹⁸, siguiendo el esquema de opuestos y correlativos planteado por Hohfeld¹⁹: «derechos (subjettivos) y deberes», «privilegios y 'no-derechos'», «potestades y sujeciones (*liabilities*)» e «inmunitades e incompetencias». Irremediamente, los caracteres y exigencias de la primera categoría de derechos humanos no podrían utilizarse al efecto de justificar los derechos ante la inteligencia artificial, por lo que tendríamos que avanzar hacia otras vías más seguras.

Ahora bien, tampoco lo sería la exigencia de intervención directa del Estado²⁰ con el objetivo de paliar esas desigualdades y situaciones de necesidad frente a los derechos económicos, sociales y culturales²¹. Ciertamente la Second Bill of Rights de 1944 pretendería acabar con el ostrich isolationism («aislamiento del avestruz», expresión que compara a un avestruz que esconde la cabeza en la arena cuando está en peligro con la política exterior aislacionista de los Estados Unidos durante la década de 1930), a fin de garantizar la seguridad económica, la seguridad social y la seguridad moral; pero su vinculación a la igualdad material —y no formal, como ocurría con la anterior generación—, preveía evaluar y corregir desigualdades y situaciones de necesidad bajo la una concepción igualitaria, y ya no sobre un individuo abstracto y ahistórico²², sino colocado en un nuevo Estado social de Derecho. Sin embargo, ello no valdría para justificar los derechos ante la IA, pues la esfera de protección aún no contaría con razones de oportunidad.

Todo ello, como hemos avanzado, nos llevaría a reconsiderar la tercera generación de derechos humanos como mecanismo para in-

¹⁸ ÁLVAREZ GÁLVEZ, I., «Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles», en Revista de Humanidades de Valparaíso, año 2, 2014, 2do semestre, n.º. 4, ISSN 0719-4242, pág. 72.

¹⁹ HOHFELD, W.N., Some fundamental legal conceptions as appliet to judicial reasoning, traducido por R. CARRIÓ, G., Centro Editor de América Latina, ISBN: 968-476-127-9, Distribuciones Fontamara, Buenos Aires, 1992.

²⁰ APARICIO WILHELMI, M., «Los derechos sociales en la Constitución española: algunas líneas para su emancipación», en Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis, Observatori DESC, Barcelona, págs. 54 y 55.

²¹ PÉREZ LUÑO, A., «Las generaciones de derechos humanos», en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 10, ISSN 0214-6185, 1991, págs. 205 y 206.

²² FRAGUAS MADURGA, L., «El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos», en Anales: Anuario del centro de la UNED de Calatayud, núm. 21, ISSN 1133-9950, 2015, pág. 130.

terpretar el componente tecnológico, al ser fruto de un resultado advertido dentro de un particular proceso de solidaridad y colectividad del individuo. Y ello sin resultar la cuestión gratuita, pues esta nueva generación de derechos mantendría ciertos rasgos inexactos: para parte de la doctrina, esta categoría no dejaría de ser un híbrido de las categorías clásicas, inmiscuido en una constante tendencia inflacionaria²³, de polarización sobre sectores concretos (como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática²⁴), y bajo el problema insalvable de la liberties' pollution, o sea, la erosión y degradación ante determinados usos de las nuevas tecnologías²⁵.

Solventados los problemas, lo cierto es que la necesaria cooperación internacional y las cíclicas cumbres y encuentros internacionales acabarían con la idea de una protección y defensa de los derechos humanos como cuestión exclusiva del derecho interno. En este sentido, el derecho a la paz, al desarrollo sostenido, a la autodeterminación de los pueblos, a la protección de los datos personales, al patrimonio común de la humanidad, a gozar de un ambiente sano o a la solidaridad se configurarían como verdaderos derechos internacionales, esto es, como los nuevos derechos de solidaridad, y bajo la particularidad de ser derechos colectivos que trascienden el ámbito individual y que requieren de una acción conjunta y coordinada por parte de la comunidad internacional para su efectiva realización.

III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHOS HUMANOS

A) La discriminación algorítmica

La existencia de desviaciones y sesgos en el sistema inteligente es la perfecta descripción gráfica de su 'talón de Aquiles'. Adelantamos que la intersección entre ética e IA comporta uno de los desafíos más cruciales en la actualidad, puesto que, es lógico, por un lado, el existente impacto positivo en la promoción de ciertos derechos fundamentales

²³ PORRAS NADALES, A.J., «Derechos e intereses: problemas de tercera generación», en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 10, ISSN 0214-6185, 1991, pág. 220.

²⁴ PÉREZ LUÑO, A.E., «Estado constitucional y derechos de la tercera generación», en Anuario de filosofía del derecho, núm. 13 y 14, ISSN 0518-0872, 1996-1997, pág. 564.

²⁵ VILLARINO MARZO, J., «Cuarta generación de derechos: reflexiones sobre la libertad de expresión en internet», en Revista de las Cortes Generales, núm. 100-102, ISSN-e 2659-9678, 2017, pág. 59.

y, por otro, la facultad por socavar algunos de los contemplados en el Texto Constitucional, los más directos: la libertad de expresión (art. 20 CE), la privacidad (art. 18.4 CE) o la prohibición de la discriminación (art. 14 CE). Olvidar ponderar los derechos fundamentales sería cometer un grave error, y abandonar una tecnología que nos puede dar beneficios inesperados, una pérdida de oportunidad que no nos podemos permitir como sociedad.

Por ello, el punto de partida nace de reinterpretar la doble proyección de la dignidad humana: como facultad (*dignity as empowerment*) y restricción (*dignity as constraint*)²⁶; y como limitación y promoción²⁷. Y esto resulta crucial, porque esta utopía realista dogmática de los derechos trae una inmediata doble consecuencia: a) la restricción de cualquier práctica basada en sistemas de IA que pueda menoscabar la dignidad inherente del individuo, con el fin de salvaguardar su integridad moral y ética (*limitación*); y b) la incentivación proactiva en aras de cultivar un desarrollo integral del ser humano (*promoción*).

Pero, para ello, debemos resolver la primera incógnita: ¿los sistemas de IA representan una amenaza a la dignidad de la persona? La IA, cual paradoja, cuenta con distorsiones técnicas a la hora de ofrecer sus decisiones, predicciones o resultados. De forma muy superflua, cabe destacar que estos sistemas algorítmicos no solo se retroalimentan y mejoran continuamente a través de los datos incorporados y la *big data* soportada, sino que cuentan con la capacidad excepcional de inventarse, mejor dicho, crear nueva información. En otras palabras, el *deep learning*, y la inclusión de redes neuronales convolucionales, permite con éxito el pre-entrenamiento y afinamiento (*fine-tuning*) del sistema inteligente, primero, a través de datos no supervisados, y, después, a través de un proceso complejo de aprendizaje, la ‘fase de entrenamiento’, clave en la algoritmización, y que culmina con un aparataje técnico realmente confuso.

Por eso mismo, el primer paso de cualquier modelo generativo pasa por *tokenizar* y por *normalizar* la información suministrada, dando como resultado la invención de nueva información, tal y como ocurre en *ChatGPT*, *Bard*, *T5*, *LLAMA 2* o *Nemo*. Por ende, el papel de los datos resulta clave en la programación algorítmica, no sólo a efectos cuantitativos (se sobreentiende que, a mayor base de datos,

²⁶ MARÍN CASTÁN, M., «En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO», en *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, ISSN-e 1886-5887, N.º. 31, 2014, pág. 25.

²⁷ JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., «Dignidad humana y genética», en *10 palabras clave en nueva genética*, 2006, ISBN 84-8169-525-4, pág. 362.

mejores resultados), sino cualitativos, pues, en mayor o menor medida, dependerá la efectividad y precisión del modelo predictivo en cuestión. Y no solo ello, sino que concluyentemente los algoritmos tienden a ofrecer resultados discriminatorios y sesgados, pudiendo excluir a determinados colectivos, a determinadas categorías demográficas o, incluso, determinadas ideas u opiniones.

Ahora bien, el problema no es en sí de la tecnología, sino cómo se ha desarrollado desde sus orígenes técnicos. De forma gráfica, por ejemplo, el sistema *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS) es utilizado por el sistema judicial de los Estados Unidos de América a fin de establecer la probabilidad y predicción de reincidencia delincuencial. Sin entrar a valorar el porcentaje de éxito, tras un entreno con miles de perfiles criminales y datos históricos, el sistema tiende a prescindir de la intuición y experiencia de los jueces, con el pretexto de obtener resultados basados en medidas estrictamente objetivas. La realidad es otra muy diferente, pues, tras el caso *State v. Loomis*, se evidenciaría que la implementación concreta del algoritmo apuntaba, de forma desproporcionada, a una minoría social concreta (por lo general, hombres de mediana edad y raza negra). El sistema no solo carecía de una superior capacidad humana individualizada, sino que era incapaz de mostrar con exactitud el *fine-tuning* del muestreo.

Entonces, la dignidad se configura, por una parte, como el principal límite a la IA, cual *clic* necesitamos para garantizar que la innovación tecnológica avance de una manera ética y responsable para con los derechos y libertades básicas. Las desigualdades generadas por el uso con don de ubicuidad de los modelos predictivos y de aprendizaje automatizado, por otra, son un hecho indiscutible, debiendo ser abordados prontamente, máxime cuando la situación se dificulta por la falta de transparencia e intensa opacidad del funcionamiento interno en las fases de entrenamiento y *fine-tuning* de los algoritmos.

B) La solidaridad como rasgo diferenciador del derecho contra la discriminación algorítmica

En resumidas cuentas, la cuestión pasa por abordar el diseño de algoritmos²⁸, hacia una salvaguardia de la integridad y dignidad hu-

²⁸ COTINO HUESO, L., «Reconocimiento fácil automatizado y sistemas de identificación biométrica bajo la regulación superpuesta de inteligencia artificial y protección de datos», Fundación Manuel Giménez Abad, ISBN: 978-84-124487-5-7, 2022, pág. 391. Recurso disponible: <https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/>

manas en un mundo cada vez más impregnado de IA. Si los derechos de solidaridad trascienden el ámbito individual, enfocándose en aspectos colectivos y globales de la humanidad, en titularidades colectivas y comunitarias, no solo hay que reconocerlos a nivel individual, sino otorgar su titularidad a comunidades, grupos étnicos, pueblos indígenas o a la humanidad en su conjunto. Por consiguiente, esta forma de titularidad emergente podría erigirse en su reconocimiento a nivel transnacional o global, lo que implicaría que su ejercicio y protección no estuviesen limitados por fronteras nacionales, sino reconocidas como verdaderos derechos pertenecientes a toda la humanidad, independientemente de su ubicación geográfica, cultura, edad, sexo, etc.

En primer lugar, debemos partir de la base de que la programación algorítmica cuenta con inevitables desviaciones técnicas, sesgos de comportamiento y aprendizaje. Siendo esto así, las eventuales discrecionalidades sobre grupos sociales concretos provocan que puedan ser injustamente perjudicados o marginados. Por una parte, la existencia de datos de entrenamiento no supervisados y sesgados podrían perpetuar las desigualdades que ya de por sí soportan ciertos colectivos sociales; por otra, los errores de interpretación y aplicación del sistema algorítmico llevarían a resultados injustificados.

Por ende, muy lejos de su consagración bajo los principios de libertad y de igualdad material y formal, esta nueva categoría de derechos ante la inteligencia artificial debe pasar por su fundamentación en el indisoluble principio de universalidad, por lo que ya no sólo es responsabilidad inherente del Estado de Derecho luchar por la promoción, defensa y consecución de estos particulares derechos y libertades fundamentales, sino de la comunidad entendida como sujeto colectivo. Del Estado liberal y del Estado social de Derecho — que traían causa de la primera y segunda generación, respectivamente— pasaríamos al Estado Constitucional, que, recordando de nuevo a Pérez Luño, no haría otra cosa que «polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática»²⁹.

Entonces, el derecho contra la discriminación algorítmica debe romper con los anteriores esquemas individualistas, en tanto en cuanto su esencia plantea un espíritu solidario de sinergia, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoís-

default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc27_13_lorenzo_cotino_es_o.pdf [Fecha de consulta: 27/05/2024].

²⁹ Ibidem, op. cit., PÉREZ LUÑO, A.E., «Estado constitucional....», pág. 564.

tas³⁰. En otras palabras, la repercusión de la IA, y su globalización y transnacionalización, traen consigo una necesaria ampliación de su conocimiento, una exigencia mayor en su protección y el intrínseco fomento de su cultura³¹. Esto supone una redimensión de la categoría de ciudadano y una reconstrucción de las libertades, que, de ser libertades para uno mismo, pasan a ser libertades y derechos para con los demás derechos³².

C) Nuevos instrumentos de tutela y garantía ante el fenómeno inteligente

Sabido es por todos que la concepción moderna de los derechos humanos pasa por su vinculación al fomento, promoción y protección de aquellas ideas —ahora consideradas fundamentales— como la razón, la libertad, la igualdad y la dignidad humana, consolidándose una tesis constitucionalista con totales garantías. Siendo esto así, debemos partir de que el derecho contra la discriminación algorítmica no encuentra un total acomodo a los existentes instrumentos de tutela y garantía que nos ofrece el marco constitucional. Partiendo de la idea de Pérez Luño, la cuestión pasa por completar la teoría de los *status* de 1919, desarrollada por Jellinek en *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, dado que un *status positivus socialis* no nos resulta suficiente³³. Ello nos lleva a ofrecer dos apreciaciones.

Por un lado, la implementación de la tercera generación de derechos humanos, en especial el referido a la libertad informática y al derecho de autodeterminación informativa, aunque podemos hacerlo extensible a otros cuya implicación directa se encuentran las nuevas tecnologías, parte de su inclusión como *status de habeas data*, tal y como analizan Zúñiga Urbina, como concreción de la libertad positiva dimanante del derecho a la intimidad³⁴; o Pérez-Luño Robledo, al realizar un interesante recorrido jurisprudencial del *habeas data* sa-

³⁰ Ibidem, op. cit. PÉREZ LUÑO, A., «Las generaciones...», pág. 211.

³¹ DE CASTRO CID, B y MARTÍNEZ MORÁN, N. (coords.): 18 lecciones de filosofía del derecho, ISBN 978-84-7991-238-3, Universitas, 2008.

³² Ibidem, op. cit., RUIZ MIGUEL, C., «La tercera...», págs. 302 y 303.

³³ Ibidem, op. cit. PÉREZ LUÑO, A., «Las generaciones...», pág. 212.

³⁴ ZÚÑIGA URBINA, G., «Derecho a la intimidad y Hábeas Data (del recurso de protección al Hábeas Data)», en Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, núm. 51, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, 1997, págs. 197 y 205, respectivamente.

nitario³⁵, aludiendo a las Sentencias de nuestro órgano constitucional núm. 202/1999, 196/2004 o 70/2009.

Como segunda apreciación, debemos partir del riesgo de la procesualización del Derecho, ya tratado por Wiethölter, en el sentido de que la jurisdicción constitucional de la libertad, las modalidades de tutela innovadas por las instancias jurisdiccionales internacionales, así como la relevancia que ahora asumen las normas de procedimiento para la organización y realización de los derechos humanos, nos llevan a la consolidación de un *status activus processualis*³⁶. Es evidente que, como potencial afectado de una discriminación algorítmica, el individuo debe tener la posibilidad de participar activamente en el procedimiento de defensa de sus derechos, como parte intrínseca de la esfera dinámica de los derechos fundamentales.

Más si cabe, Orbegoso Silva parte de la base de que este *status activus processualis* y la vertiente jurídico-procedimental de los derechos permite una «participación efectiva del destinatario de la prestación en el procedimiento a través del cual discurre su configuración y desarrollo», esto es, «un derecho al procedimiento y una participación en el mismo del destinatario de la prestación»³⁷. Entonces, cada individuo tendrá la posibilidad de manifestar sus concretas necesidades y preferencias, en tanto en cuanto se auto-representa creándose así un nuevo campo de actuación para el ciudadano³⁸.

Sin embargo, la cuestión algorítmica no queda ahí, ya que el espíritu constitucional que proporciona el marco sólido incluido en nuestra Constitución Española hace que su defensa en el contexto digital actual pase por la total adecuación del derecho a la autodeterminación informativa (sirvan de ejemplo Rebollo Delgado³⁹ o Bueno de Mata⁴⁰), en el sentido de establecer nuevos instrumentos de *privacy by design*

³⁵ PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E.C., «El «habeas data» sanitario»: análisis de la jurisprudencia constitucional», en FODETICS 6.0: los nuevos retos ante la era digital, ISBN 978-84-9045-571-5, 2017, págs. 107 y 113.

³⁶ Ibidem, op. cit. PÉREZ LUÑO, A., «Las generaciones...», pág. 212.

³⁷ ORBEGOSO SILVA, M.F., «La teoría alemana de la organización y el procedimiento. Una clave para entender la protección de los derechos fundamentales en el estado social», en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, volumen 52, núm. 154, ISSN-e 0041-8633, 2019, págs. 199-219

³⁸ Siguiendo lo reseñado para Häberle, P., «Grundrechte Im Leistungsstaat», en Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1972.

³⁹ REBOLLO DELGADO, L., «Veinticinco años de relación entre la informática y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar», en Revista de Derecho Político, Nº 58-59, 2003-2004, págs. 215-240.

⁴⁰ BUENO DE MATA, F., «Protección de datos, investigación de infracciones penales e inteligencia artificial: novedades y desafíos a nivel nacional y europeo en la

y *by default* (artículo 25 del Reglamento General de Protección de Datos), la extensión del ya citado deber de proactividad (artículo 5.2) o la implementación de rigurosas medidas de seguridad de carácter técnico y organizativo. En esta línea, se ha situado el Garante italiano de privacidad contra *Replika*⁴¹, que finalizaría el pasado febrero de 2023 con la limitación temporal del uso de un *chatbot* tremendamente controvertido (que se convierte en tu ‘amigo’ virtual y al que puedes compartir tus emociones, pensamientos, experiencias o recuerdos, para ayudarte cuando estás deprimido o quieres tener pareja) por no presentar mecanismo de verificación de la edad alguno, no respetar el principio de transparencia y tratar los datos de una forma ilícita; o contra *ChatGPT*⁴², en el que concluiría en abril de 2023 con la limitación de su uso, dado que el tratamiento de los datos personales de los interesados resultaría inexacto, no existiendo verificación de la edad ni de filtro para los menores.

Por todo ello, la no discriminación por sesgos debiera contar con un *status* jurídico particularizado, en el que se establezcan mecanismos óptimos de supervisión y aplicación de componente humano, y en el que los valores y principios éticos básicos de justicia, libertad, dignidad, igualdad, seguridad, transparencia, equidad y sostenibilidad medioambiental conformen la estructura básica en el tratamiento y procesamiento de los datos en el contexto de IA, en todas sus fases y ciclos de vida. En este sentido, partimos de la base de que el sistema de IA toma decisiones por sí mismo y realiza un tratamiento arbitrario de los datos personales de los que se nutre; siendo esto así, la incorporación de mecanismos de supervisión humana resulta primordial, en pro de la dignidad de la persona, la protección de los derechos fundamentales y la garantía de un uso ético y responsable de la tecnología.

La supervisión humana permite corregir posibles sesgos y errores, asegurar la transparencia en los procesos y proporcionar una capa adicional de control que evite abusos y vulneraciones de la privacidad, volviéndose esencial para establecer marcos normativos robustos que regulen el uso de la IA y promuevan su desarrollo en un entorno seguro y respetuoso con los valores humanos. Además, la supervisión humana facilita la rendición de cuentas, permitiendo que las decisio-

era postcovid», en La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, N.º 150, 2021.

⁴¹ Sitio web: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9852506> [Fecha de consulta: 27/05/2024].

⁴² Sitio web: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9874702> [Fecha de consulta: 27/05/2024].

nes tomadas por la IA sean revisadas y, en su caso, rectificadas por personas capacitadas mediante auditorías periódicas y la creación de comités éticos, asegurando que operen de manera justa, transparente y equitativa.

D) ¿Y qué hay del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial?

Recordemos que la Carta de Derechos Digitales de 2021 recoge en su apartado XXV la exigencia de condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza (apartado 2 b), gracias al establecimiento de un derecho a la no discriminación basado en cualquiera que fuera el origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial (apartado 2 a). Lo cierto es que la ‘paradoja de la transparencia’, denominada comúnmente por la doctrina, es consecuencia directa de la sobreexposición a la que estamos sometidos⁴³, dando paso a una opacidad en la *explainability*, auditabilidad, explicabilidad y trazabilidad del sistema algorítmico. En definitiva, la realidad algorítmica debe respetar, sin excepción alguna, los derechos y libertades fundamentales que consagra nuestra Carta, por su afectación directa con la IA, entre otros: la intimidad y personalidad digital, la privacidad y el secreto de nuestros datos y comunicaciones electrónicas, la vida e integridad física y psíquica, la libertad de expresión en la red, o el pluralismo político, la libertad ideológica, religiosa y de culto, el honor y la propia imagen, en el contexto digital.

Sin embargo, el Reglamento comunitario de Inteligencia Artificial no ha sido del todo lucho. En una purna garantizada entre los Estados Unidos de América, a través del borrador para una futura Ley Federal de Gestión de Riesgos de la Inteligencia Artificial (presentado el 11 de enero de 2024 ante el Congreso), China, con la adopción de una Ley General reguladora de la IA, y de unas Medidas provisionales para la gestión de los servicios de IA generativa, y Europa, la vigencia, integridad, coherencia y agilidad de nuestro innovador texto, dejaría la situación en un claro-oscuro.

Por un lado, resulta correcta la evaluación cuidadosa de los riesgos, en función de la gravedad de los posibles daños, de la probabilidad de ocurrencia o de la vulnerabilidad de las personas afectadas. Es

⁴³ BLÁZQUEZ RUIZ, F.J., «La paradoja de la transparencia en la IA: opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad», en Revista internacional de pensamiento político, I Época, núm. 17, ISSN 1885-589X, 2022, pág. 265.

más, categoriza ese impacto negativo sobre la esfera de la intimidad y dignidad de las personas en función del grado de riesgo al que están siendo sometidos, distinguiendo aplicaciones de bajo riesgo, alto riesgo y prácticas prohibidas, y añadiendo una escalabilidad que provoca una graduación de las prácticas, en base a los datos suministrados, creando un ecosistema de confianza, un marco seguro y fiable, que incluso se extiende con efectos extraterritoriales⁴⁴ (Considerando 22 y artículo 2.1 c), y un régimen sancionador severo (artículo 99).

Pero, esa respuesta global, dinámica, abierta y sin fisuras agota su eficacia cuando no existan riesgos relevantes para con los derechos fundamentales de las personas físicas (novedad incluida en el procedimiento de corrección de errores publicada el 16 de abril de 2024⁴⁵). Es más, su tardía aplicación efectiva, no prevista hasta los veinticuatro meses posteriores (artículo 85), nos deja un amargo sabor de boca, más si cabe cuando cualquier ejercicio de ponderación y proporcionalidad queda ausentado en el Reglamento. Ello nos obliga, en cierta forma, a abandonar su articulado, y visionar con profundidad los principios, derechos y obligaciones que nos facilita el Reglamento comunitario en materia de protección de datos.

IV. CONCLUSIONES

Preliminar.—El fenómeno tecnológico es el causante de la aparición de la tercera generación de derechos humanos, de ahí que el abordaje del fenómeno inteligente deba pasar con necesidad por la conceptualización y evolución generacional de los derechos humanos. Está clara la idea de que el individuo frente a la realidad algorítmica no vela por su igualdad y libertad como sujeto abstracto, sino que se sitúa en una esfera de colectividad, al ofrecer el sistema de IA la capaz excepcional de predecir, aunque con desviaciones típicas de su funcionamiento, todo aquello para lo que ha sido entrenado.

Primera.—La actual Constitución analógica sigue operando ante el fenómeno de la IA gracias a una reinterpretación de sus principios y derechos fundamentales. Es evidente que la realidad digital

⁴⁴ Sobre estos, LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, A., «El futuro Reglamento de Inteligencia Artificial y las relaciones con terceros Estados», en Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), N.º. 45, 2023.

⁴⁵ Recurso: <https://media.licdn.com/dms/document/media/D4D1FAQGPKG-zXWzIq-A/feedshare-document-pdf-analyzed/0/1713422694032?e=1714608000&v=beta&t=rM6lU3e5fthm7GcWzCDhIZIOofkCjEESXNYNpjDPkM> [Fecha de consulta: 27/05/2024].

nos obliga a revisar y actualizar la protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales, al tiempo de evaluar la pertinencia y aplicabilidad de los principios constitucionales ante los cambios significativos en la sociedad y la tecnología. La posible obsolescencia de la Constitución, en parte, puede atribuirse a su origen en una era pre-digital, donde las dinámicas sociales y tecnológicas eran distintas, pero su vigencia sigue siendo una realidad patente.

Segunda.—Ante el fenómeno inteligente, la erosión, restricción y afectación de nuestros derechos y libertades fundamentales es indiscutible. Ello nos obliga a consolidar la tercera categoría de derechos humanos como concepción reivindicativa, pre normativa y axiológica, a fin de poder encontrar un argumento primigenio en el enfoque basado en la colectividad y solidaridad, al tiempo de dotar de titularidad dogmática no solo al individuo en sí mismo considerado, sino a la humanidad en su conjunto. Aquí no solo está en juego la igualdad del sujeto, sino de grupos social y tecnológicamente expuestos.

Tercera.—El *status de habeas data* y el *status activus processualis* inevitablemente han de ser reconducidos a la participación activa, como protección dinámica de nuestros derechos fundamentales, dentro de la realidad algorítmica. Es más, los instrumentos de *privacy by design* y *by default*, el deber de proactividad y la inclusión de medidas de seguridad de carácter técnico y organizativo resuelven el fundamento de que la no discriminación por sesgos deba contar con un *status* jurídico particularizado, en el que se establezcan mecanismos óptimos de supervisión y aplicación de componente humano, y en el que los valores y principios éticos básicos de justicia, libertad, dignidad, igualdad, seguridad, transparencia, equidad y sostenibilidad medioambiental conformen la estructura básica en el tratamiento y procesamiento de los datos en el contexto de IA, en todas sus fases y ciclos de vida.

Cuarta.—El compromiso del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial con la diversidad, la no discriminación o la dignidad de la persona alcanza un cambio jurídico positivo. Si bien, son muchas todavía las dudas que deja su singular redacción, a lo que aquí respecta: a) la protección real y concreto alcance del derecho contra la discriminación algorítmica y b) la afectación de la esfera de la intimidad de individuos y colectividades. Ciertamente el citado *Artificial Intelligence Act* parte de la garantía positiva de los derechos salvaguardados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otros, la dignidad humana (artículo 1), el respeto de la vida privada y familiar y la protección de datos de carácter personal

(artículos 7 y 8), la no discriminación (artículo 21) o la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23), pero no resuelve, a nuestro parecer, las dudas derivadas de la discriminación algorítmica con integridad.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Gálvez, I., «Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles», en *Revista de Humanidades de Valparaíso*, año 2, 2014, 2do semestre, n.º. 4, ISSN 0719-4242.
- Ansuátegui Roig, F. J., «Argumentos para una teoría de los derechos sociales», en Zapatero Gómez, V. y Garrido Gómez, M. I. (ed.), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Editorial Universidad de Alcalá, ISBN 978-84-8138-844-2, 2009.
- Aparicio Wilhelmi, M., «Los derechos sociales en la Constitución española: algunas líneas para su emancipación», en *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, Observatori DESC, Barcelona, 2009.
- Blázquez Ruiz, F.J., «La paradoja de la transparencia en la IA: opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad», en *Revista internacional de pensamiento político*, I Época, núm. 17, ISSN 1885-589X, 2022.
- Bondía García, D., «La revolución de los derechos emergentes: el inicio del quinto gran proceso histórico», en Revenga Sánchez, M., Cuenca Gómez, P., *El tiempo de los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015.
- Bueno de Mata, F., «Protección de datos, investigación de infracciones penales e inteligencia artificial: novedades y desafíos a nivel nacional y europeo en la era postcovid», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º. 150, 2021.
- Cotino Hueso, L., «Reconocimiento fácil automatizado y sistemas de identificación biométrica bajo la regulación superpuesta de inteligencia artificial y protección de datos», Fundación Manuel Giménez Abad, ISBN: 978-84-124487-5-7, 2022.
- De Castro Cid, B y Martínez Morán, N. (coords.): *18 lecciones de filosofía del derecho*, ISBN 978-84-7991-238-3, Universitas, 2008.
- Fraguas Madurga, L., «El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos», en *Anales: Anuario del centro de la UNED de Calatayud*, núm. 21, ISSN 1133-9950, 2015.

- Häberle, P., «Grundrechte Im Leistungsstaat», en *Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1972.
- Hohfeld, W.N., *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, traducido por R. CARRIÓ, G., *Centro Editor de América Latina*, ISBN: 968-476-127-9, Distribuciones Fontamara, Buenos Aires, 1992.
- Jimenez de Parga y Cabrera, M., «Hugo Grocio y el proceso de constitución de la realidad jurídica moderna», en *Revista de estudios políticos*, núm. 74, ISSN 0048-7694, 1954.
- Junquera de Estéfani, R., «Dignidad humana y genética», en *10 palabras clave en nueva genética*, ISBN 84-8169-525-4, 2006.
- López Tarruella Martínez, A., «El futuro Reglamento de Inteligencia Artificial y las relaciones con terceros Estados», en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N.º. 45, 2023.
- Lozano Alarcón, V.A., «La evolución de los Derechos Humanos: el proceso de positivación», en *Revista Derecho del Estado*, núm. 16, ISSN 0122-9893, 2004.
- Marín Castán, M., «En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO», en *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, ISSN-e 1886-5887, N.º. 31, 2014.
- Martínez de Pisón Clavero, J.M., «Las generaciones de derechos humanos», en Betegón Carrillo, J., Laporta San Miguel, F.J., Prieto Sanchís, L. y De Parámo Arguelles, J.M., *Constitución y derechos fundamentales*, ISBN 84-259-1272-5, 2004.
- Miraut Martín, L., «El sentido de las generaciones de derechos humanos», en *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 19, ISSN-e 2386-5229, 2022.
- Orbegoso Silva, M.F., «La teoría alemana de la organización y el procedimiento. Una clave para entender la protección de los derechos fundamentales en el estado social», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, volumen 52, núm. 154, ISSN-e 0041-8633, 2019.
- Peces-Barba Martínez, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- Pérez Luño, A., «Las generaciones de derechos humanos», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, ISSN 0214-6185, 1991.

- Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª edic., Madrid, 1998.
- , «Estado constitucional y derechos de la tercera generación», en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 13 y 14, ISSN 0518-0872, 1996-1997.
- Pérez-Luño Robledo, E.C., «El “habeas data” sanitario: análisis de la jurisprudencia constitucional», en *FODETICS 6.0: los nuevos retos ante la era digital*, ISBN 978-84-9045-571-5, 2017.
- Porrás Nadales, A.J., «Derechos e intereses: problemas de tercera generación», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, ISSN 0214-6185, 1991.
- Prieto Sanchís, L., «Notas sobre el origen y la Evolución de los Derechos Humanos», en *Derecho & Sociedad*, núm. 17, ISSN 2079-3634, 2001.
- Rebollo Delgado, L., «Veinticinco años de relación entre la informática y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar», en *Revista de Derecho Político*, N° 58-59, 2003-2004.
- Ruiz Miguel, C., «La tercera generación de los derechos fundamentales», en *Revista de estudios políticos*, núm. 72, ISSN 0048-7694, 1991.
- Sánchez Hernández, J., «¿Un metaverso público?: un nuevo horizonte en los planes de transformación digital de las administraciones públicas», en *FODERTICS 11.0: derecho, entornos virtuales y tecnologías emergentes*, ISBN 978-84-1369-542-6, 2023.
- Vasak, K., «La larga lucha por los derechos humanos», en *El Correo de la UNESCO*, 1977.
- , *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Volumen 23, ISBN 8485800850, Serbal, 1984.
- Villarino Marzo, J., «Cuarta generación de derechos: reflexiones sobre la libertad de expresión en internet», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 100-102, ISSN-e 2659-9678, 2017.
- Zúñiga Urbina, G., «Derecho a la intimidad y Hábeas Data (del recurso de protección al Hábeas Data)», en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 51, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, 1997.

DERECHOS SOCIOLABORALES ENTORNO A LA NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS TRABAJADORES/AS TRANS

LABOUR LAWS LINKED TO THE NON-DISCRIMINATION AND
EQUALITY OPPORTUNITIES FOR THE TRANS WORKERS

Marc Sanz Samper¹

Sumario: *I. Introducción. II. Aproximación a la normativa jurídica europea. III. Legislación estatal. IV. En los convenios colectivos. V. Ámbitos de discriminación. V.A. Entorno a la Prevención de Riesgos Laborales. V.B. La diferencia de espacios, de indumentaria profesional y su género. V.C. La disfunción en la identificación legal y otras discriminaciones. V.D. Encuestas sobre el acoso en el lugar de trabajo. V.E. La situación socio-género en España. VI. Análisis del mercado laboral y la búsqueda de empleo del colectivo trans. VI.A. Aproximación al mercado laboral de ofertas y demandas. VI.B. Fuera de las empresas: pasos hacia la exclusión social y la prostitución. VI.C. Deportes en disputa. VI.D. Ideas entorno a los beneficios de contratar trabajadores/as del colectivo trans. VII. Entrevistas. Conclusiones y valoraciones finales. Bibliografía.*

Resumen: En la tercera ola del feminismo, viviendo como está cambiando e impactando en distintos ámbitos sociales este movimiento de masas, en la vía-vida urbana, la rural, el entorno industrial, en la política, en los deportes y los juegos virtuales, en la literatura

¹ Actualmente trabajando en Recursos Humanos, Workplace y Diversidad en una Empresa del sector del Metal, y formo parte del Grup de Recerca en Antropologia i Significats de Treball – Institut Català d’Antropologia - GREAST-ICA.

y en la música, entre otros espacios, no se puede obviar, como afecta en el ámbito laboral. Más allá de implicarse en romper techos de cristal de las mujeres, resaltar trabajos asistenciales desprestigiados, y proporcionar nuevo/as referentes, hay una planta alta, donde suelen estar los directivos, y cada vez más directivas, pero, ¿hay probabilidades de encontrarse a trabajadore/as trans en estos pisos con vistas a los rascacielos de las ciudades? ¿Qué situación laboral se encuentran y qué marco legal les protege?

En una situación donde el Gobierno de España se está implicando por leyes entorno a la diversidad, entre los distintos enfoques, para las personas trans; para que estén protegidos/as y se les reconozca ciertas ventajas médicas, en la seguridad social, de eventos culturales, capacitaciones formativas y profesionales, para ganar visibilidad y confianza (con ellos mismos y la sociedad con ellos); es la tormenta perfecta y la situación idónea para reflexionar sobre su reclutamiento, sobre los derechos que han construido las huellas de su historia legislativa-laboral, y para escuchar una pequeña muestra de sus voces, entrevistas y retos.

Palabras clave: trabajadore/as trans, ley laboral, reclutamiento, LGTBIQ+, igualdad.

Abstract: Surfing in the third whole of the feminism, influencing different statements of the cosmopolitan life, ruralism, industrial, politics, sports and virtual-games, literature, music, and an infinite area, we can't forget how that change in labour dimension. At the same time glass ceiling is broken by women; we are respecting jobs previously underestimated, (like taking care responsibilities); and we are looking for new referents; there are a high floor where only white men are sitting in their chairs. But it seems like, the last years, there are more women who is sitting with them. But, are there transsexual workers looking those skyscrapers of the city? What situations, law-projects and law-protection is coming for the trans-workers in Spain?

At this moment, when Spanish administration is taking care for diversity law's projects, special projects for transsexuals, to protect and recognize some steps to equal life, leisure's, medical operations, welfare system, more education, and professional abilities, we need to recognize how surprisingly little we know about them. That, it's a perfect storm, to think about the different ways to recruit them, their labour history of laws and rights; their challenges, and a little bite more of their voice by interviews about their workplace experience.

Keywords: Transsexual workers, labour law, equality and gender recruiting, LGTBIQ+.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, se está popularizando que podemos lograr una sociedad igualitaria entorno al género y el empleo. Tanto es así que estamos leyendo un sin fin de nuevas leyes y noticias entorno a una transición y emancipación de las mujeres y hombres, en trabajos clásicamente adjudicados, al rol inverso.

Sin embargo, desconocemos como estos nuevos antecedentes y decretos influyen a las personas transgénero o transexuales en el ámbito laboral, y al derecho que las ampara. Esta legislación que, presta más atención al colectivo y lo/as discrimina positivamente; en contraposición a las personas cisgénero. Es una problemática social, donde se oculta, se olvida y se rechaza a un grupo de personas que tienen muchas dificultades para encontrar empleo. Y que tienen más obstáculos para permanecer en esta silla de trabajo, sin haber recibido inputs de transfobia. Esto recuerda a uno de los objetivos principales del derecho, y del mundo laboral español:

Artículo 14, Constitución Española: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»

Así que, la finalidad de este estudio es el análisis socio-legislativo y del mercado laboral de este colectivo, las personas transgénero, transexuales, pretransición y postransición, vinculándolo al derecho de la igualdad de oportunidades, así como evocar una reflexión al lector/a entorno al vínculo del género y al empleo. Una investigación donde, se ha analizado leyes, convenios colectivos, sentencias laborales, y al mismo tiempo que se ha recabado información de webs y organizaciones que velan por su empleabilidad.

No es más que un conjunto de análisis que tiene por objetivo, hacer más énfasis, en que hay una realidad social, de un colectivo con más dificultades a la igualdad de oportunidades laborales y se le bloquea socialmente, la osadía de denunciar agresiones y discriminaciones laborales. Pese a que, también, se les están vulnerado/as sus derechos y libertades en otros espacios, como, por ejemplo, en el ocio, deportes, sanidad, educación, vía pública...

La hipótesis de este trabajo es qué proyectos y leyes son vigentes, para que el colectivo trans rompa su techo de cristal; y que facilidades se contemplan entre estos estatutos, para agilizar su transición y su protección laboralmente. Un artículo, que como en todas nuestras leyes; hay un intercambio de fragmentos de jurisprudencia, reflexiones en voz alta y análisis socioculturales y etnográficos.

La metodología ha sido a través de la recolección de leyes e informes europeos, de sindicatos españoles, de organizaciones que se implican a aquellas personas que tienen más ejes de desigualdad social². También de convenios colectivos, jurisprudencia, legislación, artículos socioantropológicos, y una reducida muestra de cinco entrevistas, y un pequeño trabajo de campo en webs de empleo.

Llegados a este punto, durante este trabajo han surgido múltiples preguntas y reflexiones ¿qué políticas, estrategias de empleabilidad o leyes específicas, tienen estos «extraño/as», «el tercer género» («el tercero en disputa»)? ¿Por qué estos estigmas, qué significa «lo diferente»? ¿Por quiénes, y para qué tienen esta definición, esta etiqueta? ¿Siempre van a tener este adjetivo detrás del nombre? ¿Cómo puede la gerencia de la empresa demostrar el apoyo hacia una cultura laboral más diversa e inclusiva?

¿Está el mundo olvidando y prohibiendo un talento invisible (o justamente porque son hipervisibles)? ¿Dónde y qué factores están creando esta discriminación?

Para empezar este análisis, primero, se va a repasar cuatro definiciones internacionales relacionadas a la disfonía de género:

«Transexual: Una persona transgénero que está en proceso o ha recibido tratamiento (que puede incluir cirugía y tratamiento hormonal) para hacer que su cuerpo sea con-gruente con su género preferencial» (UNESCO, 2016, definición extraída del informe OECD, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2017:8)

«Transgénero: Una persona cuya identidad de género difiere al de su sexo al nacer. Las personas transgénero pueden ser de hombre-a-mujer (identidad y apariencia feme-nina – «Mujer transgénero») o de mujer-a-hombre (identidad y apariencia masculina – «Hombre transgénero») » (UNESCO, 2016, definición extraída de OECD, 2017: 7-8)

«Travesti: Persona que regularmente, aunque no todo el tiempo, usa ropa mayoritariamente asociada a un género diferente al asociado a su sexo al nacer». (UNESCO, 2016, definición extraída de OECD, 2017:8, suele estar asociado al concepto-roles de alter ego).

«Transfobia: Miedo, discriminación u odio hacia las personas transgénero, incluidos transexuales y travestis»(IGLYO, 2013 y UNESCO, 2016 extraída de OECD, 2017:8).

² El sociólogo Anthony Giddens (1995) define los ejes de desigualdad social como aquellas capas que se imponen sobre las personas a la hora de avanzar, hacia la equidad. Los principales factores para este autor son la clase económica, edad, género, ciudadanía, etnia, entre otros, siendo una lista abierta que influye en la estratificación social.

Opuestamente, el hombre o la mujer cisgénero, son las personas que su identidad de género coincide con el respectivo sexo masculino o femenino del nacimiento.

II. APROXIMACIÓN A LA NORMATIVA JURÍDICA EUROPEA

Proteger a los colectivos más vulnerable siempre ha sido uno de los epicentros y propósitos de la creación de leyes europeas. Dada la incertidumbre legislativa de este colectivo, la *European Court of Human Rights, ECHR*, la Convención Europea de Derechos Humanos hizo este análisis:

«El TEDH, [El Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos] aún tiene que emitir una decisión sobre si la identidad de género está cubierta como un motivo protegido en virtud del artículo 14, y aún tiene que indicar si esto solo abarcaría a los 'transexuales' o si interpretaría la identidad de género de manera más amplia. Esto no quiere decir que no haya tratado el tema de la identidad de género en absoluto. Así, el TEDH ha determinado que la identidad de género, al igual que la orientación sexual, forma parte de la esfera de la vida privada de un individuo y, por lo tanto, debe estar libre de interferencias gubernamentales.» (citado dentro del informe del FRA, 2013: 74)

Un concepto que protege: la identidad de género. Porque no es un cambio de género donde se someten y hacen una transformación, si no, que es, la reasignación del género que siempre se han sentido; y hacen una transición para expresar su género real. Así como sus propios y felices alter egos a través del travestismo y cross-dressing. Una decisión individualizada, sin obviar que, el concepto ser hombre o ser mujer es colectivo, es, como dijo la antropóloga Margaret Mead (1950:340), «el género es un producto social». Una frase demoledora (que muestra lo vinculados que están el género y la economía). En las conclusiones de este libro, *Sexo y temperamento en las sociedades primitivas*, eleva el género a la finalidad del capitalismo industrial, a una justificación de la brecha de género en materia laboral, a los techos de cristal, a los decoros de vestimenta, y a justificar porque unos pueden cobrar más que otras. Donde se reflexiona sobre: ¿Qué pasaría si no existiese el género? Una cita que recalca que el género es una construcción social, y lo separa del sexo, pero ambas, intervienen en la esfera de la vida privada y pública del individuo.

Retomando otras medidas internacionales, para visualizar la protección integral al colectivo LGTBIQ+, se ha encontrado en la Comisión - Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de

5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

CEU, Art. 3. Acción positiva: «Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con el objeto de garantizar en la práctica, la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral»

Seguidamente, el artículo 14 sobre la prohibición de la discriminación, remarca que tanto a nivel formativo como a nivel laboral debe haber igualdad de oportunidades y medidas para equiparar que todos y todas podamos salir des de la misma casilla de salida en nuestras carreras profesionales:

Comisión Europea, Artículo 14. 1. b) «el acceso a todos los tipos y niveles (...), formación profesional superior y (...) la experiencia laboral práctica; (...) del Tratado, y con objeto de garantizar en la práctica, la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato, no impide a los Estados miembros mantener o adoptar medidas que prevean ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales. Dada la situación actual, y teniendo en cuenta la Declaración nº 28 del Tratado de Amsterdam, los Estados miembros deben, en primer lugar, aspirar a mejorar la situación de la mujer en la vida laboral»

En este recorrido por algunas leyes europeas, se puede añadir el principio 12, El derecho al trabajo de los *Principios de Yogyakarta* (2006) vinculado a la Naciones Unidas. Dentro de estos estándares legales internacionales, sobre los derechos humanos relativos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, recuerda que los Estados deben adoptar medidas legislativas con el fin de eliminar y prohibir diferentes formas de discriminación, entono y motivadas por la orientación afectivo-amorosa e identidad.

Según el Tratado toda persona tiene el derecho de obtener un trabajo digno, con una finalidad productiva y satisfactoria, con unas condiciones salubres, durante sus etapas de crecimiento profesional, contratación, ascenso, baja, despido y remuneración tanto en organizaciones públicas como privadas. También incentiva que las fuerzas políticas y policíacas, deben formarse en temas de sensibilización entorno al género, y ayudar a la contrarrestar actitudes exclusivas y distintivas. Batallas que siguen en pie dentro del European Council TG-EU.

III. LEGISLACIÓN ESTATAL

Recientemente se ha publicado la ley Trans, donde esta discordante y joven ley 4/2023 establece nuevos protocolos educativos, sanitarios, y deportivos, pero era imposible obviar, un artículo centrado en nuevas medidas laborales. Los fragmentos más importantes son que el Estado se compromete en vigilar, promover y garantizar la igualdad, poniendo el acento en corregir y eliminar toda forma de discriminación y mejorar su acceso al empleo:

Ley 4/2023 Art. 14.c) «Apoyar la realización de campañas divulgativas sobre la igualdad de trato (...) «d) Fomentar la implantación progresiva de indicadores de igualdad que tengan en cuenta la realidad de las personas LGTBI en el sector público y el sector privado, así como la creación de un distintivo que permita reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad» (...) Art. 14. h) «Impulsar la elaboración de códigos éticos y protocolos en las Administraciones públicas y en las empresas (...) de protección.»

También destacamos, el artículo 15, que implica a las empresas, de más de 50 trabajadores, a tener un plan y protocolo pactado a través de la negociación colectiva, con medidas para alcanzar la igualdad, y recursos frente al acoso LGTBI; promoviendo un Consejo de Participación de las personas LGTBI, encargado de recoger y difundir sus buenas prácticas.

Seguidamente, los artículos 54 y 55 quieren incentivar el fomento del empleo de las personas trans, con diseños de medidas y acciones para la discriminación positiva. Subrayando, que no se va a tratar todos/as lo/as trans por igual, si no que el colectivo de mujeres trans tiene más dificultades en nuestra realidad social, y por ende, deben tener más inversión y más programas vinculados a ellas. Estas campañas deben de ser monitorizadas individualmente con la evolución laboral de cada persona trans del programa y evaluar posteriormente su progreso. Finalmente proponen subvenciones y ayudas hacia empresas, que se impliquen a esta causa, reguladas por las administraciones locales.

Como se ha comentado en varias ocasiones hay muchas leyes y convenios que protegen la totalidad del colectivo LGTBIO+, pero muy pocas legislaciones con el foco a las personas trans. Siempre ha habido la idea dentro del pensamiento de izquierdas que, si se identifica, se nombra y se especifica en la ley; se podría abarcar mejor sus necesidades y vulnerabilidades; progresando hacia una igualdad efectiva de oportunidades laborales.

Hay algunas comunidades, (Navarra, 2009, Islas Canarias, 2014 y 2021, La Rioja 2022...) con leyes trans autonómicas específicas, tratando temas relativos a la sanidad, registros administrativos y/o laborales, y otras comunidades sin normativas trans, pero sí, con leyes donde engloban todo el colectivo LGTBIQ, (como Cataluña, 2014, Cantabria, 2020...)³.

Como sinopsis y en común, todas estas leyes autonómicas y estatales quieren asegurar una contratación no discriminada, [aunque esto es muy difícil de denunciar por los particulares]; quieren activar políticas de promoción e implicarse en la formación de los/as representantes de los trabajadores, del empresariado y de los cargos de prevención de riesgos laborales, ya que estos tienen una responsabilidad de la salud psicosocial del personal; y finalmente promover planes, inversiones y políticas de ocupación. También formar a personas vulnerables, con la idea de que, con nuevas habilidades actitudinales y tecnológicas podrían entrar más fácilmente al mercado de ofertas y demandas, públicas y privadas.

También, reflexionar sobre el impás de, al contratar una persona post-transición, ya deberían ser la persona del género X o Y. Puede que estas medidas remarquen más sus etiquetas de trans, antes que la capacidad profesional; siendo otra barrera que deberán afrontar; que están allí, trabajando, por sus capacidades productivas y por sus aptitudes-actitudes, y no por ser el/la «trans de la oficina».

A modo de síntesis, y usando el texto madre, nuestro Estatuto de los Trabajadores, el artículo 4 «Derechos laborales. 2. e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad» contempla la protección respecto a toda discriminación o motivo diferencial de los trabajadores, «comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.»

Este pequeño fragmento le sigue el artículo 17 del ET, que aprecia la anulabilidad de todo reglamento cláusula, retribuciones especiales y decisiones empresariales y dentro de los convenios colectivos que

³ Se podría decir que es una colección de fragmentos legislativos autonómicos que son de poco poder efectivo, porque como implica el artículo 149.1 CE, el Estado tiene competencia exclusiva en legislación laboral (con algunas excepciones). Pero el revuelto a la prensa y hacía la sociedad de una ley implicada en un colectivo social minoritario sin un capítulo de lo laboral sería peor. Algunas de ellas están enumeradas en la bibliografía.

impliquen una discriminación indirecta o directa o consecuente, por razón de género, raza, religión... dentro de las relaciones laborales.

ET Artículo 17.3. «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo (...)» 4. «la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva (...) que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado.»

IV. EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Muchos de nuestros convenios colectivos tienen algún artículo sobre prevenir el acoso y la discriminación al colectivo LGTBIQ+, o protocolos entorno a la violencia de género, pero se ha encontrado muy pocos que incluyen ciertas facilidades y ayudas laborales durante este proceso de reasignación de género. A modo de párrafos muy breves:

En el Convenio colectivo del sector Almacenaje y Distribución de Alimentación de la provincia de Zaragoza (BOP Zaragoza, núm. 179, de 06.08.2019) muestra estas propuestas, ayudas y preocupaciones laborales:

CC Artículo 41. Licencias retribuidas h) «Permiso por el tiempo indispensable para acompañar a los hijos que se encuentren en proceso de cambio de género.»

CC Artículo 41. i) «El tiempo necesario, previo aviso y justificación, para el cambio en el registro civil, tarjeta sanitaria y/o atención sanitaria necesarios de los/as trabajadores/as transgénero.»

Siguiendo la misma línea en el artículo 23 del Convenio colectivo del Comercio de Juguetes, Artículos de Regalo, Instrumentos Musicales, Discos y Bazares de Zaragoza (de 10.07.2019) y en el Artículo 18.7, en el Convenio colectivo del sector del Comercio de la provincia de Teruel (de 02.03.2020) recalca que serán permisos con derecho a retribución los tiempos necesarios preavisados para los cambios a registros civiles, tarjetas, operaciones y atención sanitarias, de las personas transgénero trabajadoras de la empresa. Se subraya, también, que en el Convenio colectivo provincial para el sector de detallistas y autoservicios de alimentación de Zaragoza (de 16/09/2020), añade el «tiempo necesario, previo aviso y justificación» tanto para el/la trabajador/a y de acompañamientos de estos padres y madres a los hijos/as menores en transición.»

Por otro lado, en el IV Convenio Colectivo de empresas y personal del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha (2020/844) remarca el motivo principal de que los convenios deben cubrir y expresar que se pueden justificar las ausencias médicas de la transición; que estos conjuntos de ausencias no deriven a la causa de un despido por absentismo. También subraya el tema clave del bienestar cultural:

CC Art. 58. Derechos del colectivo LGTBI. «Se garantizan que en los permisos de asistencia a consulta médica también se incluyan para recibir los tratamientos de reasignación de sexo y para la realización de los trámites (...) excluirán del porcentaje de absentismo individual como causa de despido objetivo.»

CC Art. 58. Derechos del colectivo LGTBI. «La dirección de la empresa, así como los trabajadores y trabajadoras, se dirigirán a la persona trans con el nombre sentido tanto en los documentos internos como verbalmente (...) Se incentivará la formación y sensibilización a la plantilla contra la LGTBIfobia.»

En el Convenio Colectivo de Sector de Cueros, repujados, marroquinería y similares (del 09 de marzo de 2022) de Cataluña acentúa que debe haber igualdad de trato, ventajas y permisos en el ámbito laboral «se entenderán efectuadas indistintamente a la persona, hombre, mujer o transgénero, salvo en aquellos casos en los que el propio convenio colectivo limite expresamente la titularidad del derecho» para las situaciones de discriminación positiva.

Un poco la idea de estos convenios colectivos es garantizar la protección de las personas trans y también hacer «más factible» la transición. La consecuencia de involucrar en estos temas los comités de empresa, y crear más puentes para que accedan al empleo, genera que lo/as trabajadores/as estén más sensibilizados y las empresas más comprometidas. En esencia, deja por escrito, promover la recuperación de los turnos o que sea un permiso retribuido las horas que dedicó el trabajador/a trans y/o para sus hijos/as trans; y que esto no derive a un despido por falta de asistencia.

Fundamentalmente, la idea principal es publicitar las buenas acciones y favorecer los permisos burocráticos y médicos por donde *transita* el trabajador/a e hijo/as, y equiparlos al resto de permisos médicos y legales de la vida rutinaria que seguramente ya cubría estos convenios.

V. ÁMBITOS DE DISCRIMINACIÓN

V.A. Entorno a la Prevención de Riesgos Laborales

Se ha dado algún caso que, después de las operaciones de transición, se requieren algunos ajustes físicos en la silla o lugar de trabajo. Escuchar y actuar, es indispensable para paliar algunos daños y prevenir futuras inadaptaciones físicas y psicosociales.

Relativo a este tema, ha habido el caso del Tribunal Superior de Justicia: STSJ de Andalucía 24 de junio de 2020, (nº de recurso 241/2019) que explica la situación de abuso y discriminación de una interina en un museo, una guía turística durante su Transición. Donde su cargo superior directo, funcionaria, la releva a las tareas de atención al cliente en la recepción des del momento del tránsito. Además, debido a su operación médica necesita una modificación de su silla de trabajo, ya que la trabajadora, obtiene un desplazo pequeño de una vértebra de la columna vertebral. Esta silla adaptada, no se la conceden, por parte de la dirección del museo, pasado los años; cuando a otros trabajadores con una patología similar se la concedieron de manera inmediata. Caso, donde LPRL protege en:

Ley 31/1995, PRL, Artículo 16. Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva. «La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido. (...) Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores...»

No podemos olvidar que, los/as responsables de prevención de riesgos laborales y las personas de recursos humanos, son los responsables de la faceta psicosocial, conforme proteger y garantizar la salud emocional de las personas trabajadoras de una empresa.

Pero estas tareas de curas, no se puede limitar únicamente a estos responsables, esta obligación moral también está a cargo de los comités de empresa; identificar, documentar, evaluar riesgos, y proponer medidas para saber actuar delante cualquier situación de discriminación, de razón alguna. Aunque, realmente, esta función de garantizar el bienestar cultural es tarea de toda la organización.

Actuar y mejorar la vida laboral de las personas en las empresas; tanto a nivel físico, ergonómico como a nivel psicosocial, es la clave para la retención del talento.

V.B. La diferencia de espacios, de indumentaria profesional y su género

Puede que haya espacios que solo un rol de género tenga acceso en una empresa y es esencial aprobar que el/la trabajador/a trans tenga que cruzar otra puerta. Reconceptualizando el ícono de género del baño, vestuarios o la política de los uniformes. O repensar otros espacios como la comisión de mujeres dentro de la oficina o círculos empresariales o sindicales, entre otros.

Relativo a este tema, se encontró la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, STSJ de Cataluña, en Barcelona 19 de enero de 2006, (nº de recurso 6953/2005) que resolvió condenando a una empresa (una externalización de los servicios de la Generalitat de Cataluña) que, durante un proceso de transmisión empresarial por los concursos públicos de limpieza y conserjería, despidieron a una trabajadora trans alegando que la actora no daba buenos motivos de imagen empresarial. Previamente, no le dieron, ni le permitieron, llevar el uniforme de su sexo reasignado.

V.C. La disfunción en la identificación legal y otras discriminaciones

Hay casos de personas trans, que han tenido algunos problemas en el momento de solicitar un trabajo; cuando sus documentos legales y el género reasignado son disfuncionales. Tener la concordancia en los documentos legales y el género sentido es una forma de respeto de la Institución, y un factor de autoestima. Por esta razón, algunos trans comienzan nuevamente a buscar trabajo, o son más fuertes cuando se aprueba este paso burocrático-legal:

«Es un elemento clave para iniciar con más seguridad el proceso de búsqueda de trabajo. El contar con el DNI es vivido como el pistoletazo de salida para una nueva etapa vital, el primer paso hacia la normalización» (Gabriel y Herranz coord., 2017:47)

«Conseguir un empleo cuando la identidad manifestada y la que aparece en el DNI es discordante, aparece como un muro difícil de superar [...] La transición es una etapa en la que, ante la dificultad de encontrar un trabajo en el mercado formal, el empleo en la economía sumergida aparece como la alternativa más sencilla, o en la medida de lo posible conseguir trabajo a través de contactos personales, puede conllevar de precariedad y vulnerabilidad.» (Gabriel y Herranz coord., 2017:46).

Ejemplificando esta situación, el Doctor Requena en su artículo sobre derechos de las personas trans (2021) explica el caso de un despido de un hombre trans camuflado como una «no superación del período de prueba» (después, sentenciado, como nulo) cuando el empresario vio que el nombre del trabajador no correspondía con el del registro de la SS (Juzgado de lo Social: SJS número 18 de Barcelona, 26 de marzo de 2007 (nº 142/2007)).

Por otro lado, el mismo profesor valenciano (Requena, 2021) recalca dos sentencias donde una persona trans llevó su caso en los tribunales alegando discriminación y vulneración de los derechos fundamentales, por ser diferente. Pero los magistrados dictaron que estos respectivos despidos eran procedentes y con causa justa, dando la razón a la empresa, ya que ambas decisiones fueron por faltas de esos trabajador/as trans de compromiso, impuntualidades, reorganización empresarial⁴, entre otros motivos.

De manera parecida sucede en el caso del Tribunal Superior de Justicia, STSJ de CLM (Albacete) 06 de octubre de 2016, (nº de Recurso: 953/2016), donde falla y declara un despido improcedente, (respeto, inicialmente, un despido disciplinario por la empresa), a una trabajadora trans de un servicio de ambulancias, por hacer fallos igual que el resto de personal, en el tratamiento e higiene de algunas herramientas sanitarias dentro del vehículo. Se podría considerar discriminatorio debido a que, de todo el personal, la empleada trans, es la única despedida, sabiendo que el resto de los trabajadores también cometen estos fallos, pero es que estas faltas, son motivo argumentado de despido, según ese convenio.

Por otra parte, hay el famoso Asunto C-13/94, de 30 de abril de 1996, sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres, despido de un transexual en el Reino Unido, (Alonso, 1997). Este caso trata de un trabajador administrativo - secretario que, al llevar un año en la empresa, comentó a sus superiores que iba a tener una operación de reasignación de género. Posteriormente la trabajadora empezó a llevar tanto ropa como una actitud, según la sentencia, más propia de una mujer. Un año después, la empresa la despidió por un motivo de

⁴ Desarrollando un poco más estos dos casos en «la STSJ de Madrid, de 24 de julio de 2018 (Rec. 169/2018), con motivo de una reorganización empresarial y la falta de satisfacción con la labor del trabajador trans y su impuntualidad, resaltándose que la empresa consintió que usara falda, a pesar de haberle llamado la atención en alguna ocasión por ser su indumentaria inapropiada (sin que quede claro, no obstante, si había algún código de vestimenta en la compañía) (...) algo similar ocurre en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Córdoba, de 31 de julio de 2018, núm. 234/18 (Proc. 867/2017) » (Requena, 2021:25).

amortización del puesto de trabajo. El tribunal declaró una vulneración de los derechos, y que el motivo del despido fue por el cambio de sexo.

El mismo Tribunal de Justicia inglés condenó y denunció a voz alzada la discriminación por razón de sexo que venían padeciendo los transexuales en las empresas (Alonso, 1997). Destacaron que, es una cuestión global, y que tiene una dimensión macrosocial, y este caso, no es una excepción de una persona con una empresa; si no que, el problema es que las personas no se atreven a denunciar situaciones de discriminación por razón de sexo/género. Es la carrera de obstáculos hacía la valentía, y hacía la gran transformación que debe hacer la actual «igualdad de oportunidades».

V.D. Encuestas sobre el acoso en el lugar de trabajo

¿Por qué se dice que este colectivo está en una situación de extrema precariedad? Hay múltiples encuestas que muestran elevados porcentajes de discriminación en el trabajo y altos niveles de desempleo (por UGT, 2019; CCOO, 2016; Col·lectiu Lambda, 2011). Por ejemplo, la encuesta del organismo público europeo de la FRA (European Union Agency for Fundamental Rights) resalta en 2019, que en España 77% de las mujeres trans han sido discriminadas en su búsqueda de empleo y que el 34% de ellas han tenido episodios de discriminación mientras trabajaba⁵.

Otros datos mostraron que, uno de cada tres y (en la otra encuesta) uno de cada cuatro trabajadores de la comunidad LGTBI+ ha tenido un mal día de trabajo en algún momento, (FELGTB, 2016:16-19, encuestados 762 personas LGTBI+ y el informe de *Transexualidad en España, Análisis de la realidad social y factores psicosociales*, de Dominguez; García; Hombrados, 2012, Col·lectiu Lambda, encuestadas

⁵ La FELGTBI, es la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales, Intersexuales: (<https://felgtb.org/blog/> y <https://fra.europa.eu/en/data-and-maps/2020/lgbti-survey-data-explorer>). Se debe señalar que dos de las encuestas citadas están hechas con fecha de 2012, hace 10 años, respeto la redacción de este trabajo, y puede que los índices de paro del colectivo sean diferentes, aunque los medios de comunicación y entidades sociales actualmente siguen remarcando que tienen altos niveles de desempleo, como muestran las encuestas de 2016 y 2019. No obstante, según el informe de UGT de la Situación de la LGTBIfobia en el trabajo. Propuesta Sindical Mayo de 2019, «El nivel de desempleo que afecta a las personas trans es, según FELGTB, del 85%» (2019:10). Se recalca que dentro FELGTBI hay el programa anual *Yes we trans*, que fomenta su inserción laboral [consultado: 6 de junio 2022].

153 personas de toda España, 110 mujeres trans y 43 hombres trans). Siguiendo más datos:

«Por otro lado, [de la comunidad LGTBQ+] más del 30% ha sufrido o percibido discriminación en el ámbito laboral, (...) debería hacer reflexionar a la autoridad laboral (...) Se puede apreciar que en el ámbito laboral casi el 70% de las personas que se han sentido discriminadas, sí han tomado medidas» (FELGTB 2016:16 y 19).

«Acoso laboral [a personas trans]: un 24,2% afirman haberlo sufrido principalmente de compañeros/as o jefe/a (84% en total). Ante esta situación la mayoría tuvo que aguantar y soportar la situación (47,2%), el 25% la denunció, el 16,7% renunció al trabajo y el 11,1% fue despedida.» (Dominguez; García; Hombrados, 2012:5).

¿Quién hizo mobbing?

«Entre las personas que contestaron de quién/es procedía dicho acoso (n=25) se obtuvieron los siguientes porcentajes: compañeros/as de trabajo (40%); jefe/a (32%); clientes (16%); jefe/a y compañero/a conjuntamente (12%).» (Dominguez; García; Hombrados, 2012:22)

«Ámbito laboral: un 36,6% afirman estar en paro, un 39,9% trabajan (con o sin contrato o siendo autónomas), un 9,2% están estudiando y un 8,6% jubiladas. Un 37% de las desempleadas afirman que es debido al único hecho de que son personas transexuales. Un 48,2% han ejercido en algún momento el trabajo sexual.» (Dominguez; García; Hombrados, 2012:5).

En la Unión Europea, si bien, sea un conjunto de realidades-naciones muy complejas, en su informe del 2020, *Reconocimiento legal de género en la UE, El camino de las personas trans hacia la plena igualdad*, comenta que en sus encuestas aparentemente las personas trans no reciben discriminación en las entrevistas cara a cara, pero si perciben transfobia cuando la mayoría de la empresa descubre su recorrido-identidad de género; esto implica que, el colectivo busque empresas más "trans-friendly". Según sus números:

«en 2019, casi el 51 % de las personas trans que respondieron a la encuesta de FRA tenían un trabajo remunerado o trabajaban por cuenta propia, en comparación con el 69,3 % de la población general (entre 15 y 64 años) en esta posición (EU-28, 2019). » (...) «se sintieron discriminados al buscar trabajo en los últimos 12 meses debido a su identidad, en particular las mujeres trans (19%) y los hombres trans (15%)» (Comisión Europea, 2020:5-6)

En síntesis, la discriminación y el acoso laboral puede derivar al desempleo, cuando la organización de la empresa debería ser un espacio de flujo de ideas y desarrollo primordial para todas las personas. Y la LGBT-fobia persiste y a veces se normaliza en los espacios

informales y formales de las empresas⁶. Implicando que las personas trans se derivan hacia la inestabilidad laboral y busquen otros recursos económicos dentro del mercado negro, la prostitución...

V.E. La situación socio-género en España

En la última década, está creciendo noticias perjudiciales para el ámbito laboral y lxs trans: la gran recesión de 2008-X, la covid-crisis 2020-21 y el auge del discurso político de las ideas de la extrema derecha, (popularizándose en la ciudadanía Europa). No obstante, actualmente, desde medianos del 2022, positivamente, hay un récord histórico de personas afiliadas a la Seguridad Social y al mismo tiempo, una batalla de ideas contra la normalización del feminismo, la libertad de expresión y la acción social.

Sobre todo, antes de la pandemia mundial había un poder social muy fuerte, motivado con la movilización en la vía pública y cohesionado en ocupar y manifestar de manera reiterada situaciones de injusticia social LGTBIQ+ y en violencia de género. Y también eran capaces de movilizarse con rapidez y sin miedo por la reivindicación, como si los dirigentes supieran maniobrar masas calientes de grupos, a través de la inmediatez de las redes sociales, y clasificados por puntos de vista político-morales. Antes se podía movilizar un grupo homogéneo de miles de personas en pocas horas, para reclamar la independencia o la no-independencia entre pueblos, o movilizar agitadores a favor o en contra de la ley del aborto, o gente para evitar desahucios, o masas para alzarse ante injusticias de género...

Parece que estas burbujas sociales y agitadores/as se están reactivando.

La institución machista promueve una sexo-segmentación del mercado político-social y laboral, de diferentes perfiles y trabajadore/as. ¿Cómo se refleja esto? Cuando nomás se propone candidaturas de mujeres en puestos de secretaría, limpieza, textil, o, por el contrario, posiciones de hombres en lugares como mozo, informática... es

⁶ El problema es social, porque no hay referentes o liderazgos trans empresariales o gubernamentales. Y posiblemente los pocos/as referentes trans en el ámbito laboral, en altos cargos visibles, (puede) que siempre lleven la etiqueta «trans» detrás. No se tarda ni un segundo en poder evocar mentalmente personas con cargos altos políticos y empresariales de color, con discapacidad, homosexuales, autistas, pero no recordamos, ni nombramos tan fácilmente personas transgénero e intersexuales en estas posiciones de responsabilidad.

porque se instituye un patriarcado heteronormativo como protocolo laboral en esa oficina.

El modelo de pensamiento patriarcal en una organización empresarial según el antropólogo Marvin Harris (1974) lo nombraría como la contracultura; aquellos hechos culturales y psicosociales que evitan la evolución. Que impiden a nivel de creencias, que no crezca el motor de la concienciación. Son aquellos hechos y discursos que van a contracorriente de los valores sociohistóricos del progreso social (ideológicamente) de la actualidad.

Se tiene que destruir las maneras de pensar, del lenguaje y acciones opresoras y distribuidoras del heteronormativismo, porque tapan los ojos a las diferentes formas ver el mundo y a las personas; negando identidades. Un primer paso es reconocer y barrer todas las creencias límite. Se muestra la sociedad y el juego de las etiquetas. Porque se juzga antes la imagen, el título que ostenta la persona; el ser hombre, mujer o trans; antes que, si sabe el manejo de las herramientas indispensables para el trabajo, que la actitud, o si la persona es capaz o no, de realizar y aprender tales actividades profesionales.

Esto condiciona el desarrollo psicosocial de las personas trans con barreras y configuran riesgos sociolaborales: una fragmentación forzada del mercado laboral, el rechazo de sus derechos, la incomodidad, la ocultación de su orientación y de su identidad de sexo/género...

«La expresión del género, es decir, la forma en la que se materializa externamente la masculinidad y feminidad determina la reacción social que reciben las personas en torno a su apariencia, expresiones, comportamientos y aspecto. Cuando un hombre es más femenino o una mujer es más masculina que lo socialmente aceptado, en función de los estereotipos construidos social y culturalmente, reciben un determinado nivel de violencia.» (UGT, 2019:8).

«favorecer la integración de todas las personas de tu centro de trabajo lleva a la misma a una mayor competitividad» (FELGTB, 2016:2)

Desde otro punto de vista, si la organización recluta trabajador/as trans, tal vez, están perdiendo clientes tradicionales empresariales de culturas patriarcales, por ejemplo, del mundo árabe, o algunos clientes y proveedores de procedencia asiática. Culturas donde lo femenino se siente como una debilidad, y la actividad comercial con una embajador/a mujer, trans no sería positivo⁷. De esa manera,

⁷ Eso me recuerda al estudio del antropólogo Geert Hofstede (1999) sobre tipologías de trabajadores de países y sus diferencias culturales en la misma empresa. Donde distingue entre 50 países a nivel laboral, si sus modos de trabajo son (1) más de actividades individualidades a colectivas, (2) más propensos a la masculinidad

los socios empresariales puedan hacer visible lo invisible; empresas arcaicas, compañías no-adaptadas, organizaciones que no pertenecen a la apertura de los mercados globales del siglo xxi...

Teniendo en cuenta que, para reclutar a un/a trabajador/a trans hay una carga e inversión previa en la organización, porque ha de tener un nivel de formación y concienciación de los equipos; para ser un ambiente con prioridad a la actitud, y a lo profesional.

Esto recuerda a los 9 factores de los dos sociólogos trans Gerard Coll-Planes y Miquel Missé (2018) que creen que intervienen en la inserción laboral del colectivo trans: (1) género, (2) visibilidad, (3) edad del grado de passing, (recogiendo la expresión inglesa de aprobado educativamente, es el aprobado de la indetección del anterior sexo/género, que la gente ya lo ha aceptado «que es de otro género», y no duda de esto, al conocerse), (4) origen y residencia legal, (5) posición socioeconómica, (6) apoyo del entorno, (7) nivel formativo, (8) estado de salud y (9) estado del trabajo sexual del entorno nacional.

«La discriminación por autosegregación o segmentación forzada del mercado laboral supone que las personas LGTBI cuya expresión del género no se corresponda con el estereotipo esperado para hombre o mujer, buscarán, consciente o inconscientemente, trabajos en sectores más proclives a la diversidad, tales como el textil, la moda, la estética o sectores tradicionalmente feminizados, como las profesiones dedicadas a los cuidados (educación, salud, etc) (...) Es legítimo, en una sociedad machista que utiliza la violencia para «corregir» a quien se escapa de la norma (y) que las personas LGTBI acudan a estos sectores (...) para protegerse y no verse sometidas a situaciones de violencia.» (UGT, 2019:8)

No es casual que los sectores más feminizados en España, como la educación, estética, curas-asistencial, sanidad, recursos humanos, tienda, diseño... tengan salarios más bajos que las ingenierías, metalúrgicas o finanzas, («las ciencias duras») que son ciencias técnicas y productivas, porque son masculinas. Parece que cuando un trabajo se feminiza, sus rangos salariales bajarán. Según el economista Pietrykowsky (2019) hay una devaluación de las habilidades asociadas con las mujeres en el mercado laboral. Un control sexista para mantener la identidad masculina como la dominante, la más poderosa e irremediabilmente la figura dependiente por parte de la unidad fami-

que a la feminidad, (3) su grado de evasión de la incertidumbre, (4) su visión cultural a largo plazo o cortoplacistas, y (5) las distancias culturales al poder. Una visión muy bien estudiada, pero estamos en una etapa del capitalismo, donde las culturas empresariales se están homogeneizando, copiando el modelo occidental a otras culturas.

liar. Una renta diferente según el género. La *crowding theory* intenta demostrar como a medida que las mujeres entran en posiciones masculinas esta categoría salarial bajará.

VI. ANÁLISIS DEL MERCADO LABORAL Y LA BÚSQUEDA DE EMPLEO DEL COLECTIVO TRANS

VI.A. Aproximación al mercado laboral de ofertas y demandas

Hay muchas más entidades que engloban la protección de todo el colectivo LGTBIQ+ y otros colectivos vulnerables. No obstante, se ha encontrado que Transexualia, Chrysallis, FELGTBI+, El Hombre transexual, son entidades españolas que ponen sus principales energías a la integración del colectivo que se está estudiando.

Investigando un poco sobre, cómo se puede reclutar una persona trans en España, se ha encontrado ofertas de trabajador/as autónomos trans que quieren proyectos y empleo, y portales de trabajo web, donde, se enfocan en reclutar personas trans. También, pueden ser reclutadas por un portal de trabajo web generalista o de un sector específico, (Infojobs, LinkedIn, Jobtoday, Turismojobs...), como cualquier persona cisgénero. O especializado en su inserción laboral: Translaboral de Sabadell, (Barcelona), a nivel europeo, Transgender Europe-org, en el Reino Unido, o Transwork en Estados Unidos.

Los posts de estos portales de empleo, la «particularidad» de ser transgénero, está al mismo nivel de importancia que la descripción de sus habilidades profesiones y trayectoria profesional. Sin olvidar la perspectiva de jurídica, otras leyes que recalcan la igualdad en el acceso al empleo:

- El artículo 4.2, y el 17 del Estatuto de los Trabajadores, a que las personas no pueden ser discriminados directa o indirectamente para acceder al empleo, o durante su vida laboral.
- Con el mismo objetivo, el R.D. 7/2015, Cartera Común del Sistema Nacional de Empleo, dedicado a estructurar, para trabajadores y empresas, un servicio de calidad y equidad a la inserción laboral para evitar desigualdades⁸.

⁸ Las penalizaciones recogidas en la LISOS (5/2000), hacia las empresas que influyan discriminativamente en las condiciones de trabajo o al acceso a ello, por circunstancias de género, sexo, origen, ciudadanía, racial, entre otras, están recogidas dentro del artículo 8.12; una infracción muy grave, penalizada económicamente dentro del artículo 40, «en materia de relaciones laborales y empleo (...)» se

- Complementariamente, se encuentra la Ley del Empleo de 3/2015, con la misma finalidad dentro de su artículo 2 de «mantener un sistema eficaz de protección ante situaciones de desempleo», y se añade en su artículo 34:

RDL 3/2015 Art. 34.1.«Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo. Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciaren carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta.»

Reflexionando, desafortunadamente, las personas trans se pueden encontrar con muchos prejuicios y estereotipos, debido al impacto social de las personas trans destacadas en España, vinculadas a la prensa rosa y al ocio nocturno, (La Veneno, DragRace...). Pero, se desarrollaron en esos entornos, buscan por y en estos ambientes profesionales ¿por elección propia o por las circunstancias colectivas y culturales?

VI.B. Fuera de las empresas: pasos hacia la exclusión social y la prostitución

Con la crisis Covid-19, la crisis de suministros y recursos Internacionales (2022-¿?), no sabemos cómo crecerá el mercado laboral. Porque el miedo a estar desempleado/a es más grande que reclamar un trabajo legal y justo. Y tal vez, esto se convierta en un sufrimiento normalizado para el trabajador/a trans en mantener su silla laboral. ¿Qué es más difícil para lxs trans mantenerse y aguantar en el mismo trabajo o buscar un nuevo trabajo una vez echa la transición? ¿Y si no se sienten aceptad/as? Siempre hay juego de temores y/o aspiraciones positivas sobre el futuro en el VUCA-Wor(k)ld.

Debido a las causas anteriores, un/a trabajador/a trans puede sentirse incómodo en ciertos lugares de trabajo, por este macho-capitalismo globalizante. El miedo del desempleo y la precariedad. El miedo de la exclusión social o en el mercado negro. Y a veces la prostitución es la única forma, puede ser una forma dispar, un mal consejero, una

sancionarán: c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.» Debido a la modificación impuesta por la Ley 10/2021, de 9 de julio, con efecto el 1 de octubre de 2021, éstas cuantías se agravaron un 20%. El artículo 76 de la Ley Trans 4/2023, también se vincula a estas multas.

mala decisión, de no estar solo/a todo el tiempo, para ganar dinero, evitar estar en la pobreza o el sin-hogar. Sin embargo, posiblemente haya trans que quieren trabajar en esta actividad profesional. Ser trabajadora sexual es una actividad laboral; y esto merece unas líneas de este análisis:

«Durante las entrevistas detectamos que la mayoría de las mujeres trans llegan a la prostitución por medio de otras personas y por necesidad económica. (...) Pero hay que tener en cuenta que la gran mayoría de mujeres entrevistadas ejercen la prostitución por necesidad, por no tener a nadie o porque terceras personas les engañan sobre las condiciones de trabajo» (Metges del món, 2017:53-54) «Es difícil -o imposible- que estas mujeres abandonen el ejercicio de la prostitución si no les dan una oportunidad laboral» (Metges del Món, 2017:51).

VI.C. Deportes en disputa

Otra línea profesional es la de los/las deportistas de elite. Esto recuerda al famoso controvertido caso actual de la mujer, atleta, trans, sudafricana Caster Semenya. Actualmente hay un debate en la comunidad deportiva profesional, formalizada, olímpica y mundial porque tal vez ella es más fuerte que las otras mujeres porque tiene un físico masculino. Un caso parecido es con la nadadora trans Lia Thomas, donde está ganando todas las competiciones femeninas en Estados Unidos.

La discusión se debe a que algunas organizaciones apelan a fármacos de deshormonización para que sigan trabajando y luchando con unos niveles hormonales iguales que a las mujeres cisgénero, pero desde otro punto de vista, otras entidades como la ONU, expresan que es una regla machista para esta clase de atletas. También este hecho, pone en juicio, la situación de la bifurcación de las competiciones deportivas.

VI.D. Ideas entorno a los beneficios de contratar trabajadores/as del colectivo trans

Una fuerza empresarial más heterogénea significará más ambidies-tralidad del mercado comercial por abarcar. La diversidad en el trabajo es un cambio de gafas. Esto recuerda al Employer Branding, una estrategia de recursos humanos y marketing. El Employer Branding es cuando el empleado está mostrando y compartiendo en sus redes de parentesco o redes sociales virtuales cuán buena y feliz está en la

organización donde trabaja. Por ejemplo, cuando él/ella está mostrando un plato cocinado con una paella o ingredientes de su compañía o habla sobre su alto salario, cuando están conversando de los buenos resultados del equipo. Esto genera una imagen positiva atractiva de la empresa. Si hay un/a trabajador/a trans está haciendo este sistema de publicidad interna, estaría captando y admirando posiblemente una red de talento y clientes más cercanas al entorno LGTBQ+.

Esto recuerda a una de las facetas del Compliance empresarial, que es como la reputación del negocio afecta a las estrategias de sostenibilidad social, en correspondencia con sus áreas de mercado, por donde quiere actuar y comercializarse. Al contratar personas trans, no se debería caer en las ideas del movimiento empresarial Tokenism de Estados Unidos de los años 1960-90. Fue una corriente de negocio, que, para sensibilizar el mundo del cuello blanco, incluyeron en sus oficinas trabajadores/as de minorías y grupos étnicos indígenas, para demostrarse como «somos diversos o nuestra diversidad». Fue un movimiento polémico por el debate entre si, este trabajador/a está en esta posición como un florero, un «token» (ficha sin sentido) publicitario, o es que realmente se valoraba su actitud y su talento. Sin olvidar que, independientemente de todo lo comentado, habrá muchas personas trans que no hayan recibido inputs de discriminación en su trayectoria laboral, o ser otro/a que se quedado a medias en el proceso de selección, igual que muchas otras candidaturas. Puede ser el/la mejor en su sitio de trabajo, y únicamente necesita transitar para ser más feliz. Será una etiqueta que se mantendrá detrás del nombre para mucho/as, pero para otras no significa nada, ni ningún cambio en sus responsabilidades.

No es necesario reclutar un/a candidata/o trans para hacer marketing efectivo hacía el sector LGTBQ+: se puede realizar estrategias a través de la Responsabilidad Social Corporativa, stands y participaciones en workshops o donaciones económicas en cooperativas centradas en su empleabilidad. Hay miles de actividades más, que nuestra propia legislación apoya; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, donde repite varias veces y de diferentes formas que «las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad social en materia de igualdad» (artículos 73-74).

VII. ENTREVISTAS

Igual que una ley se construye por discursos sociales, por necesidades, apelando y recogiendo datos de colectivos sociocomunita-

rios, para protegerlos; en este conjunto de líneas, no se podía olvidar las voces de las personas que se están estudiando. Así que, se desiste del lenguaje impersonal anterior que se está leyendo, para leerlos de verdad.

Es otro método de investigación, que, durante este viaje científico y etnográfico, para comprender los textos anteriores, llenos de leyes con énfasis a ayudarlos/as, estadísticas negativas o jurisprudencia, se necesitaba escuchar que experiencias habían tenido, tanto sus problemas, como sus victorias. Son fragmentos de entrevistas a un conjunto de perfiles muy diverso. Los nombres, de los cuales, están ocultados con los colores de la bandera trans.

El Rojo (arquitecto del Ayuntamiento de Barcelona): «El problema es cuando estás en híbrido, es un problema de encajar en el orden establecido. [...] Y los casos de trans discriminados que he oído y he ayudado... son temas de bulling, quieren influenciar hacerte creer que los cambios que tienes o has tenido siempre te afectará a tu rendimiento, es una discriminación por etiqueta, interfiriendo en tu capacidad laboral. [...] También es cuando te das cuenta qué cuando la posición de atención al público es donde más se atreven a buscar, porque al ver rápido ser un trans, no necesita explicaciones. También es un perfil que encaja mucho en tiendas, bares o lugares donde se hay un equipo, y este equipo necesita tal rol, una persona diversa... es lo que se necesita. Y los jefes o jefas se preguntan si una persona trans encajaría en este lugar [...] se tiene que pensar varias veces a qué lugar debe ir tu búsqueda de trabajo. [...] En cambio, yo no he sufrido discriminación en el ámbito laboral, todo lo contrario, al saber el Ayuntamiento que iba a transitar, me propusieron hacer charlas, y hacer coach a otras personas, dentro del departamento.»

La Rosa (informática y escritora del *Blog Associació de Transexuals de Catalunya*): «Si, para mí, la solución a nivel empleabilidad es más formación especial para la ciudadanía, y dada por trans, y así tendrían más oportunidades de trabajo, mostrarnos referentes [...] Yo prácticamente no he tenido discriminación al dominar la programación.»

La Azul, (teleoperadora y dependente): «Yo he tenido muchos problemas en el trabajo, porque soy vendedora y teleoperadora, y hay muchas barreras en la voz, y eso no se puede solucionar. [...] negaré mi identidad diciendo que soy «El Azul» y no género neutro porque así es más fácil, y así hago más ventas. Desde que soy trans me ha costado superar los períodos de prueba y es que los clientes no me dan la confianza de la compraventa, pero con los compañeros muy bien [...] Siempre, hacia un comercial trans por teléfono, los clientes se van a

sentir con un poco de desosiego, desconcentrados en la compra [...] porque dudan de la voz y si soy hombre o mujer, y no se centran en la compra o el producto. En cambio, mi pareja, la Rosa, informática, no tenido problemas.»

La Violeta (charcutera y personal de cajas, antes de la transición auxiliar sociosanitaria): «Tienes que ser tú mismo, y crear el relato de ti mismo para construirse, no basarte en referentes; [...] mostrarte perfecto en un lugar de trabajo. [...] Todos tienen capacidades para trabajar y conseguir el trabajo que quiera, y conozco mujeres trans de muy alto cargo, así que cualquier persona puede conseguir lo que quiera. [...] Como toda persona, la batalla es en La Actitud y creerte que eres muy buena y así mostrarás que lo puedes conseguir en cualquier situación, ya sea en la entrevista de trabajo o cualquier adversidad que tengas que superar. [...] Es recomendable cambiar de ambiente laboral, como... verte a ti mismo como un nuevo trabajador y no pensar en la experiencia pasada, sentirte nuevo. [...] Trans siempre serás, no lo sé, pero yo ahora tengo la lucha para dejar de ser mujer trans a ser mujer, que se me valore como una trabajadora más [...] Yo tuve que cambiar de trabajo y de ámbito porque en el curro de auxiliar de sociosanitarios, donde estaba yo, la organización me hacía presión con que me fuera, porque no querían una persona así. Pero con el programa Transocupació de Barcelona Activa, fue super rápido, rápido me cogieron como personal de cajas en un centro comercial, y hace poco me han transferido a la charcutería. [...] Siempre haré publicidad de mi puesto de trabajo si estoy feliz y cómoda, y me aportan estabilidad, [...] y lo hago por Twitter y LinkedIn, y me han hecho entrevistas y todo en diarios [...] Ahora estoy en contacto día a día con Comunicación y Recursos Humanos, para avisarles, y sin problemas poder decir el nombre de la empresa que me da esta seguridad, bienestar y aprendizaje.»

La Blanca (Comercial y teleoperadora): «A mí, a nivel de ventas no me afecto, pero sí que me afecto el hecho de estar en una empresa de 100 trabajadores [...] como son 100 trabajadores y durante el tránsito el problema, es que cuando vas al baño que te pertenece, te miran raro o te dicen que te has equivocado de baño, porque siempre vas a encontrar a alguien diferente [...] Pero mi Directora me acompañó muchísimo, hizo formaciones de género y... sociedad a la plantilla, para cambiar las ideas mentales. Pero yo sé que ella y varios estaban pendientes todo el rato que hablaban conmigo decir, de hablarme en femenino [...] Al final cambio yo... pero no cambia tanto mi alrededor, tanto como nos creemos. [...] Al final, dejé el trabajo por uno de

menos horas, para dedicarle más tiempo en la causa, a charlas, manís, asesoramiento...»

Aunque sea una muestra muy reducida, se puede deducir que hay una clara distinción, en este caso, de trabajos cualificados, de no-cualificados. Las dos personas con trabajos cualificados no han tenido ningún problema, si no victorias, como darles el protagonismo de charlas y una extra-visualización positiva. Pero los otros/as tres, sí han tenido dificultades; cómo presiones externas para dejar el trabajo, y situaciones de intranquilidad. El concepto actitud, que se ha repetido varias veces, simbólicamente es muy una idea poderosa, y es un método de empoderamiento personal e interprofesional.

También, todo/as después de hacer el tránsito se han dedicado a hacer conferencias, tener un blog, para empatizar, o hacer mentoría a las siguientes generaciones, a coloquios a diferentes públicos o hacia la propia empresa. Comunicar, ayudar y encontrarse con personas sensibilizadas o en tránsito, es una tarea que valoran mucho y necesitan seguir para su desarrollarlo.

Remembrando a las políticas y programas formativos que según la ley han de promover las administraciones públicas hacia este y otros colectivos vulnerables, se ha encontrado como ejemplo dos proyectos del Ayuntamiento de Barcelona, TransOcupació, (programa anual) de Barcelona Activa y el proyecto BCNFemTEch (programa desde 2021-x), donde se forma anualmente a mujeres en exclusión social y laboral. Principalmente mujeres trans, inmigradas y/o mujeres que después de una larga temporada en el paro, (normalmente por la maternidad, o mercado negro) las motivan a formarse en materias muy buscadas en el mercado laboral, como aprender las aplicaciones del mundo IT, diseño y programación, o trabajar las habilidades blandas (para profesiones olvidadas y demandadas) como la charcutería, pescadería...

CONCLUSIONES

Primera valoración

Esta investigación quiere hacer más visible, que hay una realidad cultural, de un colectivo con más dificultades en la carrera de la igualdad de oportunidades laborales; donde se le bloquea socialmente la valentía de denunciar injurias y discriminaciones en el trabajo, y en el acceso a él. Esta legislación sobre la igualdad y protección, descrita en los capítulos anteriores ¿son declaraciones de intenciones y pu-

blicidad, o se han llevado a cabo con acciones reales? ¿Suscitan más sensibilización de la sociedad?

Segunda valoración entorno a la normativa jurídica europea

La gran mayoría de leyes europeas se han vertebrado con el eje de proteger a los colectivos vulnerables; a nivel de intimidad, igualdad, redistribución, retribución y bienestar social y justificarlo con medidas correctivas, reactivas y por ende la activación de planes de discriminación positiva.

A modo de ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea, Unión de la Igualdad (2020:9) publicó «La Comisión promoverá el uso del Fondo Social Europeo Plus (FSE+) con el fin de mejorar la situación socioeconómica de las personas LGBTIQ más marginadas y desarrollar iniciativas centradas en grupos específicos, (...) La Comisión fomentará el intercambio de las mejores prácticas entre los Estados miembros.»

También es interesante analizar como en casi todas las leyes europeas y españolas el ideal de no discriminar por «por razón de sexo», pueda que siempre haya incluido y haya protegido al colectivo trans, cuando inicialmente ha sido relativo al desenchaje laboral entre mujeres y hombres cisgénero.

Tercera valoración entorno a la legislación estatal

Hay múltiples leyes españolas que abogan por un progreso real hacía una igualdad efectiva de oportunidades profesionales. Normativas que apuestan por invertir capital en formación para colectivos vulnerables, y sanciones a situaciones discriminantes. Sin olvidar que, lo laboral es una dimensión que afecta a la salud emocional, a la economía de la unidad familiar y al desarrollo de las personas. Además, según la Constitución y en la legislación autonómica, el Estado es el responsable de intervenir en la relación entre trabajador/a y empresa:

CE Artículo 9.2. «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.»

Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad de las personas trans y sus familiares, La Rioja. Artículo 23.1. «No puede aplicarse discrimi-

nación laboral de ningún tipo, ni de trato ni de remuneración, ni ser causa de despido o cese el hecho de ser una persona trans, estar realizando un proceso de reasignación de sexo o querer realizarlo, ni el hecho de poseer o manifestar la propia identidad de género, conforme a la legislación laboral estatal. 2. Se velará por el respeto del derecho de igualdad de trato en el acceso y promoción en el empleo...»

En estas leyes, esencialmente no-liberales, se pueden entretejer, que, se busca la protección, en la libertad de manifestar su género deseado, promover la publicidad y ayudas económicas a industrias que tengan proyectos con un impulso hacia el colectivo LGTBIQ+. Es para muchas personas, muy importante la publicación de *la Ley Trans*, y como está cambiando sus derechos. Y también, será curioso, como esta ley podría modificarse al cabo de unos años, por el surgimiento de nuevas realidades psicosociales. Porque, no se puede olvidar que la ley y la sociedad, ambas, son entidades cambiantes.

Cuarta valoración entorno a los convenios colectivos

Fundamentalmente, en los pocos convenios colectivos sectoriales, donde hay interpelaciones a las personas trans, son para favorecer los permisos burocráticos y médicos por donde transita el trabajador/a e hijo/as trans. Y así como, equiparlos al resto de permisos sanitarios y legales de la vida rutinaria o extraordinaria; que seguramente ya cubría estos convenios de manera retribuida o no. Formar en esta materia a la empresa y a los comités, es esencial para reflexionar y saber actuar delante de situaciones de discriminación.

Quinta valoración entorno a los distintos ámbitos de discriminación laboral

Los/as responsables de prevención de riesgos laborales y de recursos humanos, son los apoderados/as de la faceta psicosocial; conforme proteger y garantizar la salud más sensible de los trabajadores/as de una empresa. Aunque esta función es tarea de toda la organización: todo/as deben de ser cómplices de la identificación y evaluación de discriminaciones. Proponer proactivamente medidas y acciones son las piezas claves para actuar y mejorar la estancia laboral de las personas; tanto a nivel físico, ergonómico como a nivel psíquico-moral.

El fuerte binarismo en los entornos laborales, a veces provocan incomodidades, así como que haya profesiones más masculinizadas y/o feminizadas. Esto provoca que esas personas que trabajan en un

entorno de un género estigmatizado, siendo del otro género, va a recibir una carga de incomodidades, hasta agresiva. Prejuicios, por parte del pensamiento voluntario o involuntario de un arraigado patriarcado cultural.

La discriminación y el acoso laboral es la llave para abrir la puerta del exterior en una oficina y del lugar de trabajo, (el desempleo), cuando la organización de la empresa o en la actividad productiva la cual esté vinculado/a, debería ser un espacio de sociabilidad, creatividad, desarrollo personal, fundamental para todas las personas. Y la transfobia persiste y a veces se normaliza en el discurso y en la infraestructura. Implicando que las personas trans las conduzcan hacia la inseguridad laboral, o el paro, y se remarquen hacia el mercado negro, la temporalidad, al suicidio, a la prostitución, a trabajos con super-visibility; donde ser trans sea su principal rol, su puerta de entrada, y así, no hacer un ritual o una reunión de salida/ocultación del armario profesional...

Reflexionando después de la lectura de la sentencia del Asunto C-13/94, de 30 de abril de 1996 de Reino Unido, la discriminación del colectivo trans es una cuestión global, y tiene una dimensión macrosocial. Actualmente, toda situación que sucede entorno al sexo/género es acogido por diferentes puntos de vista, partidos políticos, grupos de presión social y la prensa. Ellos/as recogen esta realidad y lo transforman en su discurso moral del bien y el mal. Esto hace reflexionar, si, la sanción judicial llega a su objetivo modélico, que la sociedad aprenda, no lo repita, y se atrevan a denunciar, si se reincide.

Sexta valoración entorno al mercado y la búsqueda de empleo del colectivo trans

Después de indagar sobre como se puede reclutar específicamente una persona trans en España, se ha encontrado: (1) ofertas de trabajador/as autónomos trans que quieren proyectos, (2) programas estatales, y (3) portales de trabajo web, donde se enfocan en comprometerse con este específico colectivo. Son espacios donde, la etiqueta «trans» está al mismo nivel de importancia que sus habilidades y trayectoria profesional. No obstante, (4) también pueden ser reclutados por un portal generalista y/o específico en un mercado de trabajo. Múltiples leyes recalcan y sancionan las discriminaciones al acceso en el empleo, asimismo, y recordando, la Ley del Empleo 3/2015, que aparte de proponer organizar el sistema nacional de empleo, y regularizaciones para intermediadores y Empresas de trabajo temporal (ETTs), hay el objetivo de:

RDL 3/2015, Ley del Empleo, Objetivos Art.2. a) «Garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 9.2 de la Constitución Española, en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, así como la libre elección de profesión u oficio sin que pueda prevalecer discriminación alguna (...) mantener un sistema eficaz de protección ante situaciones de desempleo»

A veces, para normalizarlo, hay que incluirlo en la ley, sin caer que tanta discriminación positiva, en ocasiones, no se normaliza, sino se extra-señala, y se señalará aún más dependiendo de algunos intereses económicos, empresariales, políticos, y culturales. Aunque lo importante es la actitud y las herramientas profesionales, la no-normalización de un trabajador/a trans, sumado a la inestabilidad del mercado español y europeo, puede estratificarlos en una situación de exclusión sociolaboral y hacia una contratación no-regulada. Y a veces, la prostitución es la única forma, un mal consejero, de no estar solo/a todo el tiempo, para ganar dinero, y evitar estar en la pobreza o el sinhogarismo. Sin embargo, puede que haya trans que quieren trabajar en esta actividad profesional de trabajadora/es sexuales y/o espectáculos - shows.

En síntesis, una de las preguntas del principio era ¿cómo puede la gerencia de la empresa demostrar el apoyo hacia una cultura laboral más diversa?

Hay diferentes estrategias que muestran una proactividad, usando su bandera y siendo su escolta. No es necesario incorporar una persona trans o un/a trabajador/a con mucha visibilidad dentro del colectivo LGTBQ+ para participar en workshops del sector, sino se pueden hacer donaciones económicas en entidades centradas en su empleabilidad, se puede crear el rol de Chief Happiness Officer, una Comisión de la Diversidad, propuestas de Márketing a través del Employer Branding, trabajar la Workplace Experience, el Compliance empresarial o a la Responsabilidad Social Corporativa. Una fuerza organizacional más diversa puede significar más diversidad del mercado comercial alcanzable.

Que haya leyes que avalen la discriminación positiva de las mujeres y del colectivo LGTBQ+, es porque lo femenino, se concibe culturalmente con más habilidades emocionales que productivas. Son las consecuencias del binarismo y la bi-división que nos engloba. Un bache más, hacía la carrera legal de la igualdad de oportunidades.

Séptima valoración entorno a las entrevistas y desenlace

Según el artículo *Coming Out in the Workplace as Transgender* de la organización estadounidense más importante LGTBQ+, Human Right Campaign (HRC, 2020) los efectos positivos de una transición trabajando en una empresa, donde te apoye, son vivir una vida auténtica y completa, reducir el estrés de ocultar la identidad, desarrollar relaciones más cercanas con compañeros y clientes, y ser más productivo en el trabajo.

La transición de una persona trans y su grado de passing es muy significativa emocionalmente, (Coll-Planes y Missé, 2018), y es una ventaja laboral y un «plus» de seguridad, para la creación de nuevas redes económicas y sociales de estos trabajador/as.

Este análisis se ha escrito, prácticamente, con más preguntas que respuestas. Porque se considera más importante la provocación de un enunciado que sus resultados. Lo que puede evocar un interrogante, que lo que puede proponer un veredicto. Así que, acaba como empezó, con una cita de la Constitución Española, otra cita de la entrevista con Violeta y con más preguntas: ¿Qué pasaría en el trabajo, el consumo y en las macro-economías occidentales, (y del resto de culturas) si no hubiera contenido, estereotipos y diferencias, asignadas y complementarias socioculturalmente entre los (dos) géneros?

CE Artículo 40.1. «Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, (...) fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales...»

Fragmento de la entrevista con La Violeta (33 años, charcutera): «Tienes que ser tú mismo, y crear el relato de ti mismo para construirse, no basarte en referentes; [...] mostrarte perfecto en un lugar de trabajo. [...] Todos tienen capacidades para trabajar y conseguir el trabajo que quiera, y conozco mujeres trans de muy alto cargo, así que cualquier persona puede conseguir lo que quiera.»

BIBLIOGRAFÍA

Leyes estatales y referencias europeas

ESPAÑA. «Constitución Española». *Boletín Oficial del Estado* (29 de diciembre de 1978), núm. 311, pág. 29313 a 29424.

- España. «Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.» *Boletín Oficial del Estado* (10 de Noviembre 1995), núm. 269.
- España. «Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.» *Boletín Oficial del Estado*, (de 08 de agosto del 2000), núm. 189.
- España. «Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.» *Boletín Oficial del Estado* (23 de marzo de 2007), núm. 71, pág.1-65.
- España. «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.» *Boletín Oficial del Estado* (24 de octubre de 2015), núm. 255, pág.100224 a 100308.
- España. «Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.» *Boletín Oficial del Estado*, (de 24 de octubre del 2015), núm. 255.
- España. «Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.» *Boletín Oficial del Estado*, (de 5 de febrero de 2015), núm. 31, pág. 9422 a 9435.
- España. «Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.» *Boletín Oficial del Estado* (07 de Marzo de 2019), núm. 57.
- España. «Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.» *Boletín Oficial del Estado*, (de 14 de octubre de 2020), núm. 272, pág. 87476 a 87502.
- España. «Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.» *Boletín Oficial del Estado*, (de 14 de octubre de 2020), núm. 272.
- España. «Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.» *Boletín Oficial del Estado*, (de 14 de octubre de 2020), núm. 272, pág. 87476 a 87502.

- España «Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.» Boletín Oficial del Estado, (de 10 de julio de 2021), núm. 164, pág. 11472. (Modifica el artículo 40 de la LISOS con efectos el 1 de octubre de 2021, pero sin efectos retroactivos⁹).
- España. «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.» Boletín Oficial del Estado, (de 2 de marzo del 2023), núm. 5366.
- Unión Europea. «Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.» *Diario Oficial de la Unión Europea* (26 de julio de 2006), núm. 204, pág.23 a 36.
- Unión Europea. «Legal gender recognition in the EU The journeys of trans people towards full equality.» *Directorate-General for Justice and Consumers*, June 2020. [en línea] [consultado: 6 de junio 2022] Disponible en internet en: <https://opag.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7341d588-ddd8-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>
- Unión Europea. «Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025» *Comisión Europea*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM(2020) 698 final. Bruselas, 12.11.2020. [en línea] [consultado: 6 de junio 2022] Disponible en internet en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0698&from=EN>

Leyes autonómicas

- Andalucía. «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.» *Boletín Oficial del Estado* (9 de agosto de 2014), núm. 193, pág.63930-943.
- Canarias. «Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.» *Boletín Oficial del Estado* (20 de noviembre de 2014), núm. 281, pág.94850-94860.
- Canarias. «Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género

y características sexuales.» *Boletín Oficial de Canarias* (17 de junio de 2021), núm. 124, pág. 26065-26127.

Cantabria. «Ley de 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género» *Boletín oficial de Cantabria* (19 de Noviembre de 2020), núm. 223, Pág. 21211-21234.

Castilla-La Mancha. «Ley 5/2022, de 6 de mayo de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha» *Boletín Oficial de las Cortes de Castilla-La Mancha* (12 de Mayo de 2022 con vigencia desde 01 de Junio de 2022), núm. 91, Pág. 7477-7504.

Cataluña. «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. *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* (17 de octubre de 2014), núm. 6730.

Navarra. «Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales» *Boletín Oficial del Estado* (22 de diciembre de 2009), núm. 307, pág.108177 a 108187.

País Vasco. «Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.» *Boletín Oficial del Estado* (19 de julio de 2012), núm. 172, pág.51730 a 51739.

La Rioja. «Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares.» *Boletín Oficial del Estado* (8 de marzo de 2022), núm. 57, pág.27190 a 27218.

Convenios colectivos

Castilla-La Mancha. «IV Convenio Colectivo de empresas y personal del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha». *Diario Oficial de Castilla-La Mancha* (11 de febrero de 2020), núm. 844. pág.3089-3123.

Cataluña. «Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020». *Diario Oficial de Cataluña* (05 de noviembre de 2018), núm. 7740. (Código de convenio núm. 79100065092016)

- Cataluña. «Convenio colectivo de trabajo de marroquinería, cueros, repujados y similares de Cataluña.» *Diario Oficial de Cataluña* (09 de marzo de 2022), núm. 8622.
- Teruel. «Convenio colectivo del sector del comercio de la provincia de Teruel» *Boletín Oficial de la Provincia de Teruel* (02 de Marzo de 2020), núm. 42. pág. -1-12.
- Zaragoza. «Convenio colectivo del sector de comercio de juguetes, artículos de deporte, instrumentos musicales, discos y bazares de zaragoza y provincia de Zaragoza.» *Boletín Oficial de Zaragoza* (10 de julio de 2019), núm. 156, (código de convenio 50000275011982).
- Zaragoza. «Convenio colectivo del sector Almacenaje y Distribución de Alimentación de la provincia de Zaragoza» *Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza* (06 de agosto de 2019) núm. 179.
- Zaragoza. «Convenio colectivo provincial para el sector de detallistas y autoservicios de alimentación de Zaragoza.» *Boletín Oficial de Zaragoza* (16 de setiembre de 2020), núm. 214.

Jurisprudencia

- Juzgado de lo Social: SJ número 18 de Barcelona, de 26 de marzo de 2007, (nº 142/2007).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia: STSJ de Cataluña, en Barcelona 19 de enero de 2006, (nº de Recurso 6953/2005).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. STSJ de Castilla la Mancha, en Albacete 06 de octubre de 2016, (nº de Recurso: 953/2016).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia: STSJ de Andalucía, en Sevilla 24 de junio de 2020, (nº de recurso 241/2019).

Libros

- Hofstede, Geert. *Culturas y organizaciones. El software mental: La cooperación internacional y su importancia para la supervivencia*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- Mead, Margaret. *Sexo y temperamento en las sociedades primitivas*. Barcelona: Editorial Laia, 1950.
- Pietrykowski, Bruce. *Trabajo: Un enfoque des de la economía política*. Madrid: Alianza Editorial, 2019.

Capítulos de libros

- Giddens, Anthony. Cap. 11: Las estructuras de poder. En *La constitución de la sociedad: Bases para la teoría de la estructuración*. Buenos Aires: Amorrortu, 1995, pp:247- 255.
- Harris, Marvin. Cap. 11. El retorno de las brujas. En *Vacas, cerdos, guerras y brujas*. Madrid: Alianza Ed., 1974, pp:208-222.

Artículos

- Alonso Olea, Manuel. Despido de un transexual. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Discurso de ingreso del 25 de febrero de 1997, ppág. 237-254, [consultado: 12 de abril 2022] Disponible en Internet en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-1997-10023700254 *(Asunto C-13/94, de 30 de abril de 1996 de Reino Unido)
- Coll-Planes, Gerard y Missé, Miquel. Identificación de los factores de inserción laboral de las personas trans. Exploración del caso de la ciudad de Barcelona. *OBETS Revista de Ciencias Sociales*, 2018 N° 13(1) pp:45-68.
- Requena Montes, Óscar. Derechos laborales de las personas trans. [Recurso electrónico]. Valencia: Universitat de València, 2021. Proyecto enmarcado dentro del DER2017-83488-C4-3-R «Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital» financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER. ORCID: 0000-0001-79101426. [consultado: 12 de abril 2022] Disponible en Internet en: <https://www.uv.es/seminaridret/sesiones2020/trans/ponenciaRequena.pdf>

Informes estatales, europeos, y de colectivos

- Domínguez, Juan Manuel; García, Patricia Leiva. y Hombrados, María Isabel Mendieta. *Transexualidad en España. Análisis de la realidad social y factores psicosociales asociados*. Edición propia: Col·lectiu Lambda, 2011.
- FELGTB, Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales, Azañon, A., Cabezos, F., González, F., García I., Ramos, J., Marín M.J., and Fernández M. *Personas Trans en el ám-*

- bito laboral, guía para el proceso de transición*. Madrid: FELGTB - FSC - CCOO Federación de Servicios a la Ciudadanía – Comisiones Obreras, 2016.
- FRA, European Union Agency for Fundamental Rights. *Handbook on European Non-discrimination Law and its Update including the Manual on the Anti-discrimination Legal Framework and Referral Mechanism in Azerbaijan*. Norwegian Ministry of Foreign Affairs and International Organization for Migration (IOM), 2013.
- Gabriel Concha (Dir.) y Herranz Diego (coord.). *Las personas lgbt en el ámbito del empleo en España: Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*. Madrid: Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (IMIO), 2017.
- Metges del Món. *Una mirada a la situación de las mujeres trans en Barcelona. Investigación-acción participativa realizada por la Comisión de violencias machistas y LGTBIfóbias junto a 33 mujeres trans*. Barcelona: Transgenerant salut y Ayuntamiento de Barcelona, 2017.
- OECD, Organisation for Economic Co-Operation and Development. *Directorate for employment, Labour and Social Affairs. A Review of Valfort, MA of LGBTI in OECD Countries. Social, Employment and Migration Working Papers*. 2017. No. 198, 20 June 2017.
- UGT, Unión General de Trabajadores. *Contra el odio. Situación de la LGTBIfobia en el trabajo*. Madrid: Edición Propia de UGT, 2019.
- 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*, 2006. [en línea] [consultado: 16 de mayo 2022] Disponible en internet en <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/>
- The Human Rights Campaign. *Coming Out in the Workplace as Transgender*. Organization of The Human Rights Campaign, 2020. [en línea] [consultado: 15 de abril 2022] Disponible en internet en: <https://www.hrc.org/resources/coming-out-in-the-workplace-as-transgender>

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, que de sus valores han creado miles de ilusiones, que han sabido acompañarme en cada pasazo que he hecho y en cada piedra que me ha hecho tambalear. A mis amigos que han sabido crear y ver en mí, muchas buenas cosas que yo no me veo. A Irina Vila, David Pérez y mi tutora Helena Ysas, que me habéis acompañado de manera espectacular estos dos años de estudio. A las personas y sus voces manifiestas, tanto los que se han atrevido a denunciar en las sentencias que se han resumido, como las personas que me han dejado un fragmento de sus animadas palabras, y que siguen luchando cada día; para que nosotros, nosotras, nosotrxs lo podamos leer.

Artículo adaptado y basado en el propio Trabajo final del Máster Oficial Derechos Sociolaborales de la Universidad Autónoma de Barcelona (2020-2022), que presentó el Graduado en Antropología Social y Cultural por la Universidad de Barcelona.

RESEÑAS

RESEÑA A: *POPULISMO, MOVIMENTI ANTI-SISTEMA E CRISI DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA*,

DE CARLO ALBERTO CIARALLI
Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

Por Héctor Álvarez García
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

El Dr. Carlo Alberto Ciaralli es un constitucionalista de la Universidad Gabriele d'Annunzio de Chieti-Pescara (Italia) que lleva mucho tiempo lidiando con la crisis de la democracia representativa en la época del populismo. Discípulo del distinguido profesor Francesco Bilancia —coautor de una reciente monografía sobre *Il diritto pubblico nella società contemporanea* (Giappichelli, 2023)—, el doctor Ciaralli ha publicado un excelente libro sobre *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, en el que ha analizado los efectos más significativos de las nuevas formas de participación política en la democracia representativa y el sistema de partidos.

En el siglo xxi, los sistemas democráticos tienen que afrontar desafíos formidables en un entorno plagado de incertidumbre, convulsiones y cambios que inciden en el marco jurídico, económico, institucional y social de los Estados. La globalización, la digitalización, el populismo, el cambio climático o la crisis migratoria son fenómenos que implican una revisión o modulación de la teoría constitucional clásica, al objeto de configurar el sustrato dogmático sobre el que implementar reformas políticas y jurídicas que den una respuesta integral a los nuevos retos a los que se enfrenta el Estado Social y Democrático de Derecho.

En este aristado contexto internacional, el objetivo de esta obra es desarrollar un estudio sobre la noción de populismo, las repercusiones de las manifestaciones populistas en los sistemas democráticos, las intersecciones entre el populismo y otros desafíos de la actualidad, como la crisis de la representación política, que constituye un factor erosivo de las instituciones político-constitucionales. En este sentido, el crecimiento del populismo y, en general, de las formaciones políticas antisistema representa uno de los fenómenos más importantes en el seno de las profundas mutaciones que atraviesa Europa.

Esta obra se articula en torno a un recorrido analítico que indaga, en primer lugar, sobre los orígenes del fenómeno populista y antisistema en las sociedades occidentales. El doctor Ciaralli perfila con precisión el poliédrico concepto de populismo, poniéndolo en relación con otras categorías sociales: las élites políticas y económicas, el nacionalismo o la identidad nacional y políticas: los partidos, la representación pública o el principio democrático con la finalidad de identificar los diversos factores que concurren a la configuración de los heterogéneos movimientos populistas.

En segundo lugar, la investigación pretende señalar cómo la crisis económica, política, social y sanitaria de los últimos quince años, agudizada por las decisiones económico-financieras —de corte neoliberal— adoptadas por las instituciones de la Unión Europea, ha impactado profundamente en los cimientos del Estado Social: la erosión de los derechos prestacionales que constituyen el buque insignia de los países europeos y la precarización del mercado de trabajo y de las prestaciones económicas de la Seguridad Social han generado una aguda antipatía social hacia la casta política, que ha contribuido sobremanera al éxito electoral de las formaciones políticas populistas y antisistema.

La monografía establece la hipótesis de una estrecha correlación entre los movimientos telúricos que han sacudido la vida económica, política, institucional y social en Occidente y el arraigo de sentimientos marcadamente hostiles hacia las clases dominantes y las instituciones representativas, manifestados de forma contestataria e, incluso, de modo rupturista con el fin de abrir un proceso constituyente que permita configurar un nuevo orden político y social que grave sobre las instituciones de democracia directa: referéndum, revocación de cargos públicos, iniciativa legislativa popular, presupuestos participativos, etc., los derechos sociales, la planificación económica y una profundización en las políticas públicas —por vía del incremento del gasto público— encaminadas a construir un nuevo modelo de sociedad y de relaciones humanas.

La segunda parte del trabajo se examina el impacto del populismo en la representación política y en el Estado de partidos. En este sentido, el análisis se centra en la crisis contemporánea del concepto de representación parlamentaria, que se manifiesta en el deterioro o la degradación de los partidos políticos —principal instrumento de participación política y de transmisión de las demandas sociales— y en la prevalencia del gobierno sobre la institución parlamentaria.

El doctor Ciaralli analiza de forma crítica la evolución de las estructuras partidarias, así como algunos instrumentos —en particular, las elecciones primarias— que deberían actuar como factor dinamizador y democratizador de las estructuras oligárquicas de los partidos. Así, se analiza la difícil conjugación o convivencia del principio liberal de la prohibición del mandato imperativo —inserto en el modelo decimonónico de partidos de élites— en el marco de los partidos de masas en los que se diluye el contacto con el pueblo, con la subsiguiente debilitación de la relación de confianza; y el autoritarismo de los comités ejecutivos de los partidos, en los que se concentra el poder total sobre las candidaturas y el monopolio de la participación política.

Las experiencias europea y latinoamericana de los populismos y de las corrientes antisistema ponen de relieve que estos movimientos se presentan ante la opinión pública como una alternativa democrática a las corruptas y denostadas estructuras partidistas tradicionales, ofreciendo un discurso falaz y grandilocuente sobre las virtudes cívicas y democráticas que deben arropar al buen gobernante, pero en la práctica, cuando consiguen cotas de poder político, se liberan del embozo y muestran su verdadera naturaleza totalitaria y venal, remediando los peores episodios de la *vieja política*.

La pauperización de las clases medias, el deterioro de los derechos sociales y la precarización de los salarios y de las condiciones laborales constituyen el nutrimento fundamental para la germinación de los movimientos populistas y antisistema de todo el espectro ideológico. Se caracterizan por un liderazgo carismático de corte mesiánico que se presenta como redentor de la patria con un abultado recetario de fórmulas sencillas para solucionar complejos y enquistados problemas sociales: pura propaganda para incautos y fanáticos movidos por el rencor y el odio de clases.

El flamante caudillo es el libertador del pueblo sojuzgado y afligido; encarna el remedio de todos los males irrogados por los tradicionales actores políticos que han de ser expurgados del sistema democrático. El amado líder se presenta ante la opinión pública como

un príncipe de la virtud, espejo de propios y extraños; una especie de *superhombre* nietzscheano que emerge de la escombrera de la democracia liberal para regenerar y acrisolar la vida pública de la viciosa política partidista.

La revolución populista asedia la democracia representativa, responsable del mayor período de paz y prosperidad en la Historia del Viejo Continente. No obstante, es cierto que la degeneración y corrupción de los partidos, así como la espuria instrumentalización de las instituciones representativas para preservar intereses lobistas y, por tanto, ajenos a los ciudadanos han allanado el camino para el auge de corrientes ideológicas que siempre han sido marginales y se han movido en la irrelevancia electoral por razones obvias. Sin embargo, el fracaso en la gestión pública protagonizado por las fuerzas políticas clásicas ha propiciado un viraje acrítico y desesperado del pueblo hacia soluciones nuevas y actores inéditos en la vida política, con la ingenua esperanza de que fuesen capaces de encauzar el rumbo del Estado hacia la protección y promoción de los intereses generales de la población.

Por tanto, en esta exhaustiva investigación sobre el populismo y la representación democrática el doctor Ciaralli destaca la necesidad de arrostrar los desafíos de las formaciones políticas populistas y antisistema por la vía de la implementación de reformas europeas y nacionales que refuercen la legitimidad democrática de las instituciones políticas mediante instrumentos jurídico-políticos incentivadores y facilitadores de la participación cotidiana de los ciudadanos en los asuntos públicos, con el fin de empoderar a la sociedad civil y recuperar la confianza popular en los representantes políticos.

**RESEÑA DE: *MARSILIO DE PADUA: UN
CONSTITUCIONALISTA AVANT LA LETTRE,
ESTUDIO DE CONTEXTUALIZACIÓN A EL
DEFENSOR DE LA PAZ***

DE HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA

Tecnos «Clásicos del pensamiento», Madrid, 2021.

Por Carlo Alberto Ciaralli

Doctor en Derecho Constitucional. Universidad “G. d’Annunzio”
de Chieti-Pescara

El profesor Álvarez García es un estudioso de la ciencia del Estado desde el comienzo de su singladura universitaria, hace ya quince años. Discípulo del profesor Torres del Moral —insigne maestro de toda una generación de constitucionalistas que ha forjado una eminente Escuela— siempre ha manifestado una querencia intelectual por la Historia de las instituciones y las doctrinas políticas que se ha reflejado en sus dos tesis doctorales: la primera en la UNED sobre la génesis de la libertad de opinión en la España moderna preilustrada, argumento novedoso y escasamente estudiado por la doctrina; y la segunda en la Universidad de Bolonia sobre un tema realmente provocador: el fundamento democrático de la revocación del mandato representativo. Así, pues, podemos afirmar que esta monografía es una obra de madurez, fruto de años de lecturas y de reflexiones sobre la legitimidad del poder, la representación política y los principios del buen gobierno.

La prestigiosa colección «Clásicos del Pensamiento» de la editorial Tecnos, dirigida por el profesor Eloy García, tiene una dilatada y exitosa trayectoria en la Historia del pensamiento político y constitucional: alberga más de ciento cincuenta obras en las que han partici-

pado una ilustre nómina de profesores españoles y extranjeros. Desde hace más de treinta años, esta editorial ha brindado una extraordinaria acogida a *El Defensor de la Paz*, *magnum opus* de Marsilio de Padua. En efecto, la traducción de la obra, inédita en lengua castellana, fue publicada en 1988 junto con un estudio preliminar del traductor, el profesor Luis Martínez Gómez; en 2008, se publicó una segunda edición y en el año 2021 ha visto la luz una tercera que incluye el presente estudio del profesor Álvarez García sobre el pensamiento político-constitucional de Marsilio de Padua.

Debe remarcarse la novedad de esta investigación, que viene a complementar los escasos estudios existentes en la doctrina iuspublicista española sobre Marsilio de Padua¹ y a poner en valor un interesante período histórico: la convulsa y desintegrada Italia del Medioevo fue un hervidero de teorías políticas y religiosas en las que ya se bosquejaron los principios liberales que constituyen los pilares de la ideología constitucional.

El estudio de contextualización de Héctor Álvarez García es propiamente una monografía por su extensión, rigurosidad científica y especificidad argumental. Analiza —con brillante erudición— las esencias constitucionales y democráticas del pensamiento político de Marsilio de Padua en el contexto histórico del Trescientos italiano, caracterizado por la eclosión de numerosas corrientes doctrinales sobre la legitimidad del poder civil y eclesial y del Derecho y por los agudos enfrentamientos entre dos facciones antagónicas: los gibelinos, partidarios del emperador, y los güelfos, adictos al pontífice romano.

Marsilio de Padua fue un tratadista del Estado afiliado al partido gibelino, como las estirpes nobiliarias de los Scala de Verona y los Visconti de Milán. Tuvo que huir de París en 1326, dos años después de la publicación de *El defensor de la paz*, por su apología de las pretensiones imperiales de Luis IV de Baviera frente al papa Juan XXII, a cuyo séquito se unió y ejerció de asesor áulico hasta que perdió el afecto imperial por el fracaso de la coronación de Ludovico IV en Roma (1328).

Marsilio no es un teólogo que reflexiona sobre la política, sino un filósofo de la ciencia del gobierno. En el plano ideológico, el Paduano entronca con el republicanismo de los preceptistas clásicos (Cicerón, Tito Livio o Salustio) y enlaza con el humanismo republicano italiano encarnado en los florentinos Giannotti, Guiccinardi y Maquiavelo y el veneciano Contarini.

¹ Destacamos los trabajos publicados por los profesores Bayona Aznar y García Cue.

El *Defensor de la Paz* constituye el acta inaugural de la Filosofía Política. Marsilio es un filósofo de transición a la Modernidad que instituye una nueva categoría académica o científica: el politólogo, un tratadista que desde la razón y la experiencia pretende configurar el régimen político idóneo para gobernar al ser humano, que no es otro que el fundado en la soberanía popular, el principio representativo y el principio de legalidad.

Esta obra presenta la estructura clásica de un tratado sobre la república: el Paduano expone su modelo político para la ciudad fundado en la razón y arropado por la revelación, tributario de la doctrina averroísta de la doble verdad. El objeto medular de la obra es el desarme teológico y evangélico de la *plenitudo potestatis* pontificia —causa nodal de las discordias y violencias que asolaban la península itálica y Europa Central— con el fin de reducir el poder curial al ámbito religioso: el pastoreo de almas y la administración de los sacramentos.

El *Defensor de la Paz* es una obra central del pensamiento antihierocrático y anticurial europeo. El *corpus* de su doctrina refractaria a la monarquía papal gravita en dos puntales, a saber, los nefandos efectos político-sociales causados en la península apenina por la desmedida ambición político-territorial pontificia, y la depravación moral y la incuria religiosa de los fieles cristianos consecuencia de la abyección de los curiales representados por el sumo pontífice.

El pensamiento marsiliano constituye un hito en la Historia de las ideas políticas por tres razones: a) libera a la política del yugo de la religión; b) reconoce la identidad propia del hecho político como objeto de estudio y c) funda el poder y el Derecho sobre la razón, por lo que destiñe de coloración religiosa las decisiones políticas adoptadas por el poder temporal. El Paduano articula el poder civil sobre unos ejes desconocidos hasta entonces: autonomía, inmanencia y razón, cuya finalidad es garantizar la felicidad civil de los ciudadanos, cifrada en la paz y la tranquilidad pública que aflorarán de manera natural tras el derrocamiento del poder pontificio y la concentración del poder civil en el cetro imperial.

La teoría política marsiliana se funda en el naturalismo aristotélico, caracterizado por que el individuo adquiere un inédito protagonismo —antropocentrismo— en la vida política, anuncio de la Modernidad: la legitimidad democrática del poder político y del Derecho; el principio de legalidad: la ley concebida en términos russonianos, como expresión de la voluntad general y garante de la libertad; la división de poderes y la responsabilidad en el ejercicio de las funciones públicas.

Marsilio fue un perfecto conocedor de la *Política* de Aristóteles y hace propia su cosmovisión racionalista, pero integrando en la ciudad la finalidad trascendente de la vida humana: la felicidad eterna. Preconiza un paradigma monista (unidad de la soberanía), popular y tolerante en la ordenación de la vida política: el gobierno civil de la ciudad o reino debe ser un régimen templado formado por una congregación de ciudadanos liberados de la servidumbre confesional, con lo que se emancipa al ser humano mediante el reconocimiento de su libre albedrío.

Marsilio combate la concentración autoritaria del poder político, característica de la monarquía papal, mediante la balbuciente formulación de la teoría de la separación de poderes, que retoñará en la doctrina política de otros baluartes de la libertad frente a las monarquías absolutistas como Furió Ceriol o Saavedra Fajardo, hasta su formulación dogmática en las revoluciones liberales gracias al pensamiento de Locke y de Montesquieu.

En la teoría política marsiliana, la organización institucional de la ciudad estriba en la separación del poder legislativo y el ejecutivo, en el que se incluye la potestad jurisdiccional. Lo que implica la creación *ex novo* de instancias políticas para el ejercicio de las funciones públicas; un sistema racional de elección de los representantes y, finalmente, el establecimiento de mecanismos de control político y jurídico, a saber, los principios de legalidad y responsabilidad de los cargos públicos.

Marsilio considera que la monarquía electiva no hereditaria y sujeta al imperio de la ley es la forma perfecta de gobierno porque garantiza de manera efectiva el bien común. En efecto, asegura la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que sujeta la actuación del gobernante en el plano ejecutivo y judicial a los límites dispuestos por el legislador humano, con lo que se proscriben la arbitrariedad del monarca.

Resulta difícil glosar íntegramente en esta apretada recensión la vanguardista y revolucionaria teoría democrática de Marsilio de Padua, por lo que invitamos a todos los especialistas en la teoría del Estado Constitucional a leer con atención esta exhaustiva monografía, forjada con las mejores fuentes doctrinales italianas a las que ha podido acceder el profesor Álvarez García debido a su dominio de la lengua de Dante y a sus numerosas estancias de investigación en la prestigiosa Universidad de Bolonia, realizadas bajo la esmerada dirección de su maestro italiano, Berardo Pio, profesor de Historia del pensamiento medieval.

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 orden: *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.).
 - 6.4. La bibliografía deberá ponerse al final del artículo ordenada alfabéticamente. (Las páginas de la bibliografía no se contabilizan en el número de páginas del artículo).
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. El autor cuya obra sea

publicada no podrá volver a publicar en los dos números siguientes.

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 *Revista 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)

